

РЕКОМЕНДАЦИИ

по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан

ДОГОВОР № KZJSISP/QCBS-04
ЭТАП 10 МОДУЛЯ 4



Раздел	Страница
1 Краткое описание.....	1
2 Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан.....	3
Предмет регулирования корпоративного права	3
Классификация юридических лиц.....	3
Принцип <i>numerus clausus</i>	4
Организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц	4
Наиболее распространенные формы коммерческих организаций	5
Акционерное общество	6
Товарищество с ограниченной ответственностью.....	6
Хозяйственное товарищество	6
Подходы при формировании и развитии национального законодательства о коммерческих юридических лицах	7
Корпоративные группы.....	7
3 Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время.....	9
Правовое регулирование коммерческих организаций	9
Основы коммерческих организаций	9
Корпоративное законодательство Казахстана	10
Истории развития акционерного законодательства в Казахстане	11
4 Рекомендации по совершенствованию законодательства	21
Структура (модель) корпоративного законодательства.....	21
Легальное определение понятия корпоративных отношений как регулируемых гражданским законодательством и ограничение круга субъектов корпоративных отношений	21
Легальная дефиниция понятия «корпорация»	22
Классификация корпораций.....	22
Классификация коммерческих (предпринимательских) корпораций	23
Организационно-правовые формы коммерческих корпораций: <i>numerus clausus</i>	25
4.7 Регулирование компаний и товариществ	25
Учет рекомендаций Всемирного Банка в рамках рейтинговой системы <i>Doing Business</i>	26
Единый стандарт корпоративного управления для компаний; допустимость исключений в целях регулирования компаний в рамках корпоративных групп, а также допустимые особенности регулирования компаний, осуществляющих определенные виды деятельности, и организаций, признаваемых юридическими лицами публичного права (в случае восприятия этой рекомендации)	27
Решения собраний как основания возникновения корпоративных отношений ...	28
Разделение актов, на основании которых юридическое лицо учреждается, и акта, на основании которого юридическое лицо действует.....	29
Устав (<i>Articles of Association, company's Constitution, Charter</i>) – единственный документ, определяющий правовое положение, регулирующий организационное устройство и деятельность компании.....	29

Корпоративные договоры	29
Свобода заключения соглашения акционеров / договора участников компании во временном контексте и по кругу лиц; публсити.....	31
Публичная достоверность реестра юридических лиц (национальном реестре идентификационных номеров).....	31
Формирование органов управления компании – обязанность ее учредителей, участников / акционеров.....	32
Согласованный выход из состава акционеров / участников компании	34
Новые положения, регулирующие вопросы изменений в составе акционеров (squeeze out provision).....	35
Совершенствование механизма выхода из состава участников ТОО (ООО)	35
Совершенствование вопросов поддержания капитала акционерных обществ ...	36
Корпоративная структура – четкое следование принципу отделения участия от управления; сужение компетенции общего собрания.....	36
Модель смешанного регулирования вопроса о применимой корпоративной структуре компании.....	37
Приведение регулируемой модели корпоративной структуры в соответствие с моделями, применяемыми в развитых юрисдикциях	38
Регулирование требований к персональному составу совета директоров и наблюдательного совета (в случае восприятия возможности дуалистической корпоративной структуры в АО)	39
Дистанционное управление в компаниях	40
Совершенствование регулирования вопроса об ответственности должностных лиц компаний.....	41
Совершенствование регулирования вопросов прозрачности корпоративного управления и раскрытие информации о компании и ее деятельности	43
Создание реестра бенефициаров компаний.....	44
Улучшение норм об особых категориях сделок акционерных обществ.....	44
Смешанная реорганизация компаний.....	45
Совершенствование законодательного регулирования корпоративных групп и холдинговых компаний	46
5 Перечень законодательных актов	51

Краткое описание

1 Краткое описание

Излагаемые Рекомендации по совершенствованию законодательства Республики Казахстан, направлены на улучшение правового регулирования корпоративных правоотношений, корпоративного управления, деятельности корпоративных групп и правового положения холдинговых компаний, (далее - Рекомендации).

Целью настоящих Рекомендаций является изложение наиболее важных аспектов совершенствования казахстанского законодательства о коммерческих организациях корпоративного типа таким образом, чтобы:

1. Восстановить логику первоначальной (после перехода на рыночный тип национальной экономики в начале 1990-х годов) структуры и содержания корпоративного законодательства Республики Казахстан в соответствии с общими положениями Гражданского кодекса Республики Казахстан («ГК») о юридических лицах.
2. Модернизировать казахстанское корпоративное законодательство с учетом опыта развитых демократических иностранных государств рыночного типа в регулировании предпринимательской деятельности и доступных для ее осуществления организационно-правовых форм.
3. Обеспечить сближение казахстанского корпоративного законодательства с правом государств Европейского Союза, Соединенного Королевства, включая страны Содружества, и других государств-участников Организации Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР) на основе гармонизации или имплементации наиболее эффективных и универсальных институтов корпоративного права в законодательство Казахстана.

Предполагается, что такое совершенствование казахстанского законодательства создаст дополнительные условия для активизации предпринимательской деятельности, снижения количества корпоративных конфликтов и изменения их качества в сторону минимизации степени их существенности для общегражданского оборота, уменьшения проявлений рейдерства и корпоративного шантажа. Более того, нижеизложенные предложения имеют своей целью создание почвы для формирования в Казахстане устойчивого класса профессиональных директоров и менеджеров, приверженных в своей деятельности лучшим мировым стандартам корпоративного управления, защиты прав акционеров и соблюдения интересов инвесторов.

Сближение казахстанского корпоративного законодательства с лучшими образцами правового регулирования также позволит добиться усиления притока инвестиций в национальную экономику, с одной стороны, и взаимовыгодной для Казахстана и стран, являющихся его деловыми партнерами, интеграции отечественной рыночной инфраструктуры в систему международных хозяйственных связей, с другой стороны. В целом целесообразным является такое совершенствование корпоративного законодательства Казахстана, которое бы позволило в рамках казахстанского законодательства, относящегося к международному частному праву, развить современное и целесообразное международное корпоративное право (международное право компаний).

С учетом вышеизложенного, далее в настоящих Рекомендациях предлагаются шаги по совершенствованию правового регулирования коммерческих корпоративных организаций, создаваемых в тех организационно-правовых формах, которые предоставляют правовые гарантии и механизмы по защите прав инвесторов и акционеров, позволяют формировать корпоративные группы (в том числе транснациональные), в отношении которых могут применяться эффективные меры регулирования, направленные как на защиту внутреннего рынка, так и на продвижение международных (трансграничных) экономических связей. Речь идет о правовом регулировании коммерческих корпораций частного права, которые в иностранных правовых порядках называются хозяйственными обществами или компаниями, основанными на членстве с применением принципа отделения участия в корпорации от управления ими.

Настоящие Рекомендации призваны продолжить непрерывающийся процесс обновления и модернизации казахстанского законодательства, в целях соответствия постоянно обновляющимся

Краткое описание

реалиям развития гражданского права и гражданских отношений и в целях приведения положений текущих норм гражданского права Республики Казахстан к лучшим мировыми практиками.

Накопленный опыт постоянно всплывающих в практикующей юридической среде вопросов ставит непрерывное количество вопросов к текущему законодательному устою в гражданско - правовой сфере. Предлагаемые изменения призваны ответить на поставленные вызовы и вопросы в контексте лучших международных практик и общего контекста существующего законодательства.

Вопросы правового регулирования некоммерческих корпораций, а также коммерческих организаций, основанных преимущественно на личном элементе, предполагающем личное участие члена корпорации в ведении ее дел, осуществлении ее деятельности и управлении ею, (это - полные и коммандитные товарищества, а также производственные кооперативы) оставлены за рамками предлагаемых Рекомендаций.

2 Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан

Предмет регулирования корпоративного права

Предметом регулирования корпоративного права является деятельность правоспособных организаций, признаваемых корпорациями. В законодательстве Республики Казахстан не существует легального определения «корпорация». В то же время в качестве субъектов, участвующих в имущественных и иных гражданско-правовых отношениях, в дополнение к физическим лицам, государству и административно-территориальным единицам, признаются юридические лица.

Концепция юридического лица включена в категориальный аппарат гражданского права и характеризует определенную категорию лиц, которые наряду с физическими лицами обладают гражданской правосубъектностью, позволяющей участвовать в деловом обороте. Для приобретения ею статуса юридического лица организация должна отвечать в совокупности таким признакам, как организационное единство; имущественная обособленность; самостоятельная имущественная ответственность; выступление в гражданском обороте от своего имени, возможность от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.¹

Для казахстанского права концепция юридического лица является неделимой и исключительно цивилистической (то есть является понятием гражданского / частного права). При этом в праве Казахстана не существует понятия юридического лица публичного права, а субъектами гражданских правоотношений, не являющимися гражданами или государством и административно-территориальными единицами, могут быть только юридические лица частного права.

Классификация юридических лиц

Законодательству Казахстана свойственна классификация юридических лиц на такие два вида, как коммерческие организации и некоммерческие организации. Разделение юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации появилось в казахстанском праве с включением Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 года («Основы») в состав действующего права Республики Казахстан. Согласно статье 18 Основ юридическое лицо рассматривалось в качестве коммерческой организации, если оно «преследует извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности».²

С принятием Общей части ГК в декабре 1994 года подобная классификация юридических лиц, разделяющая их на эти два вида, сохранилась в нормах нового ГК. В целом сохранился и критерий разграничения – направленность деятельности на получение дохода как основная цель конкретного юридического лица.

В то же время, для некоммерческой организации был установлен более четкий признак: такая организация идентифицируется не только отсутствием ориентации на извлечение дохода как основной цели ее деятельности, но, прежде всего, тем, что даже при наличии у нее чистого дохода она не должна распределять его между своими членами.³ Перечень допустимых форм для некоммерческих организаций является открытым. Многие некоммерческие организации (созданные в иных организационно-правовых формах, чем учреждение и фонд) являются организациями корпоративного типа. Более того, форма акционерного общества в настоящее время допустима и для некоммерческих, и для коммерческих организаций.

¹ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, п. 1 ст. 33

² Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 № 2211 -1, ст. 18

³ Закона Республики Казахстан от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях», ст. 18, также Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, ст. 34

Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан

Поскольку настоящие Рекомендации содержат предложения по улучшению правовых условий для ведения предпринимательской деятельности, далее рассмотрение и предложенные направления совершенствования будут касаться только тех видов корпораций, которые являются коммерческими организациями.

Принцип *numerus clausus*

При регулировании организационно-правовых коммерческих организаций применяется принцип, именуемый *numerus clausus*, согласно которому законодательно установленный перечень организационно-правовых форм коммерческих организаций является исчерпывающим, каждая из таких форм регулируется законом, и не допускается создание коммерческих организаций с правоспособностью юридического лица в какой-либо форме, не регулируемой законом.

Такой подход является обоснованным и общераспространенным в международной практике и праве большинства развитых государств с рыночным типом экономики. Любые лица, вступая в правоотношения с коммерческой организацией определенной организационно-правовой формы, ознакомившись с применимыми законодательными положениями, смогут получить достаточное представление о правоспособности и корпоративной структуре своего контрагента, а также о том, как принимаются корпоративные решения в соответствующей организации, и кто может его представлять в отношениях с третьими лицами. Соответствующие законодательные нормы далее детализируются в уставе корпоративной организации, который также является публично доступным для третьих лиц документом, ознакомление с которым позволяет контрагентам и деловым партнерам заметно уменьшить разнообразные расходы или затраты, снизить риски убытков, которые могут возникнуть в связи с установлением договорных отношений с данной организацией, а также избежать конфликтов и споров, вытекающих из корпоративных отношений.

Организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц

Статья 34 ГК содержит исчерпывающий перечень организационно-правовых форм, в которых могут быть созданы коммерческие организации.⁴

К таковым относятся формы государственного предприятия, хозяйственного товарищества (включая все предусмотренные законом виды хозяйственных товариществ), акционерного общества и производственного кооператива. За исключением формы государственного предприятия, все остальные из предусмотренных законом организационно-правовых форм коммерческих организаций относятся к организациям корпоративного типа, поскольку все они основываются на членстве.

⁴ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, ст. 34

Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан



Таким образом, казахстанское право регулирует правовое положение коммерческих и некоммерческих организаций, основанных на членстве, но не называет их корпорациями. К ним относятся хозяйственные товарищества (включая товарищества с ограниченной и дополнительной ответственностью, полные и коммандитные товарищества; все они являются исключительно коммерческими организациями), акционерные общества (коммерческие и некоммерческие организации), производственные (как коммерческие организации) и потребительские (как некоммерческие организации) кооперативы, а также объединения, союзы и иные некоммерческие организации в других регулируемых организационно-правовых формах.

Имущественной основой всех таких организаций корпоративного типа является имущество, принадлежащее им на праве собственности⁵, и в каждой из таких организаций формируется корпоративная структура, регулируемая законом для организаций соответствующих организационно-правовых форм и позволяющая юридическому лицу приобретать гражданские права и принимать обязанности только через эти органы.⁶ Организационная структура юридических лиц каждой отдельной организационно-правовой формы регулируется соответствующим законом.

Наиболее распространенные формы коммерческих организаций

Наиболее распространенными формами коммерческих организаций, основанных на членстве, используемыми в предпринимательской деятельности, являются акционерные общества («АО») и товарищества с ограниченной ответственностью («ТОО»).

Анализ понятий АО (содержащегося в статье 3 Закона от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах») («Закон об АО») и ТОО (содержащегося в статье 2 Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью») («Закон о ТОО») позволяют выделить такие особенности этих двух форм, как: (1) наличие самостоятельной правоспособности в качестве юридического лица; (2) осуществление права собственности в отношении принадлежащего АО / ТОО имущества; (3) самостоятельная имущественная ответственность по своим обязательствам: ни АО, ни ТОО не несет

⁵ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, ст.ст. 34 и 36

⁶ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, ст. 37

Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан

ответственности по обязательствам своих акционеров / участников, а акционеры и участники ТОО, по общему правилу (из которого, однако, законами предусматриваются исключения), не несут ответственности по обязательствам, соответственно, АО и ТОО; (4) акции АО и доли участия в ТОО являются отчуждаемыми в соответствии с законом.⁷

Акционерное общество

На основании положений Закона об АО в качестве юридического лица каждое АО имеет собственные органы, ответственные за управление обществом; органы АО формируются согласно корпоративной структуре в соответствии с императивными требованиями законодательства, в основном соблюдая принцип отделения участия от управления; в АО формируется уставный капитал за счет выпуска акций в обмен на имущественные вклады в уставный капитал АО; акции АО свободно передаются по сделкам и переходят по другим основаниям (в соответствии с отдельным законодательством, например, банковским, акции в определенном объеме могут отчуждаться при наличии согласия либо, если без согласия, с невозможностью осуществления прав акционеров) на организованном и неорганизованном рынке ценных бумаг.

Каждое АО управляется под ответственность своего совета директоров и исполнительного органа, в сферу компетенции которых вмешательство со стороны общего собрания акционеров, а тем более - каждого отдельного акционера, ограничивается. Корпоративная структура АО по казахстанскому праву внешне напоминает монистическую модель, но имеет заметные особенности.

Товарищество с ограниченной ответственностью

В свою очередь, на основании положений Закона о ТОО в качестве юридического лица каждое ТОО также имеет собственные органы, ответственные за управление товариществом, но участникам ТОО предоставляется право самим определить структуру и компетенцию создаваемых ими органов ТОО, хотя и с соблюдением обязательных требований законодательства по принципу отделения участия от управления; в ТОО также формируется уставный капитал за счет имущественных вкладов его участников, в обмен на которые участники ТОО приобретают доли участия, отчуждаемые при соблюдении преимущественного права других участников на приобретение таких долей.

Регулирование правового положения ТОО и участия в нем, а также регулирование вопросов корпоративной структуры ТОО является более диспозитивным по сравнению с регулированием статуса АО, прав его акционеров, управления обществом и ведением его дел. Но принцип отделения участия в ТОО от управления им во многих аспектах соблюдается. Регулируемая Законом о ТОО корпоративная структура основана на дуалистической модели, но создание наблюдательного совета не является обязательным, а решение о его формировании передано на усмотрение общего собрания участников ТОО.

Хозяйственное товарищество

Примечательно, что ТОО и товарищества с дополнительной ответственностью (как отдельный вид ТОО) отнесены к группе хозяйственных товариществ. В соответствии с Законом от 2 мая 1995 года «О хозяйственных товариществах» («Закон о товариществах») любое хозяйственное товарищество является коммерческой организацией и в качестве основной цели своей деятельности имеет извлечение прибыли. Такая регламентация схожа с содержанием соответствующих правовых норм развитого зарубежного законодательства.⁸

По казахстанскому праву хозяйственные товарищества могут быть только юридическими лицами. При этом, учитывая существующее разделение коммерческих юридических лиц на корпорации и учреждения в зависимости от способа и оснований формирования имущества юридического лица, любое хозяйственное товарищество, как и акционерное общество, является корпорацией.

⁷ Закон от 13 мая 2003 г. № 415-III «Об акционерных обществах», ст. 3, также Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-III «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», ст. 2

⁸ Закон от 2 мая 1995 года «О хозяйственных товариществах»

Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан

Хозяйственное товарищество формируется за счет объединения имущественных вкладов его участников, передаваемых в собственность данного хозяйственного товарищества.

Хозяйственные товарищества любого вида, регулируемого казахстанским законом, являются приемлемыми для так называемого стартового бизнеса. В форме хозяйственного товарищества можно основать предпринимательское дело; с использованием этой формы свою деятельность могут вести субъекты малого и среднего предпринимательства.

Подходы при формировании и развитии национального законодательства о коммерческих юридических лицах

В настоящее время ГК и Закон о товариществах предусматривают и регулируют следующие четыре вида хозяйственных товариществ, рассматриваемых одновременно как отдельные организационно-правовые формы юридических лиц: полное товарищество, коммандитное товарищество, ТОО и ТДО. Эта классификация в целом соответствует традициям отечественного гражданского права и законодательства и во многом сходно с законодательством западноевропейских государств.

Вместе с тем, анализ казахстанского и иностранного корпоративного права позволяет сделать вывод о том, что при формировании и развитии национального законодательства о коммерческих юридических лицах может быть использован один из следующих подходов:

(а) торговое товарищество как родовое понятие, а объединение лиц и объединение капиталов как видовые. Эта классификация присуща французскому законодательству, объединяющему в рамках концепции товарищества корпорации, основанные на объединении капиталов с делегированным управлением, и объединения лиц, предполагающие личное их участие в управлении деятельностью и ведении дел товарищества; или

(б) изначальное разделение хозяйственных товариществ (партнерств) и хозяйственных обществ (компаний, корпораций), как это принято в законодательстве Англии, США, Германии и, очевидно, воспринимается на уровне унифицируемого европейского права.

Принципиальная разница между хозяйственными товариществами и хозяйственными обществами заключается в наличии определяющей фактической и юридической связанности хозяйственного товарищества с его учредителями (и через само товарищество – самих учредителей друг с другом) совместной деятельностью учредителей, с одной стороны, и возможности правопреемства в отношении хозяйственных обществ, с другой стороны.

Собственно, хозяйственные товарищества также характеризуются рядом существенных признаков, отделяющих их от хозяйственных обществ и организаций иных форм хозяйственной деятельности, обуславливая особенности правового регулирования их статуса. В свою очередь, особенности хозяйственных обществ обуславливают создание юридических механизмов, неприменимых или весьма ограниченно применимых в регулировании собственно хозяйственных товариществ.

В казахстанском же праве сегодня отмечается иной подход, в соответствии с которым хозяйственные общества и товарищества недостаточно последовательно разделяются, и в рамках одной категории хозяйственных товариществ вместе с полными и коммандитными товариществами объединяются ТОО и ТДО, которые по своей природе являются хозяйственными обществами. Кроме того, казахстанское законодательство несколько отличается от зарубежных законодательных актов и в установлении признаков хозяйственных товариществ.

Корпоративные группы

В казахстанском законодательстве содержатся нормы, посредством которых в определенной степени регулируются координируемые отношения между несколькими юридическими лицами. В частности, законом признается существование корпоративных групп. В том числе, законодательство допускает создание групп с участием иностранных компаний в качестве

Структура и содержание корпоративного законодательства Республики Казахстан

основной (холдинговой) организации либо зависимой или дочерней организации. Эти корпоративные связи учитываются при установлении режима налогообложения, приобретении имущества, создании дочерних организаций, осуществлении финансовой отчетности и регулировании иных аспектов деятельности компаний.

При этом критерии корпоративной группы, основания ее возникновения и, в целом, деятельность корпоративных групп по-разному регулируются в разных отраслях законодательства (например, в акционерном, налоговом и антимонопольном законодательстве, а также применительно к организациям, входящим в группу ФНБ «Самрук-Казына»). Таким образом, правовое регулирование корпоративных групп не существует в качестве единого правового института в казахстанском праве. Это обуславливает необоснованное увеличение транзакционных расходов и ненужных затрат времени и усилий во многих практических ситуациях при ведении предпринимательской деятельности или осуществлении инвестиций.

В ряде случаев возникновения корпоративной группы, признаваемого одновременно несколькими законами, участникам делового оборота приходится проходить несколько процедур с применением к одной и той же сделке различных правовых режимов, что не позволяет говорить о высокой эффективности законодательного регулирования и отсутствии необоснованных барьеров для предпринимателей и инвесторов.

В связи с этим законодательное регулирование корпоративных групп в Казахстане требует совершенствования с учетом удачных примеров такого регулирования, например в ФРГ, Соединенном Королевстве и других государствах-членах Европейского Союза и ОЭСР, а также особенностей регулирования на международных финансовых рынках.

3 Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

Правовое регулирование коммерческих организаций

Правовое регулирование коммерческих организаций, созданных в организационно-правовых формах АО и хозяйственных товариществ основано на общих положениях ГК, относящихся к правовому положению юридических лиц, в том числе учрежденных в различных организационно-правовых формах. Детальное регулирование обеспечивается отдельными законами.

Например, правовое положение ТОО в настоящее время регулируется отдельными положениями ГК⁹, основанными на них Законом о ТОО, а также нормами Раздела I Закона о товариществах и нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 г. №2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», другими законами (как, например, Закон «О государственном имуществе») и иными нормативными правовыми актами.

Правовые формы ТОО и ТДО известны казахстанскому законодательству с 1991г., когда на базе Основ Законом Казахской ССР от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» эти виды юридических лиц были непосредственно регламентированы нормами законодательства. Позже этот закон был заменен принятым Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» (в данное время в заметно измененном виде – это Закон о товариществах). Однако, решающим шагом на пути надлежащей правовой регламентации правового статуса ТОО стало принятие самостоятельного Закона о ТОО. И хотя в Закон о ТОО время от времени вносились дополнения, он продолжает действовать в настоящее время.

Основы коммерческих организаций

Следует отметить, что с принятием именно Закона о товариществах произошло нивелирование большинства существенных признаков хозяйственного товарищества в казахстанском законодательстве. До этого в соответствии с Основами коммерческие организации могли создаваться в формах хозяйственных товариществ (полное товарищество и коммандитное товарищество) и хозяйственных обществ (акционерные общества, товарищества с ограниченной ответственностью и товарищества с дополнительной ответственностью).

В соответствии с упомянутым выше Законом от 21 июня 1991 года все перечисленные в Основах виды хозяйственных товариществ и хозяйственных обществ были объединены единым понятием хозяйственного товарищества. Вместе с тем, определения каждого из вышеперечисленных видов товариществ полностью совпадали с соответствующими определениями, содержащимися в Основах. Совместное занятие хозяйственной деятельностью и неограниченная солидарная ответственность полных товарищей по обязательствам товарищества концептуально отделяли полные и коммандитные товарищества от ТОО, ТДО и АО, обладающих полной имущественной и правовой автономией от их участников (акционеров) с ограничением для последних рисков их потерь, связанных с деятельностью товариществ этих трех видов.

После принятия в 1995 году Закона о товариществах единственным существенным отличием полного и коммандитного товариществ от других предусмотренных видов хозяйственных товариществ является солидарная ответственность полных товарищей по долгам товарищества в случае недостаточности у него имущества для погашения этих долгов самостоятельно. Участники ТОО, ТДО и АО в связи с их участием в этих видах хозяйственных товариществ не рискуют собственным имуществом, за исключением имущества осуществленных ими имущественных вкладов в уставный капитал хозяйственных товариществ. С июля 1998 года акционерное

⁹ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, в т.ч. ст.ст.58 -62, 77-83 и др

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

общество признано самостоятельной формой коммерческих корпораций и более не является видом хозяйственных товариществ.

Корпоративное законодательство Казахстана

За период с 1991 года корпоративное законодательство Казахстана подвергается постоянному воздействию за счет внесения в действующие законы изменений и дополнений, некоторые из которых направлены на усиление защищенности корпоративных прав, другие – на облегчение доступа к предпринимательской деятельности, а иные – на порой не обоснованную детализацию или усложнение условий ведения хозяйственной деятельности.

Например, по вопросам регулирования правового положения ТОО в соответствии с Законом от 11 января 2011 г. № 385-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противодействия неправомерному захвату бизнеса и собственности (рейдерству)» обоснованно введено требование об оценке принудительно выкупаемой доли: принудительный выкуп доли у участника ТОО осуществляется по рыночной цене, определенной независимым оценщиком согласно установленным стандартам.¹⁰ В то же время представляется излишне императивным регулированием введение в соответствии с Законом от 28 декабря 2011 года № 524-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков» применительно к ТОО категории аффилированных лиц ТОО и установление требования о раскрытии товариществом информации о таких лицах.¹¹

Законом от 29 декабря 2014 г. № 269-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам кардинального улучшения условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан» закреплено допущение учреждать ТОО, являющиеся субъектом малого предпринимательства, без уставного капитала («размер уставного капитала определяется нулевым уровнем»).¹²

На уровень компетенции общего собрания участников ТОО перенесено принятие решений об одобрении заключения товариществом сделки или совокупности взаимосвязанных между собой сделок, в результате которой (которых) товариществом отчуждается (может быть отчуждено) имущество, стоимость которого составляет пятьдесят один и более процентов от общего размера балансовой стоимости активов товарищества с ограниченной ответственностью (см. Закон от 29 марта 2016 г. № 479-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам сокращения разрешительных документов и упрощения разрешительных процедур»). Законом определены и признаки взаимосвязанных сделок.¹³

Важное дополнение в Закон о ТОО внесено Законом от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности», согласно которому введено требование о проведении аудита годовой финансовой отчетности при одновременном наличии определенных для этого условий.¹⁴

¹⁰ Закон от 11 января 2011 г. № 385 -IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противодействия неправомерному захвату бизнеса и собственности (рейдерству)»

¹¹ Закон от 28 декабря 2011 года № 524-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков»

¹² Закон от 29 декабря 2014 г. № 269 -V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам кардинального улучшения условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан»

¹³ Закон от 29 марта 2016 г. № 479-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам сокращения разрешительных документов и упрощения разрешительных процедур»

¹⁴ Закон от 27 февраля 2017 г. № 49 -VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности»

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

В соответствии с Законом от 2 июля 2018 г. № 166-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам страхования и страховой деятельности, рынка ценных бумаг» ведение системы реестров участников ТОО передаются от АО «Единый регистратор сделок с ценными бумагами» в АО «Центральный депозитарий» (за счет предстоящего присоединения первого АО ко второму).¹⁵ Для развития законодательства о ТОО эта новелла не имеет серьезного значения, но централизация систем регистрации прав на ценные бумаги и сделок с ними на уровне Центрального депозитария является очень важным положительным фактором для развития инфраструктуры казахстанского рынка ценных бумаг и обеспечения надлежащих условий для ее интеграции в систему международных финансовых рынков.

Истории развития акционерного законодательства в Казахстане

Касаясь истории развития акционерного законодательства в Казахстане, следует отметить, что правовой возможности создания акционерных обществ и выпуска акций на территории СССР в соответствии с советским законом (во всяком случае – уже с середины 1930-ых годов, после существенных изменений ГК РСФСР 1922 г.) практически не существовало. Гражданское законодательство советского периода допускало использование в обороте акций, если они являлись «иностранными фондовыми ценностями» (по ГК РСФСР 1922 г.) или «фондовыми ценностями в иностранной валюте» (по ГК Казахской ССР 1963 г.). И обращение таких акций было весьма ограниченным.

Создание акционерных обществ на территории Казахстана и обращение выпускаемых ими акций было допущено Основами в 1991 году. Вместе с тем, Основами отделялись общества от товариществ. В отличие от товариществ (полное и командитное), участники которых сами занимались предпринимательской деятельностью от имени товарищества и на солидарной основе отвечали по долгам товарищества субсидиарно, были закреплены имущественная и юридическая самостоятельность обществ (АО, с ограниченной ответственностью, с дополнительной ответственностью) и ограничение имущественной ответственности их участников (акционеров) только стоимостью осуществленных ими вкладов уставный фонд общества.

Основы предусматривали, чтобы правовое положение отдельных видов хозяйственных обществ и товариществ определялось соответствующими законодательными актами. В качестве самостоятельного правового акта (хотя и не законодательного) можно рассматривать еще союзное Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, утвержденное Постановлением Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г., применявшееся до 1 октября 1991 года, когда в действие вступил казахстанский Закон от 21 июня 1991 года (см. далее). Как законодательная база в сфере гражданско-правовых отношений при применении и регламентации вышеуказанных форм коммерческих организаций Основы (с учетом определенной специфики) действовали и рассматривались составной частью казахстанского гражданского законодательства вплоть до принятия в 1994 году ГК (Общая часть).

Первым казахстанским специальным актом, регулирующим статус акционерных обществ, явился Закон Казахской ССР от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» («Закон 1991 г.»). Закон 1991 г. отражал особенности периода его действия (закат советской социалистической системы хозяйствования), указывая на обязательность планирования деятельности хозяйственного товарищества (включая АО) на основании уже заключенных договоров с потребителями и поставщиками, но уже не централизованно со стороны государства, а обществом самостоятельно. Также предусматривалась возможность проверок финансово - хозяйственной деятельности органами государственного финансового контроля по сделкам, заключенным с государственными органами, а также в иных предусмотренных законодательством случаях.¹⁶

¹⁵ Закон от 2 июля 2018 г. № 166-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Рес пуб лик и

**Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года
по настоящее время**

Казахстан по вопросам страхования и страховой деятельности, рынка ценных бумаг»

¹⁶ Закон Казахской ССР от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах»

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

Вместе с тем, в законодательство и деловую практику вводились важнейшие концепции, став отправной точкой в развитии корпоративных отношений и создании корпоративного законодательства Казахстана.

Этим Законом 1991 г. хозяйственным товариществом признавалось построенное на основе соглашения и на началах членства объединение организаций и (или) граждан, учрежденное для осуществления хозяйственной деятельности. Акционерное общество, хотя и специально выделялось (и даже поименовывалось в Законе 1991 г. как компания), но прямо определялось одним из видов хозяйственных товариществ. В этом Закон 1991 г. не соответствовал концепции Основ, разделяющих общества и товарищества, но в силу ранее отмеченной специфики, он имел приоритет перед Основами.¹⁷

Тем не менее, действуя одновременно с ГК Казахской ССР 1963 г. и имея в соответствующих вопросах упомянутый приоритет, Закон 1991 г. допустил создание и деятельность на территории Казахстана акционерных обществ казахстанскими организациями и гражданами, а также иностранцами, но предусмотрел установление для них (иностранцев) законодательных особенностей и ограничений. Более того, для некоторых видов деятельности (например, банковская) Закон 1991 г. устанавливал обязательность использования именно акционерной формы.

Важным достижением Закона 1991 г. являлось то, что он закреплял с должной однозначностью положение о том, что единственной обязанностью акционера является обязанность оплатить акции, и никакой иной обязанности на него не может быть возложено без его согласия.

Предусматривалась возможность создавать один из видов акционерных обществ – закрытые и открытые общества, основываясь на критерии свободы в отчуждении акционерами принадлежащих им акций.

Закон 1991 г. содержал особые требования к уставному капиталу АО. Прежде всего, закреплялась обязательность имущественных вкладов в уставный фонд (запрещалось вносить вклады правом осуществить работы или предоставить услуги), причем по общему правилу оплата акций должна была осуществляться деньгами. Если же в оплату за акции при формировании уставного фонда предлагалось имущество в иной форме, такой вклад должен был быть оценен по рыночным ценам. Внимание привлекает то, что в Законе 1991 г. подчеркивалась гарантийная функция уставного фонда: в частности, статья 12 требовала предоставление хозяйственным товариществом (включая акционерное) обеспечения или иной гарантии исполнения его обязательств перед кредиторами при уменьшении размера уставного фонда.¹⁸

Изначально для АО предусматривался минимальный размер уставного фонда, который существенно превышал минимальный размер уставного фонда, устанавливаемый для других видов хозяйственных товариществ: с самого начала акционерная форма законодателем предполагалась использоваться для достижения крупных хозяйственных целей.

Закон 1991 г. предполагал взаимосвязанность законодательства об акционерных обществах с законодательством о ценных бумагах. Однако такая взаимосвязанность усматривалась только в том, что форма и условия выпуска акций должна регулироваться законом о ценных бумагах и фондовой бирже. Больше взаимобусловленности развития корпоративных отношений и рынка ценных бумаг Закон 1991 г. не предусматривал.

Важными моментами для формирования и развития корпоративных отношений в Казахстане явились следующие положения Закона 1991 г.:

(а) с определенной степенью детализации и разграничений в полномочиях и ответственности Закон 1991 г. закреплял систему органов управления АО, предусматривая общее собрание акционеров в качестве высшего органа, наблюдательный совет - в качестве наблюдательного

¹⁷ см. ст. 15

¹⁸ см. ст. 12

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

органа, правление (совет директоров) - в качестве исполнительного органа и ревизионную комиссию - как контрольный орган. Очевидно несовершенство Закона 1991 г. в регламентации возможностей для использования моделей корпоративного управления, однако очевидной является, и его желательная диспозитивность в предоставлении акционерам права выбрать такую модель (будь то монистическая или дуалистическая);

(б) Закон 1991 г. предусматривал принятие общим собранием акционеров в рамках его исключительной компетенции кодекса поведения должностных лиц АО, очерчивал круг полномочий должностных лиц, закреплял обязанность их добросовестного поведения по отношению к АО и его акционерам, а также их ответственность перед самими АО и третьими лицами. Достаточно детально регулировался вопрос их поведения в случаях финансовой заинтересованности. С этих положений берет начало развитие практики регулирования вопросов управления АО и регламентации статуса и поведения его должностных лиц кодексами корпоративного управления каждого отдельного АО;

(в) Закон 1991 г. регулировал вопросы публикации акционерными обществами сведений о своей хозяйственной деятельности, финансовых результатах, размещении своих акций и иных ценных бумаг, о промежуточных выплатах по акциям, а также о предоставлении соответствующих отчетов в уполномоченные государственные органы. Эти нормы заложили основы развития принципа публичности статуса и прозрачности деятельности акционерных обществ, устанавливая более тесную взаимосвязь и взаимозависимость между нормами корпоративного законодательства, и законодательства о рынке ценных бумаг в будущем.¹⁹

Основы гражданского законодательства в части регулирования статуса АО утратили силу в связи с принятием Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть) 27 декабря 1994 г., а Закон 1991 г. сохранял свою силу в части, не противоречащей ГК.

ГК к формам коммерческой организации отнес хозяйственные товарищества, а акционерная форма так и рассматривалась как одна из форм хозяйственного товарищества. Как Основы и Закон 1991 г., так и принятый ГК разделяли участников и само товарищество (АО) в их правосубъектности и имущественной самостоятельности, основываясь на принципе представления АО действиями его органов.

Предусматривались деятельность исполнительного органа АО в качестве коллегиального (правление, дирекция) или (и) единоличного (директор, генеральный директор, президент) органа, а также возможность создания наблюдательного совета.

Несмотря на то, что было закреплено разделение имущественной ответственности АО и его акционеров, в развитие заложенной в Законе 1991 г. обязанности акционеров оплачивать принадлежащие им акции, ГК установил солидарную ответственность учредителей АО по обязательствам самого общества в случае неполной оплаты ими вкладов в уставный фонд (капитал) общества в пределах неоплаченной части вкладов.

ГК сохранил разделение акционерных обществ на закрытые и открытые, но закрепил различного содержания нормы об опубликовании финансовой отчетности самим обществом. Для открытых обществ это установлено в качестве безусловной обязанности, для закрытых АО допускалось установление этой обязанности отдельными законодательными актами.

Учредительными документами АО также определялись устав и учредительный договор.

Допускались открытая подписка на акции, возможности как увеличения, так и уменьшения размера уставного капитала АО.

Внешний (независимый) аудит финансовой отчетности акционерного общества предусматривался в качестве возможного, но обязательного только по требованию акционеров, владеющих не менее 10% доли в уставном капитале общества.

¹⁹ см. ст. 15

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

С момента принятия ГК (Общая часть) началось и продолжается формирование и совершенствование современного корпоративного законодательства Казахстана. Наиболее важными вехами на этом пути можно отметить следующее.

Законом Республики Казахстан от 11 июля 1997 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам банковской деятельности» понятие «уставного фонда» хозяйственного товарищества и акционерного общества было заменено концепцией «уставного капитала».²⁰

Позже в соответствии с Законом Республики Казахстан от 2 марта 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) и в постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)» более определенными становятся требования к структуре коллегиальных органов хозяйственного товарищества, в качестве которых создаются правление (дирекция) и наблюдательный совет, а также другие органы в случаях, предусмотренных законодательными актами или решением общего собрания. Вводится уже обязательность ежегодного доведения акционерным обществом своей финансовой отчетности до сведения акционеров, предусматриваются дополнительные требования по формированию, поддержанию и защите капитала акционерного общества (в том числе применительно к выпуску облигаций АО, выплате дивидендов).²¹

Важные изменения в законодательстве Казахстана произошли в связи с принятием первого Закона Республики Казахстан «Об акционерных обществах». Так, Законом от 10 июля 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам акционерных обществ» акционерные общества были выведены из классификации хозяйственных товариществ в качестве самостоятельной организационно-правовой формы коммерческих организаций с указанием на привлечение капитала как основу их деятельности.²² Так, легальное определение АО, содержащееся в статье 85 ГК, указывает на то, что оно является юридическим лицом, выпускающим акции с целью привлечения средств для осуществления своей деятельности.²³

Этими же изменениями допустили создание некоммерческих организаций в форме акционерного общества в предусмотренных законом случаях. Существенной поправкой явилась классификация уставного капитала АО на объявленный и выпущенный (оплаченный), рассчитываемый с учетом суммарной номинальной стоимости акций и различаемый в зависимости от того, размещены ли среди акционеров акции общества в рамках их заявленного в уставе количества или нет.

Установленное требование на выпуск только именных акций явилось необходимым условием повышения прозрачности структуры собственности на средства производства в республике, формирования практики бездокументарного обращения акций и создания соответствующей инфраструктуры рынка ценных бумаг, обслуживающей это обращение. Следствием этого является повышение роли регистраторов и центрального депозитария в процессе корпоративного управления и взаимоотношений АО, их акционеров и уполномоченного органа.

Предусмотрены такие способы размещения акций, как закрытый, открытый и частный, предполагая взаимодействие и соотношение законодательства об акционерных обществах и о рынке ценных бумаг.

Была скорректирована модель структуры управления АО: при сохранении общего собрания в качестве высшего органа АО требуется создание совета директоров общества в качестве органа, осуществляющего общее руководство деятельностью общества, исключительная компетенция

²⁰ Закон Республики Казахстан от 11 июля 1997 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам банковской деятельности»

²¹ Закон Республики Казахстан от 2 марта 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть)»

²² Закон от 10 июля 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам акционерных обществ»

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

²³ см. 1, ст. 85

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

которого не допускает передачу соответствующих вопросов для решения исполнительным органом.

Из структуры органов управления общества выделяется ревизионная комиссия или ревизор, создание (избрание) которой (-ого) для контроля финансово-хозяйственной деятельности АО становится обязательным, ибо без заключения ревизионной комиссии (ревизора) общее собрание акционеров не вправе утверждать годовую финансовую отчетность общества.

Также обращает на себя внимание введение в оборот терминов, определенных в ГК, «дочерняя организация» и «зависимое акционерное общество», а также установление ограничений на взаимное участие акционерных обществ в капитале друг друга и количества голосов на общем собрании акционеров, которыми могут воспользоваться взаимно участвующие в капиталах друг друга акционерные общества.

Этим же Законом от 10 июля 1998 г. внесены поправки и в Закон о рынке ценных бумаг. С учетом этих поправок усиливаются требования по раскрытию информации и отчетности, осуществляемой эмитентами в связи с размещением и обращением их ценных бумаг, а также предусматривается проведение проверок деятельности эмитентов, осуществляемых уполномоченным органом в целях защиты прав инвесторов на рынке ценных бумаг. Одновременно, разрешив центральному депозитарию выступать реестродержателем для открытого акционерного общества, этот закон также заложил основы для централизации интегрированной инфраструктуры рынка ценных бумаг.²⁴

При всем этом была сохранена классификация акционерных обществ на открытые и закрытые АО с существенными послаблениями для последних по вопросам размещения акций, с возможностью не создавать совет директоров в закрытых АО и другим аспектам.

В целом, упомянутый Закон от 10 июля 1998г., предусматривающий внесение изменений и дополнений в ГК, отразил базовые концепции нового законодательного статуса акционерных обществ в Республике Казахстан и послужил основой для существования самостоятельного Закона от 10 июля 1998 г. «Об акционерных обществах». Такие изменения были обусловлены самой целью принятия этого законодательного акта, непосредственно указанной в преамбуле к Закону: регламентировать вопросы создания, деятельности и прекращения акционерных обществ так, чтобы обеспечить условия защиты прав и интересов акционеров и третьих лиц, в том числе определив полномочия и ответственность органов и должностных лиц акционерных обществ. При этом, Закон допускал приоритетность в применении по соответствующим вопросам законодательных актов о банковской и страховой деятельности и о государственном регулировании гражданской авиации.

В дополнение к изложенным выше основным моментам внесенных в июле 1998 г. поправок в ГК, Закон «Об акционерных обществах» 1998 г. ввел в оборот такие важные для корпоративных правоотношений понятия, как «аффилированное лицо», «независимый директор», «кумулятивное голосование». Были существенно повышены показатели минимального размера объявленного уставного капитала акционерного общества, правда, это было сделано с дифференциацией в зависимости от типа АО. Если для закрытых обществ был установлен показатель в 100 месячных расчетных показателей (как и для ТОО), то для открытых АО минимальный размер объявленного уставного капитала не мог быть менее 5000-кратного размера месячного расчетного показателя. Закон в целом содержал более целенаправленные нормы по защите капитала акционерных обществ.

Заметно подробнее регламентировались вопросы, относящиеся к видам ценных бумаг, выпускаемых акционерным обществом. Примечательным является то, что размещение акций допускалось как по номинальной, так и по рыночной стоимости: это был переходный момент к регулированию соответствующих вопросов на последующих этапах развития корпоративных отношений. Вместе с тем, закон отошел от жесткого требования к капитализации АО только деньгами, позволив принимать в оплату акций, кроме денег, также имущественные права, право

²⁴ см. ст. 21

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

пользования имуществом, в том числе право землепользования, право на результаты интеллектуальной деятельности и иное имущество.

Учитывая заявленный коммерческий характер акционерной формы, закон запретил государственным органам и государственным учреждениям выступать в качестве учредителей АО, предоставив, однако, эту привилегию Правительству Казахстана, местным исполнительным органам и Национальному Банку Республики. Допущена была также возможность создания общества одним лицом.

Закон довольно корректно (в соответствии с международными образцами правового регулирования акционерных обществ) регулировал вопросы своевременной оплаты акций и последствий нарушения сроков такой оплаты, регламентировал основания и условия выкупа собственных акций; особенности сделок с крупными пакетами акций открытых акционерных обществ; дробление и консолидацию акций и ряд других аспектов. Впервые законодательно установлено требование для ведения реестра акционеров АО независимым реестродержателем (пусть и с оговорками в отношении закрытых АО и открытых АО с небольшим числом акционеров). Также закреплена возможность выпускать акции как в документарной, так и в бездокументарной форме.

По вопросам корпоративного управления однозначно выбирается монистическая модель управления, при которой совет директоров определяется органом управления обществом с возможностью (а в Казахстане – с обязательностью) формирования коллегиального или единоличного исполнительного органа. Подробно регламентируются компетенция и взаимоотношения органов общества, порядок созыва и проведения общих собраний акционеров, заседаний совета директоров, оформления их решений. Заметным шагом вперед является закрепление в законе общих принципов деятельности должностных лиц общества и их ответственность перед обществом. Другими такими существенными моментами является регламентация вопросов совершения крупных сделок и условий совершения сделок, в которых есть заинтересованность, а также регулирование самостоятельным разделом таких аспектов, как учет и финансовая отчетность, аудит общества и хранение документов, обеспечение обществом информации доступа акционеров к документам общества и раскрытие информации.

Принятие закона от 10 июля 1998 г. явилось знаком формирования отдельного корпоративного законодательства в праве Казахстана и создало правовую основу для развития корпоративных отношений в сторону приближения к международным стандартам ведения крупного бизнеса и взаимообусловленности развития корпоративных отношений и рынка ценных бумаг с его инфраструктурой. Безусловным достоинством этих законов является выделение и регламентация акционерной формы для ведения крупного предпринимательства и эффективного перераспределения финансовых ресурсов из капиталозбыточных в капиталодостаточные отрасли экономики, от бесперспективных предприятий к проектам с понятной перспективой развития и доходности.

При всем этом Законами также созданы механизмы, направленные на обеспечение стабильности рынка, защиту прав акционеров, обеспечение правомерных интересов кредиторов акционерных обществ и инвесторов на рынке ценных бумаг.

Следующий этап развития корпоративного законодательства Республики Казахстан связан с принятием 13 мая 2003 г. действующего Закона «Об акционерных обществах» («Закон об АО») и признанием утратившим силу предыдущего закона от 10 июля 1998 г. В настоящее время Закон об АО является действующим законодательным актом, хотя в него неоднократно вносились изменения и дополнения. Вместе с тем, большинство таких изменений и дополнений связано именно с совершенствованием корпоративного законодательства Казахстана.

Следует отметить, по своей структуре новый Закон об АО регулирует практически те же аспекты корпоративных отношений, что и предыдущий закон. Вместе с тем, ряд существенных моментов получил более детальную регламентацию: к ним относятся вопросы, связанные с понятием и статусом аффилированных лиц общества, условия их взаимодействия с обществом; финансовой

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

отчетности и аудита общества; раскрытия информации; осуществления крупных сделок и сделок, в которых имеется заинтересованность, и другие аспекты.²⁵

Концептуальным является отказ от использования формы закрытых акционерных обществ.

Уставу акционерного общества придано значение документа, определяющего правовой статус общества. Учредительный договор прекращает свое действие со дня государственной регистрации выпуска объявленных акций. При этом Закон об АО продолжает традицию использования понятия «учредительные документы» в отношении как устава, так и учредительного договора, письменного решения единственного учредителя.

Важной новеллой является возможность выпускать акции только в качестве бездокументарных ценных бумаг. В связи с этим существенно повышается степень вовлеченности в сферу корпоративных отношений институтов рынка ценных бумаг, элементов его инфраструктуры, достигая тем самым большей прозрачности и безопасности корпоративных правоотношений.

Новый Закон об АО отказался от классификации уставного капитала на объявленный и выпущенный, перейдя к единой концепции уставного капитала общества. Взамен Закон об АО ввел понятие объявленных акций, придав большую мобильность в привлечении дополнительного капитала. Размещение объявленных акций признано единственным способом увеличения уставного капитала общества. Уменьшение размера уставного капитала общества Законом не предусматривается. Изменена сама концепция капитала, управление им в большей степени связали с показателями рыночной цены акций, а стоимость компании обусловили результатами его финансово-экономической деятельности и способностью надлежащего исполнения обязательств перед кредиторами (так называемый solvency test).

Закреплена единая классификация акций акционерных обществ, допуская выпуск только простых и привилегированных акций. Причем акция одного вида предоставляет каждому акционеру одинаковый с другими владельцами акций данного вида объем прав. Устанавливается приоритет в использовании простых акций для привлечения капитала, ограничивая возможность выпуска привилегированных акций в количестве, не превышающем 25% от общего количества объявленных акций данного общества.

Закон об АО отошел от концепции номинальной стоимости акций, предусматривая ее применение только при учреждении акционерного общества, когда учредители должны оплатить акции именно по их номинальной стоимости. В дальнейшем любое последующее размещение объявленных акций среди инвесторов осуществляется по цене размещения, устанавливаемой уполномоченными органами акционерного общества и являющейся минимальной ценой, по которой акции могут быть размещены.

Закон об АО вводит однозначное требование о том, что реестр держателей акций АО должен вестись только регистратором общества, который является лицензированным профессиональным участником рынка ценных бумаг и не аффилирован с самим обществом.

Закон об АО регламентировал заочное голосование при принятии решений общего собрания акционеров, более явно обозначил значение протокола общего собрания с позиций обеспечения прав акционеров общества.²⁶

Позднее в Закон об АО были внесены серьезные поправки, направленные на совершенствование законодательного регулирования корпоративных отношений и обеспечение защиты прав акционеров. Так, Законом от 19 февраля 2007 г. введены понятия публичной компании и миноритарных акционеров, корпоративного веб-сайта и корпоративного секретаря, кодекса корпоративного управления. Обязательность корпоративного веб-сайта, должности корпоративного секретаря, кодекса корпоративного управления, наличия независимых директоров

²⁵ Закона «Об акционерных обществах» от 13 мая 2003 г.

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

²⁶ см. ст. 24

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

в составе совета директоров и запрета «золотой акции» установлены для каждой публичной компании.²⁷

Этим же Законом ужесточены требования к дивидендной политике акционерных обществ, созыву и проведению общего собрания акционеров, доступности материалов общего собрания для акционеров; предусмотрено создание комитетов советов директоров для рассмотрения наиболее важных вопросов и подготовки рекомендаций совету директоров в публичных компаниях. Уточнены основания ответственности должностных лиц перед обществом, формы привлечения их к ответственности и основания освобождения от нее.

Этим же Законом от 19 февраля 2007 г. внесены дополнения и в Закон от 2 июля 2003 г. «О рынке ценных бумаг», которые также обеспечивают защиту интересов акционеров и будущих акционеров акционерных обществ. В частности, даются легальные определения понятиям «инсайдер» и «инсайдерская информация», установлены ограничения на распоряжение инсайдерской информацией.

Позже, в 2008 году, в Закон об АО были внесены важные поправки, которые детализировали особенности созыва и проведения внеочередного общего собрания акционеров по инициативе крупного акционера, условий изменения / дополнения повестки дня общего собрания акционеров, а также основания для оспаривания членами совета директоров и акционерами решений совета директоров и другие моменты.²⁸

Этим же Законом от 5 июля 2008 года в систему казахстанского законодательства было введено понятие корпоративных споров. Серьезным основанием для такой законодательной новеллы явилось стремление создать эффективный механизм предупреждения так называемых рейдерских захватов бизнеса. В качестве механизма предупреждения рейдерства было выбрано установление о публичности информации относительно возбуждения в суде дела по корпоративному спору.

Более того, развивается и сама законодательная концепция корпоративных споров. Так, Законом от 11 января 2011 г. понятие корпоративных споров было доработано: существенно расширены как круг субъектов, которые могут выступать сторонами корпоративных споров, так и перечень споров, отнесенных к этой категории (см. Закон Республики Казахстан от 11 января 2011 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противодействия неправомерному захвату бизнеса и собственности (рейдерству)»).²⁹ В настоящее время содержание понятия «корпоративный спор» определяется в статье 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 31 октября 2015 г..³⁰

Шагом по пути развития корпоративного законодательства Казахстана и сферы корпоративных правоотношений (несмотря на существование полярных точек зрения по данному вопросу) является принятие Закона Республики Казахстан от 10 февраля 2011 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ипотечного кредитования и защиты прав потребителей финансовых услуг и инвесторов», содержащего существенные изменения в статью 63 Закона об АО по вопросам ответственности должностных лиц акционерного общества. В связи с этим можно отметить серьезное развитие казахстанского акционерного законодательства в направлении сближения с международными стандартами правового регулирования данных аспектов (хотя упомянутые поправки, как и действующие сегодня нормы, не являются безупречными в контексте следования таким стандартам).³¹

²⁷ Закон Республики Казахстан от 19 февраля 2007 года № 230-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам защиты прав миноритарных инвесторов»

²⁸ Закон от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам разрешения корпоративных споров»

²⁹ см. ст. 14

³⁰ Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г., ст. 27

³¹ Закон РК от 10 февраля 2011 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики

**Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года
по настоящее время**

Казахстан по вопросам ипотечного кредитования и защиты прав потребителей финансовых услуг и инвесторов»

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

Законом от 1 марта 2011 г. № 414-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного имущества» введено уточнение в отношении учредителей АО с государственным участием: по решению Правительства Республики Казахстан учредителем выступает уполномоченный орган по управлению государственным имуществом, а по решению местного исполнительного органа учредителем выступает исполнительный орган, финансируемый из местного бюджета, уполномоченный на распоряжение коммунальным имуществом.³²

Законом от 28 декабря 2011 г. № 524-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков» закреплено понятие «корпоративных событий» как событий, оказывающих существенное влияние на деятельность АО, затрагивающие интересы акционеров и инвесторов АО, определенные статьей 79 этого Закона; определен перечень документов публичной компании, необходимых для размещения на интернет-ресурсе АО. Кроме того, введен термин «аффилированного лица физического лица», и установлен перечень аффилированных лиц физического лица.³³

Уточнено регулирование права преимущественной покупки ценных бумаг общества, а также конвертирование ценных бумаг и иных денежных обязательств эмитента в простые акции общества. Введена обязанность АО, и регламентированы условия, размещать на интернет-ресурсе депозитария финансовой отчетности информации о корпоративных событиях, годовой и ежеквартальной финансовой отчетности общества и аудиторских отчетов.

Законом от 22 апреля 2015 г. № 308-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ограничения участия государства в предпринимательской деятельности» в отношении публичных компаний установлены обязательное создание службы внутреннего аудита и запрет на взаимное владение более десятию процентами находящихся в обращении акций. Установлено дополнительное положение по раскрытию информации для АО - обязанность разместить на корпоративном веб-сайте информацию о крупных акционерах, а также сведения о членах органа управления АО, совмещающих руководящую должность или иную основную деятельность в другом юридическом лице, с указанием информации об их полномочиях и обязанностях в другом юридическом лице в порядке, определяемом внутренними документами фондовой биржи.³⁴

Законом от 29 марта 2016 г. № 479-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам сокращения разрешительных документов и упрощения разрешительных процедур» компетенция совета директоров АО дополнена принятием решения об одобрении заключения акционерным обществом крупной сделки, в результате которой (которых) обществом отчуждается (может быть отчуждено) имущество, стоимость которого составляет пятьдесят и более процентов от общего размера балансовой стоимости активов акционерного общества на дату принятия решения о сделке, в результате которой (которых) отчуждается (может быть отчуждено) пятьдесят и более процентов.³⁵

Законом от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» введено требование о публикации в СМИ информации о приобретении более 20 процентов голосующих акций АО в течение тридцати календарных дней со дня приобретения. Также внесены изменения по вопросам об ответственности должностных лиц АО в связи с принятием решения о

³² Закон от 1 марта 2011 г. № 414-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного имущества»

³³ Закон от 28 декабря 2011 г. № 524 -IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков»

³⁴ Закон от 22 апреля 2015 г. № 308 -V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ограничения участия государства в предпринимательской деятельности»

³⁵ см. ст. 12

Развитие корпоративного законодательства в Республике Казахстан в период с 1991 года по настоящее время

сделках, в совершении которых имеется заинтересованность, и внесены изменения в требования о раскрытии информации об АО и его деятельности.³⁶

В соответствии с Законом от 24 мая 2018 г. № 156-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования регулирования предпринимательской деятельности» права акционеров расширены таким образом, что акционеры, владеющие самостоятельно или в совокупности с другими акционерами пятью и более процентами голосующих акций АО, вправе получить информацию о размере вознаграждения по итогам года отдельного члена совета директоров и (или) исполнительного органа общества при одновременном наличии установленных в Законе условий. Также Закон об АО дополнен положением о том, что решение о заключении обществом крупной сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, принимается общим собранием акционеров простым большинством голосов от общего числа голосующих акций общества.³⁷

Целый ряд существенных изменений и дополнений в Закон об АО внесен Законом от 2 июля 2018 г. № 166-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам страхования и страховой деятельности, рынка ценных бумаг». В числе них (помимо прочего) – положения об обязательном выкупе акций контролирующим акционером при наличии у него 95% голосующих акций (squeeze out provision), отказ от концепции публичного АО, расширение рамок регулирования вопросов приобретения лицом самостоятельно или в совокупности со своими аффилированными лицами на вторичном рынке ценных бумаг тридцати или более процентов голосующих акций общества, изменение критериев совместного владения акциями (от совместного владения на совокупность владения), регламентация присоединения АО «Единый регистратор ценных бумаг» к АО «Центральный депозитарий» и соответствующий переход функций по ведению реестров держателей ценных бумаг к Центральному депозитарию.³⁸

Отдельно следует отметить Закон от 4 июля 2018 г. № 174-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам венчурного финансирования», в соответствии с которым в Закон «Об инвестиционных и венчурных фондах» введена легальная дефиниция понятия «акционерное соглашение», установлены требования к его содержанию и возможность его заключения акционерами венчурного фонда или компании, для которой венчурный фонд создается. Эта законодательная новелла является противоречивой, а предложенное нормативное регулирование установлено без учета международного опыта.³⁹

Таким образом, корпоративное законодательство Республики Казахстан в части, касающейся хозяйственных обществ, и в первую очередь – АО, на протяжении всего периода самостоятельности правовой системы Казахстана подвергается очень частым изменениям. Многие из этих изменений направлены на совершенствование правового регулирования. Однако содержание корпоративного законодательства остается противоречивым и не соответствующим современным стандартам правового регулирования частноправовых корпораций.

В частности, целесообразной является модернизация законодательства об акционерных обществах и хозяйственных товариществах с учетом опыта развитых юрисдикций, а также рекомендаций Модельного закона для стран-участниц СНГ «Об акционерных обществах» в новой редакции, принятого 28 октября 2010 года на 35-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи СНГ. Ниже излагаются концептуальные направления предлагаемой модернизации и совершенствования казахстанского корпоративного законодательства.

³⁶ см. ст. 13

³⁷ Законом от 24 мая 2018 г. № 156 -VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования регулирования предпринимательской деятельности»

³⁸ см. ст. 14

³⁹ Закон от 4 июля 2018 г. № 174-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Рес пуб лик и Казахстан по вопросам венчурного финансирования»

4 Рекомендации по совершенствованию законодательства

Структура (модель) корпоративного законодательства

Представляется целесообразным исходить из того, что именно законодательство как совокупность объединенных единой целью (а именно - регулировать корпоративные отношения) правовых норм сохраняется источником корпоративного права. Корпоративное право представляет собой отрасль гражданского законодательства, объектом которого являются корпоративные правоотношения, регулируемые на основе общих принципов (начал) гражданского законодательства специальными нормами корпоративного права, а также нормами договорного и обязательственного права, иными применимыми правовыми нормами.

В связи с этим наиболее перспективным является *сохранение действующей модели регулирования гражданских отношений*: общие положения Гражданского кодекса (общие начала гражданского законодательства, нормы о юридических лицах и корпорациях, общие положения о б имуществе, обязательствах, договорах и гражданско-правовой ответственности) и основанное на них корпоративное законодательство (о коммерческих организациях корпоративного типа различных организационно-правовых форм, законодательство о некоммерческих организациях).

В данном случае особого внимания заслуживает проведенная в 2014 году реформа Гражданского кодекса Российской Федерации, в результате ставшего центром корпоративного законодательства России.

На основе норм корпоративного законодательства источниками регулирования корпоративных отношений в отношении (или в рамках) конкретной корпорации также являются различные виды корпоративных договоров, включая существующие в форме внутренних документов акты корпорации, надлежащим образом принятых ее членами (участниками / акционерами).

Легальное определение понятия корпоративных отношений как регулируемых гражданским законодательством и ограничение круга субъектов корпоративных отношений

Принципиально важным является указание в ГК того, что корпоративные отношения регулируются именно гражданским законодательством, и никаким другим. Это должно быть закреплено в статье 1 ГК. При этом необходимо с должной степенью однозначности *определить, что корпоративными являются отношения, связанные с учреждением корпораций, участием в корпорациях и в управлении ими.*

Корпорации учреждаются свободной волей частных субъектов (в том числе в случаях, когда для участия в гражданском и хозяйственном обороте они учреждаются государством и публично-правовыми образованиями) для самостоятельного осуществления хозяйственной или иной деятельности, не запрещенной законом. В связи с этим корпорации с самостоятельной правоспособностью также являются частными субъектами, участвующими в гражданском обороте. Соответственно и споры между участниками корпоративных отношений (корпоративные споры) могут разрешаться только в порядке гражданского судопроизводства или посредством альтернативного разрешения споров.

Необходимо исключить необоснованное воздействие на корпоративные отношения посредством норм уголовного и административного права: санкции публично-правового характера должны применяться только в случаях умышленных противоправных действий против имущества и имущественных интересов субъектов корпоративных отношений, которые не имеют возможности воспользоваться средствами гражданско-правовой защиты в виду отсутствия прямой юридической связи с правонарушителем.

В качестве примера можно опираться на нормы германского Закона об акционерных обществах от 6 сентября 1965 г. (Aktiengesetz), в §§ 399 – 407 которого устанавливается уголовная и административно-правовая ответственность учредителей и акционеров, а также должностных лиц АО за предоставление ложных сведений или умалчивание о существенных обстоятельствах в публичных документах или при осуществлении действий публичного характера, за искажение

Рекомендации по совершенствованию законодательства

сведений о делах АО в документах публичного характера, подделку или фальсификацию юридически значимых документов и другие подобные общественно-опасные деяния.⁴⁰

При этом важным является *четкое понимание относительно того, кто может признаваться субъектами корпоративных отношений*. В число таковых включаются сама корпорация, ее участники и должностные лица. Только они могут выступать сторонами в корпоративном споре, и только в отношении них могут применяться предусмотренные в законе меры уголовного и административно-правового преследования за вышеотмеченные общественно-опасные деяния.

Отнесение лица к участникам корпоративных отношений основывается на легальной дефиниции корпоративных отношений, как предложено выше. Легальное определение субъектов корпоративных отношений нецелесообразно с позиций общепризнанных приемов юридической техники. Однако выработка единой позиции возможна (и даже целесообразна) в судебной практике и/или по результатам ее обобщения.

Легальная дефиниция понятия «корпорация»

Коммерческими и некоммерческими корпорациями является большинство юридических лиц, участвующих в современном гражданском обороте. Из всех предусмотренных в действующем ГК организационно-правовых форм юридических лиц также большинство является формами корпораций. Из некоммерческих организаций некорпоративными являются учреждения, автономные организации образования и фонды, а из коммерческих организаций – государственные предприятия. Причем форма государственного предприятия применяется только в нескольких государствах бывшего СССР, и со временем от нее необходимо будет избавиться как от не имеющей объективных оснований для практического применения (и не обладающей всей необходимой полнотой признаков юридического лица с самостоятельной правоспособностью). В результате только корпорации (как организации, основанные на объединении лиц и/или имущества) останутся как правоспособные участники сферы предпринимательской деятельности. Однако до окончательного отказа от формы государственного предприятия в казахстанском праве сохранится возможность существования как корпоративных, так и некорпоративных коммерческих организаций, в связи с чем представляется целесообразным законодательно закрепить юридически значимые критерии корпорации. По примеру Российского ГК предлагается *легальную дефиницию понятия «корпорация» включить в ГК* (например, в статью 33 или статью 34 ГК), определив, что корпорацией является юридическое лицо, учредители / участники которого в обмен на вклады в его имущество или уставный капитал приобретают права (или обладают правами) членства в отношении него (этого юридического лица). *Содержание и/или объем понятия «права членства» определяется применительно к корпорации каждого отдельного вида (коммерческая или некоммерческая) и каждой отдельной организационно-правовой формы.*

Классификация корпораций

Корпорации учреждаются за счет объединения субъектов гражданского оборота (их усилий) и/или их вкладов в имущество создаваемой корпорации. Даже в тех случаях, когда организация корпоративного типа может быть учреждена одним лицом, этот фактор не препятствует тому, чтобы впоследствии число участников (членов) корпорации увеличилось за счет отчуждения учредителем части долей своего участия в корпорации, так и за счет осуществления новым участником дополнительного вклада в имущество или уставный капитал организации. Однако корпорация может быть создана как для ведения предпринимательской деятельности в интересах ее участников, так и для осуществления общественно-полезной деятельности, не предусматривающей распределение дохода корпорации в пользу ее участников / членов.

Таким образом, корпорации могут быть как коммерческими организациями, так и некоммерческими организациями. В настоящее время, в статье 34 ГК вполне целесообразно закрепляется такая классификация юридических лиц на виды с перечислением регулируемых организационно-правовых форм юридических лиц каждого вида. Изменений такого подхода не предлагается.⁴¹ Важным является методологический подход *для установления специального регулирования не по организационно-правовым формам, а по видам юридических лиц*, поскольку объединяющим

⁴⁰ Закон об акционерных обществах от 6 сентября 1965 г. (Aktengesetz), §§ 399 – 407

⁴¹ см. 1, ст. 34

Рекомендации по совершенствованию законодательства

фактором в рамках каждого вида является не столько организационный момент членства в корпорации, сколько допустимость или недопустимость распределения ее дохода среди членов корпорации. Именно этот фактор влияет на содержание прав членства, регулирование деятельности корпорации, особенностей ее корпоративной структуры и корпоративного управления; он же обуславливает невозможность межвидовых преобразований юридических лиц (во всяком случае, недопустимо преобразование некоммерческой организации в коммерческую, и это должно быть закреплено в ГК).

В связи с этим следует *отдельно выделять право некоммерческих организаций*, объединяющее регулирование таких юридических лиц, которые можно учреждать в качестве корпорации и в иных (некорпоративных) формах, в частности, учреждений и фондов.

В свою очередь, отдельно существует и корпоративное законодательство, относящееся к регулированию коммерческих юридических лиц, учреждаемых и действующих в качестве корпораций (организаций корпоративного типа). Далее в настоящих Рекомендациях все предложения по совершенствованию казахстанского корпоративного законодательства касаются только коммерческих юридических лиц корпоративного типа.

Классификация коммерческих (предпринимательских) корпораций

Классическим разделением предпринимательских корпораций является разделение на два вида: объединение лиц и объединение капиталов.

Эта классификация разделяет коммерческие корпорации в зависимости от природы участия в корпорации: (1) хозяйственные общества и (2) хозяйственные товарищества как объединения лиц.

Хозяйственные товарищества являются объединениями физических лиц (граждан) для совместного ведения предпринимательства. Участники хозяйственного товарищества совместно ведут дела товарищества и управляют им, в том числе представляя товарищество в отношениях с третьими лицами, но могут сформировать единоличный или коллегиальный исполнительный орган товарищества, а также вправе решать вопросы о создании других органов, их составе и распределении компетенции. Исполнение решений общего собрания участников обязательно для исполнительного органа. Формирование уставного капитала не является обязательным признаком товарищества (но в казахстанском законодательстве это требуется). Принципиальным признаком товарищества является субсидиарная ответственность участников хозяйственного товарищества по долгам товарищества в пределах стоимости вклада каждого из них, по наступлении которой они выступают как солидарные должники.

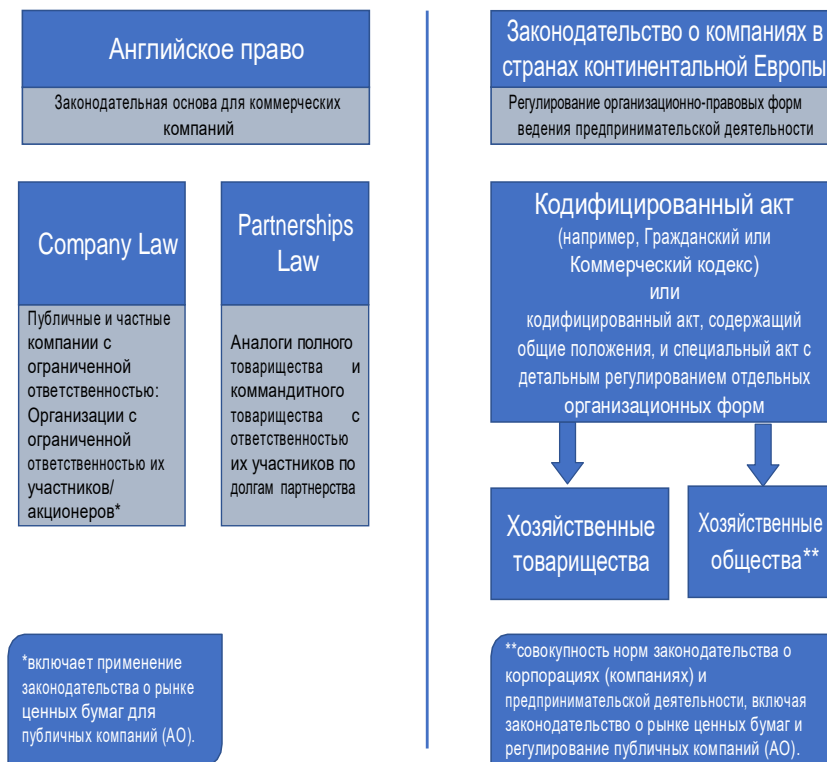
В свою очередь, хозяйственные общества – это формы объединения капиталов для получения инвесторского дохода от вложений в акции / доли участия в уставном капитале. Особенности обществ являются ограниченная ответственность участников по долгам хозяйственного общества (они несут риск потерь инвестиций, который ограничивается стоимостью внесенного вклада в уставный капитал общества, и, по общему правилу, не несут имущественной ответственности по обязательствам общества); наличие у общества структуры корпоративного управления, которая основана на принципе отделения участия от управления обществом (акционеры / участники не обязаны участвовать в управлении обществом и ведении его дел, но имеют право); неограниченное право выхода из состава участников / акционеров общества; обязательность формирования и поддержания уставного капитала.

Эти особенности обуславливают установление особых правил регулирования ответственности должностных лиц хозяйственного общества за надлежащее управление им и ведение его дел, а также законодательное регулирование корпоративной структуры, распределения компетенции органов, взаимоотношений общества с его участниками / акционерами, управление капиталом. В казахстанском праве акционерное общество является самостоятельной организационно-правовой формой, а ТОО / ТДО признаны формами хозяйственного товарищества.

В развитых правовых системах предусматривается раздельное регулирование товариществ и обществ.

В законодательстве Российской Федерации также предусматривается раздельное регулирование хозяйственных обществ и хозяйственных товариществ.

Обобщенная структура корпоративного законодательства в европейских юрисдикциях



Обобщенная структура корпоративного законодательства Российской Федерации



Представляется целесообразным с учетом опыта иностранных государств предусмотреть в ГК классификацию коммерческих корпораций на хозяйственные общества (компании) и

хозяйственные товарищества, а также обеспечить раздельное регулирование компаний и хозяйственных товариществ. При этом, с учетом особенностей системы законодательства Казахстана следует придерживаться структуры законодательства, аналогичной принятой в развитых правовых системах, относящихся к романо-германской правовой семье (прежде всего, германской), как принято, например, в ФРГ и Российской Федерации.

Организационно-правовые формы коммерческих корпораций: *numerus clausus*

Представляется целесообразным сохранить приверженность такому подходу, что допустимые организационно-правовые формы коммерческих корпораций (как и в целом всех коммерческих организаций) должны регулироваться законом, а *их легально установленный перечень должен быть исчерпывающим*. С учетом предлагаемого разделения таких корпораций на хозяйственные общества (компании) и хозяйственные товарищества предлагается к компаниям отнести акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью (включая общества с дополнительной ответственностью). К хозяйственным товариществам отнести полные и коммандитные товарищества, а также специально регулировать производственные кооперативы. За годы существования корпоративного законодательства наиболее популярными организационно-правовыми формами предпринимательской деятельности юридических лиц стали АО и ТОО. Однако статистика свидетельствует о практическом использовании также и форм полных, коммандитных товариществ, а также ТДО. В связи с этим представляется целесообразным сохранить регулирование этих форм юридических лиц.

При этом термины «товарищество с ограниченной ответственностью» (ТОО) и «товарищество с дополнительной ответственностью» (ТДО) исключить заменой наименований соответствующих юридических лиц на «общество с ограниченной ответственностью» (ООО) и «общество с дополнительной ответственностью» (ОДО).

Перспективной формой для применения на практике может быть коммандитное товарищество на акциях, правовой статус которого регулируется в §§ 278 – 290 германского Закона об акционерных обществах (Aktiengesetz). Особенностью такого товарищества является то, что доля участия вкладчика в таком товариществе существует в форме акций, и целый ряд положений акционерного закона регулирует отношения по поводу такого товарищества. Ее использование может послужить цели привлечения больших объемов капитала для финансирования деятельности товарищества за счет допуска такого товарищества на рынок капитала. В случае восприятия этой формы казахстанским законом потребуются соотнести степень ответственности норм о товариществах и норм об акционерных обществах при регулировании такого вида коммандитных товариществ, чтобы соответствующее регулирование установить либо в законе об АО, либо в законе о хозяйственных товариществах.

С учетом потребностей оборота и повышения инвестиционной привлекательности казахстанской экономики *перспективным направлением может стать восприятие российского опыта законодательного регулирования, в соответствии с которым акционерные общества разделяются на публичные и частные АО*. Очень высокие требования к минимальному размеру уставного капитала и раскрытию информации заставляет инвесторов выбирать форму ТОО, которая при этом не позволяет им использовать выгоды корпоративной структуры, предусмотренной для АО, более высокой степени оборотоспособности акций по сравнению с уступкой долей участия, а также более эффективных способов привлечения капитала, в том числе за счет перспективы выхода на организованный рынок ценных бумаг. Единственным критерием разграничения публичных и частных АО должно быть включение в листинг фондовой биржи, в связи с чем публичная компания должна соответствовать более жестким нормам относительно размера и структуры уставного капитала, организационной структуры АО, качественного состава органов управления, содержания и методов корпоративного управления и раскрытия информации.

Регулирование компаний и товариществ

Несмотря на то, что АО и ООО (ОДО) отнесены к категории компаний, регулирование их правового положения и деятельности заметно различается. Поскольку ключевой особенностью АО является формирование его уставного капитала за счет выпуска акций, которые могут быть предложены неограниченному кругу инвесторов, в том числе на публичных площадках ценных бумаг, которые являются элементами системы макроэкономического регулирования, акционерное

Рекомендации по совершенствованию законодательства

законодательство включает в себя большое количество положений, относящихся к праву ценных бумаг (законодательству о рынке ценных бумаг). Более того, любое АО является формой ведения крупного предпринимательства, а его деятельность затрагивает интересы широкого и неопределенного круга других участников гражданского оборота. В связи с этим *правовой статус и система корпоративного управления в АО должны регулироваться преимущественно императивными нормами.*

В свою очередь, *ООО и ОДО* могут использоваться для стартового бизнеса, ведения малого и среднего предпринимательства, в том числе неискушенными лицами. В связи с этим *регулирование правового положения таких компаний должно быть заметно более диспозитивным* и позволяющим их участникам по многим вопросам формирования корпоративной структуры и осуществления корпоративного управления проявлять больше инициативы и устанавливать правила по своему усмотрению (хотя и в дозволяемых законом пределах, чтобы не нарушать права третьих лиц и публичный порядок).

С учетом таких особенностей *правовое положение АО и ООО (ОДО) должно регулироваться самостоятельными законами*, и применяемый в действующем законодательстве подход о регулировании особенностей юридических лиц из этих организационных форм представляется целесообразным.

Отдельным законом следует регулировать правовое положение хозяйственных товариществ в формах полного и командитного товарищества, не распространяя общие для них положения на компании с ограниченной и дополнительной ответственностью в формах ООО и ОДО (ТОО и ТДО).

Учет рекомендаций Всемирного Банка в рамках рейтинговой системы Doing Business

Одной из рекомендаций Всемирного Банка, направленных на устранение барьеров для занятий бизнесом, в том числе для того, чтобы учредить предпринимательское дело, является снижение порогового значения минимального размера уставного капитала для организаций малого и среднего бизнеса. Эта рекомендация была воспринята казахстанским Законом от 29 декабря 2014 г. № 269-V, допустившим возможность учреждать ТОО, являющиеся субъектами малого предпринимательства, без уставного капитала. Однако такое регулирование не позволяет надлежащим образом вести бухгалтерский учет, привлекать хотя бы микрокредиты, распределять доли участия в ТОО и оценивать стоимость долей.

В данном случае интерес представляет германский опыт. В праве ФРГ обычное требование к уставному капиталу GmbH предусматривает формирование минимального уставного капитала в размере не менее 25 000 евро, при минимальном вкладе каждого участника в размере 100 евро (§ 5 Закона об обществах с ограниченной ответственностью от 20 апреля 1892 года). В то же время, в целях учета упомянутой рекомендации Всемирного Банка в немецком праве предусмотрена отдельная форма предпринимательской компании с ограниченной ответственностью *Unternehmergeellschaft (UG)*, в отношении которой минимальный размер уставного капитала установлен в 1 евро.

Как отмечается немецкими экспертами, такая компания, в сущности, является обществом с ограниченной ответственностью (GmbH). За счет ее введения возможность начать бизнес облегчилась, но в обороте такие компании не получили особого доверия из-за маленького капитала. Многие источники финансирования, а также возможности вступления в договорные отношения остаются недоступными до тех пор, пока уставный капитал UG не повысится до уровня минимального размера уставного капитала GmbH.

В этой связи более целесообразным было бы *для любого ТОО (ООО), являющегося субъектом малого бизнеса, установить хоть какой-то положительный минимальный размер уставного капитала, например, 1 тенге.* Также было бы целесообразным для таких организаций предусмотреть отдельную организационно-правовую форму по примеру немецкого UG с тем, чтобы обеспечить прозрачность и однозначность представления третьих лиц о статусе и рисках установления договорных отношений с таким их контрагентом.

Следует учитывать, что любая коммерческая организация, основанная с соблюдением принципа отделения участия в корпорации от управления ею, является капитальным обществом, в котором

Рекомендации по совершенствованию законодательства

формирование положительного уставного капитала (в отличие от хозяйственных товариществ, в которых уставный капитал может не создаваться, но в котором его полные товарищи совместно ведут его дела, используя общее (объединенное) имущество для достижения своей общей предпринимательской цели) является обязательным. Так же, как обязательным является формирование уставного капитала в командитных товариществах, но за счет вкладов командитистов, а не полных товарищей.

Единый стандарт корпоративного управления для компаний; допустимость исключений в целях регулирования компаний в рамках корпоративных групп, а также допустимые особенности регулирования компаний, осуществляющих определенные виды деятельности, и организаций, признаваемых юридическими лицами публичного права (в случае восприятия этой рекомендации)

Во всех развитых правовых системах корпоративное законодательство является минимальным стандартом построения корпоративной структуры и регулирования отношений в рамках корпоративного управления. При этом такой стандарт должен быть общим для всех компаний соответствующей организационно-правовой формы (АО или ООО) независимо от того, какой субъект является его крупным акционером / участником.

Действующее казахстанское законодательство, однако, предполагает установление особенностей для АО и ТОО с участием государства в их капитале, а в отношении Фонда национального благосостояния «Самрук-Казына» (ФНБ) и в входящих в группу ФНБ организаций корпоративное законодательство вообще применимо в субсидиарном порядке (то есть когда специальным законодательством какой-то вопрос не регулируется). Такое регулирование представляется нецелесообразным с позиций ожидаемого уровня определенности и эффективности казахстанского корпоративного законодательства и снижения степени государственного участия в экономике.

В этой связи представляется целесообразным *установить правило о безусловной применимости законодательства о компаниях к любым акционерным обществам и обществам с ограниченной ответственностью с допущением исключений в отношении компаний, входящих в состав корпоративных групп* (смотрите ниже), которые регулируются специальными нормами о корпоративных группах, безотносительно того, входят ли эти компании в группу ФНБ или иную предусмотренную законом или возникающую в силу закона корпоративную группу. Причем такие законодательные исключения (особенности регулирования) также должны быть общими для любых корпоративных групп.

Кроме того, *допустимым может быть законодательное регулирование особенностей в отношении компаний, признаваемых юридическими лицами публичного права*. Однако вопросы корпоративной структуры и корпоративного управления должны регулироваться полностью законодательством о компаниях. Особенности могут касаться регулирования вопросов относительно оснований для их учреждения, определения специальной правоспособности, контроля за достижением целей создания и оснований для прекращения деятельности.

В настоящее время в казахстанском праве не признается *существование юридических лиц публичного права*. Однако если эта рекомендация будет воспринята казахстанским правом (ибо эта инициатива Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» заслуживает поддержки, а казахстанское право полностью подготовлено к такому восприятию этого известного большинству современных правовых порядков, в том числе в странах ОЭСР, правового института), следует помнить, что такие юридические лица публичного права могут быть созданы в организационно-правовых формах, предусмотренных для юридических лиц частного права, в том числе в формах хозяйственных обществ (компаний).

В то же время, с учетом разнообразия видов предпринимательской деятельности *целесообразным представляется закрепление понятия «национального стандарта корпоративного управления» («НСКУ») в сфере предпринимательства и допустить создание таких не являющихся нормативными правовыми актами стандартов, а также модельных внутренних*

Рекомендации по совершенствованию законодательства

корпоративных актов (как, например, модельный кодекс корпоративного управления, положения об органах компании, регламенты и методики) *уполномоченным субъектом для того, чтобы содействовать совершенствованию практики корпоративного управления и повышению инвестиционной привлекательности казахстанских компаний*. Безусловно, такие НСКУ не должны противоречить законодательству как минимальному обязательному стандарту.

Решения собраний как основания возникновения корпоративных отношений

Поскольку корпоративные отношения являются гражданско-правовыми отношениями, права и обязанности участников этих отношений возникают из предусмотренных в статье 7 ГК оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей. Применительно к корпоративным отношениям прямо поименованным основанием являются договоры и иные сделки. Действительно, в ряде случаев корпоративные отношения возникают в порядке универсального правопреемства (по праву наследования, при реорганизации юридических лиц), из договоров, как общегражданских (например, купля-продажа, дарение), так и на основании некоторых видов так называемых корпоративных соглашений, которые также целесообразно регламентировать законодательным способом (в том числе в рамках регулирования корпоративных групп).

Однако во многих случаях права и обязанности в сфере корпоративных отношений возникают по иным основаниям (как, например, *решения собраний корпорации*). Такие решения порождают конкретные права и обязанности членов корпорации (участников / акционеров компании), ее корпоративных должностных лиц, а также самой корпорации в отношении ее членов, должностных лиц или третьих лиц.

Особенностью решений собраний как оснований возникновения гражданских прав и обязанностей является то, что решение принимается в рамках закрепленной компетенции большинством (если не предусмотрено квалифицированное большинство или единогласие), и будучи таким образом принятым при соблюдении регламентированных процедур созыва и проведения собрания, а также оформления его результатов, это решение является обязательным для соблюдения меньшинством и для исполнения теми субъектами, кому решение адресовано для исполнения. В корпоративных отношениях такими субъектами могут быть сама корпорация (когда решение принято общим собранием ее членов) или должностные лица корпорации в отношении решений, принятых общим собранием или коллегиальным органом собрания.

При этом меньшинство, которое голосовало против принятого решения или не участвовало в его принятии (при несогласии с ним), не только должно подчиниться этому решению и соблюдать его, но и вправе выйти из корпорации в установленном законом порядке. Этот режим предусмотрен в отношении учредительных собраний и общих собраний акционеров / участников корпорации (в том числе компаний и товариществ).

Законодательная идентификация в ГК решений собраний в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей позволит внести правовую определенность в отношения, связанные с корпоративным управлением, снизить количество корпоративных споров, повысить степень ответственности участников корпорации и ее должностных лиц за надлежащее осуществление своих прав членства и обязанностей по управлению компанией, и в целом повысит качество корпоративного законодательства, а также будет способствовать сближению корпоративного законодательства Казахстана с законодательством развитых государств и стран, являющихся основными экономическими партнерами Казахстана.

В частности, целесообразным является учет опыта реформирования российского Гражданского кодекса, в статью 8 которого Федеральным законом от 30 декабря 2011 года № 302 было внесено дополнение о том, что гражданские права и обязанности возникают «из решений собраний в случаях, предусмотренных законом».

Разделение актов, на основании которых юридическое лицо учреждается, и акта, на основании которого юридическое лицо действует

В ст. 41 ГК в качестве документов, на основании которых действует юридическое лицо, необоснованно указываются акты, на основании которых юридическое лицо учреждается (решение единственного учредителя), или которые регулируют отношения между учредителями юридического лица и могут вообще не иметь какого-либо отношения к регулированию деятельности компании (учредительный договор).⁴²

В то же время *решение учредителей юридического лица (в том числе решение единственного учредителя) является единственно возможным основанием для учреждения хозяйственного общества*, но оно не может регулировать деятельность юридического лица, ибо с момента государственной регистрации юридического лица юридическая сила решения о его регистрации, как правило, утрачивается.

На основании решения учредителей возникают права и обязанности учредителей по обеспечению ее государственной регистрации в порядке, регулируемом законом. Учредители должны признаваться коллективным субъектом на основе солидарной ответственности при осуществлении действий, направленных на государственную регистрацию юридического лица. Это должно быть правом, но не обязанностью учредителей распределить между собой соответствующие полномочия и обязанности по учреждению компании, либо уполномочить одного или нескольких учредителей на представление каждого иного учредителя в отношениях с третьими лицами в процессе государственной регистрации компании.

Устав (Articles of Association, company's Constitution, Charter) – единственный документ, определяющий правовое положение, регулирующий организационное устройство и деятельность компании

Такой подход соответствует подходам, принятым в корпоративном законодательстве развитых государств (Великобритании, Сингапура, Германии, Франции и других), а также рекомендациям статьи 12 Модельного закона для стран-участниц СНГ 2010 года «Об акционерных обществах» (в новой редакции). *Никаким иным документом, включая учредительный договор, организация и деятельность коммерческой компании регулироваться не может.*

Содержание устава должно регулироваться законом. Допустимо регулирование в уставе иных аспектов организации и деятельности компаний, если соответствующие положения не нарушают императивных норм, в том числе направленных на обеспечение равного статуса акционеров при равных условиях, соблюдения долгосрочных интересов участников / акционеров в связи с их участием в данной компании.

По опыту Сингапура перспективным направлением является снижение нормативного бремени в отношении хозяйственных обществ, не обладающих публичным статусом (например, ООО или частные АО), допуская для их участников / акционеров очень высокую степень свободы в самостоятельном регулировании вопросов корпоративной структуры и корпоративного управления, и даже с их непосредственным участием в управлении компанией и ведении ее дел, при соблюдении, однако, всех требований к раскрытию информации о компании и прозрачности корпоративного управления в ней.

Корпоративные договоры

Предлагается законодательная классификация корпоративных договоров, регулирование оснований и условий их заключения, исполнения и прекращения. Следует исходить из того, что *одна группа корпоративных договоров, которые заключаются для регулирования отношений между участниками / акционерами корпорации по поводу реализации их прав членства,*

⁴² см. 1, ст. 41

Рекомендации по совершенствованию законодательства

регулируется преимущественно нормами договорного права с учетом императивных положений и содержания устава корпорации. В данной сфере отношений преимущество имеет применение принципа свободы договора и проявления автономии воли участников правоотношений. Такие договоры, как правило, являются частными и конфиденциальными; в отношении них не применяются обязательные требования законодательства о раскрытии информации.

К другой группе договоров относятся соглашения между участниками корпорации и третьими лицами, а также (нередко) с участием самой корпорации. Целью таких договоров является регулирование деятельности компании за счет использования механизмов контроля либо влияния или взаимного влияния. В данном случае *правоотношения регулируются также договорным правом, но в большей степени нормами о корпоративных группах, а само регулирование приобретает значительно более императивный характер, в том числе требуя раскрытия информации о существовании такого договора, а в каких-то случаях – и о его содержании.*

Отдельной категорией корпоративных договоров являются решения общих собраний участников / акционеров, которыми принимаются устав компании, изменения и дополнения в него, кодекс корпоративного управления, методика выкупа акций компании и иные подобные документы компании, относящиеся к сфере реализации ее участниками / акционерами принадлежащих им прав членства в корпорации. *Эти отношения регулируются исключительно нормами корпоративного права*, а основаниями возникновения соответствующих прав и обязанностей у участников таких отношений являются решения собраний, требующее наличие необходимого большинства для принятия соответствующего корпоративного акта. В отличие от вышеперечисленных видов корпоративных договоров, для возникновения или прекращения юридического эффекта таких корпоративных актов не требуется консенсус. Кроме того, в отношении каждого отдельного участника корпорации действие этих актов прекращается автоматически с прекращением членства в корпорации.

Регулирование взаимоотношений участников / акционеров компании по поводу их участия в компании. С учетом опыта развитых правовых порядков в вопросе о формах и пределах регулирования взаимоотношений между участниками / акционерами, предлагается исходить из того, что любые акционерные соглашения или соглашения между участниками иной компании с ограниченной ответственностью являются частноправовыми договорами, решение о заключении которых и определение их содержания относятся к сфере проявления автономии воли соответствующими субъектами гражданского оборота и действия принципа свободы договора.

С учетом международного опыта и законодательной практики развитых государств такие акционерные соглашения и договоры между участниками компании более детально регулируют взаимоотношения между акционерами / участниками, включая вопросы опционов в отношении принадлежащих им акций / долей участия, совместных продаж этих акций / долей (tag-along, drag-along), совместного участия в корпоративных событиях, в том числе при дополнительных размещениях акций и увеличении уставного капитала компании, использования права голоса по акциям / долям, прекращения компании, финансирования компании со стороны акционеров / участников, разрешения конфликтов между акционерами / участниками, в том числе разрешение тупиковых ситуаций и другие аспекты соответствующих взаимоотношений.

Представляется *нецелесообразным закреплять легальную дефиницию акционерного соглашения / договора между участниками компании, а также императивно регламентировать его содержание.* В то же время, принципиально важным представляется законодательное указание на то, что *такие акционерные соглашения и договоры между участниками компании не являются ее учредительным договором* (то есть не направлены на учреждение компании), а их содержание не должно противоречить императивным нормам права, на основании которого компания была учреждена.

Не менее важным является то, что *акционеру не должно быть отказано в осуществлении его регулируемых законом прав акционера и его прав в отношении акций* на основании того, что он нарушает или нарушил акционерное соглашение, стороной которого он является. Более того, *не может быть оспорена действительность корпоративных решений*, надлежащим образом

Рекомендации по совершенствованию законодательства

принятых согласно закону и уставу с участием акционера, на основании того, что он нарушал или нарушил это акционерное соглашение.

С учетом классического подхода, принятого в международном частном праве (о том, что во избежание правовой неопределенности применению подлежат правила только одного правопорядка, а попытка объединить два права для регулирования одной и той же компании не допускается) и, как указывают эксперты в сфере английского права, стороны корпоративного договора, относящегося к компании, учрежденной в Соединенном Королевстве, подлежат регулированию английским правом, представляется целесообразным также закрепить законодательно, что *применимым правом в отношении любых акционерных соглашений / договоров между участниками компании является законодательство Республики Казахстан*.

Свобода заключения соглашения акционеров / договора участников компании во временном контексте и по кругу лиц; публичности

Представляется целесообразным допустить заключение акционерных соглашений / договоров участников компании в любое время, а не только при учреждении компании или смене крупных акционеров / участников.

Также целесообразно основываться на том, что такое соглашение / договор могут быть заключены между любыми двумя и более акционерами / участниками, но это соглашение / договор не должен быть заключен обязательно всеми его акционерами / участниками. При этом до сведения не участвующих в соглашении / договоре акционеров / участников должна доводиться информация о его заключении и затрагиваемых его защищаемых интересах договорных положениях.

Как правило, сторонами акционерных соглашений / договоров участников компании являются акционеры / участники данной компании. Однако в принципе допустимым является участие в таком соглашении / договоре и самой компании. В этом случае, учитывая обязанность директоров компании обеспечить равное отношение к акционерам при равных условиях и минимизировать конфликты интересов, представляется *целесообразным придание информации о существовании таких соглашений / договоров статуса публично известной информации* (при сохранении режима конфиденциальности относительно содержащихся в нем деталей регулирования в соответствии с режимом охраняемой законом тайны).

В ряде случаев сторонами акционерных соглашений / договоров между участниками могут быть, не только компания, но и третьи лица. Как правило, такие соглашения / договоры являются частными договорами. Однако, если эти соглашения / договоры устанавливают права по управлению компанией на основе реализации полномочий контроля или иного влияния в отношении компании, и в результате этого возникает корпоративная группа, (например, как регулируется в немецком праве концернов договоры подчинения, распределении дохода и другие), *раскрытие факта существования такого соглашения акционеров / участников компании и / или его содержания должно регулироваться нормами, относящимися к регулированию корпоративных групп и холдингов*.

Публичная достоверность реестра юридических лиц (национальном реестре идентификационных номеров)

Необходимо законодательно закрепить публичность реестра юридических лиц, признанную в развитых правопорядках (например, в Германии). Это будет содействовать определенности делового оборота, уменьшению количества корпоративных споров и повышению степени ответственности субъектов оборота в контексте соблюдения законодательства.

Содержащаяся в таком реестре информация о компании должна включать в себя информацию о наименовании, организационно-правовой форме и адресе ее места нахождения, корпоративном сайте (интернет-ресурсе), а также ее должностных лицах (директорах и членах исполнительного органа, членах наблюдательного органа и членах правления, единоличном органе у правления). Должно быть установлено, что содержащаяся в таком реестра информация является достоверной

Рекомендации по совершенствованию законодательства

и актуальной информацией о компании. Ответственность за надлежащее изменение данных в таком реестре должна быть возложена на юридические лица.

Содержание такого реестра должно быть публично доступным без каких-либо юридических или технических препятствий. Любые уведомления, деловая и судебная переписка, иная корреспонденция, направленная в адрес компании согласно полученным из такого реестра данным, должна считаться направленной надлежащим образом.

Также следует переименовать этот реестр, поскольку в нем должны регистрироваться сами юридические лица как субъекты права с указанием всей относящейся к ним информации. Этот реестр не должен быть списком национальных идентификационных номеров, поскольку таковые не являются ни объектами, ни субъектами права, в то время как право регулирует поведение субъектов в рамках правового режима объектов права. А статья 42 ГК требует государственной регистрации именно юридических лиц как субъектов права.⁴³ Даже если текущее наименование реестра является лишь наименованием, а по факту в нем регистрируются субъекты права, наименование и содержание реестра должны соответствовать друг другу и требованиям ГК как основополагающего в данном случае законодательного акта.

Упомянутый реестр юридических лиц является одним из двух публичных реестров, имеющих значение для акционерных обществ. Для подтверждения и осуществления прав акционеров в отношении акций правовое значение имеет реестр держателей ценных бумаг, ведение которого обеспечивается АО «Единый регистратор ценных бумаг» (ЕРЦБ). В соответствии с Законом от 2 июля 2018 г. № 166-VI предусматривается объединение ЕРЦБ с АО «Центральный депозитарий ценных бумаг», и все реестры акционеров и иных держателей ценных бумаг будут вестись последним.⁴⁴ Этот шаг законодателя представляется важным и целесообразным для целей совершенствования инфраструктуры рынка ценных бумаг в Казахстане в соответствии с опытом построения и регулирования такого рынка в развитых правовых порядках и на международных рынках.

Формирование органов управления компании – обязанность ее учредителей, участников / акционеров

В соответствии со статьей 37 ГК любое юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы. Без сформированных органов компания не может функционировать. Обязанность сформировать орган управления компанией заключается в надлежащей регламентации корпоративной структуры данной компании в ее уставе, а также в фактическом формировании органа за счет определения его количественного состава и выбора членов коллегиального органа управления.⁴⁵

В законодательстве целесообразно однозначно *определить, что формирование органов компании является обязанностью ее учредителей, подлежащей исполнению при принятии решения об учреждении компании*. Возникновение полномочий и ответственности избранных таким образом членов органов управления компанией обуславливается моментом государственной регистрации компании.

Такое регулирование является целесообразным для того, чтобы обеспечить правовую определенность и эффективность законодательного регулирования в соответствующих корпоративных отношениях. Особенно важным является это в рамках регламентации правового положения акционерных обществ, поскольку существующий в настоящий момент режим не позволяет надлежащим образом учредить новое акционерное общество, ибо само АО как юридическое лицо возникает с момента его государственной регистрации, а его органы могут быть созданы только после государственной регистрации выпуска акций АО, когда учредители приобретут статус акционеров компании. Сам же выпуск и размещение зарегистрированных акций возможен только в результате действий уполномоченных органов АО. Схожие проблемы возникают на практике и при некоторых формах реорганизации АО.

⁴³ см. 1, ст. 42

⁴⁴ см. ст. 14

⁴⁵ см. 1, ст. 37

Рекомендации по совершенствованию законодательства

Отдельно следует *закрепить обязанность участников / акционеров компании обеспечить непрерывность надлежащего управления компанией*. Должны быть созданы эффективные механизмы формирования органов компании, как и побуждения участников / акционеров к их формированию в любой момент деятельности компании, когда это становится необходимым. Особенно важным это является в тех случаях, когда существует тупиковая ситуация в отношениях между участниками / акционерами, в результате чего орган управления должен быть сформирован.

Казахстанская судебная практика предыдущих лет свидетельствует о том, что суды не всегда понимают важность проведения общих собраний для надлежащего функционирования компании, а также не всегда разделяют имущественные права в отношении акций и права членства, вытекающие из владения акциями. Так, например, своим Определением от 12 сентября 2017 года по делу № 7727-17-00-2/9910 судья специализированного межрайонного экономического суда города Алматы по заявлению гражданина об обеспечении иска о расторжении договора купли-продажи ценных бумаг, обоснованно исходя из того, что «мерой по обеспечению иска может быть наложение ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у других лиц», правомерно наложил арест на принадлежащие ответчику простые акции АО.⁴⁶

Вместе с тем, в этом случае судья необоснованно принял решение запретить ответчику «участвовать в общих собраниях акционеров АО, а также принимать решения путем участия в голосовании по всем вопросам повестки дня, рассматриваемым общим собранием акционеров АО, запретить проводить общие собрания акционеров АО». В этом случае судья не различил особенности правового режима акций как оборотоспособного имущества, в отношении которого может быть установлен судебный запрет на сделки с ними / арест и особенности правовой природы прав членства в корпорации, а также правосубъектность АО и общественно-социальное значение непрерывности ее деятельности. Пока лицо обладает правами членства в корпорации, осуществление этих прав не может быть ограничено, в том числе, в связи с недопустимостью безосновательного вмешательства или иного ограничения в деятельности самой корпорации.

Законом предусматриваются иные способы защиты прав заинтересованных акционеров, которые заключаются в оспаривании действительности принятых корпоративных решений. Но пока лицо, является собственником акций, даже ограниченных в обращении по судебному постановлению, это лицо вправе по своему усмотрению участвовать или не участвовать в принятии корпоративных решений и осуществлять иные правомочия членства, вытекающие из владения акциями. На это обращал внимание и Верховный Суд Республики Казахстан в пункте 4 его нормативного постановления от 28 декабря 2009 г. «О применении законодательства об акционерных обществах».⁴⁷

Если соглашением между акционерами / участниками не регламентированы механизмы разрешения тупиковых ситуаций, которые могут быть исполнены в принудительном порядке, должны быть законодательные механизмы принуждения акционеров к выполнению их обязанности сформировать орган управления, что особенно важным является в отношении акционерных обществ, как и любых иных компаний публичного интереса.

Таковыми механизмами побуждения могут быть возложение на акционеров субсидиарной ответственности по обязательствам компании, возникшим в период отсутствия надлежащим образом сформированного органа управления, возможность формирования органа управления судом по иску заинтересованного лица.

В отношении обществ с ограниченной ответственностью целесообразно предусмотреть возможность принудительной ликвидации компании по иску заинтересованного лица (например, участника, крупного кредитора компании), если участники общества длительное время не могут

⁴⁶ Определение от 12 сентября 2017 года по делу № 7727 -17-00-2/9910

⁴⁷ Нормативное постановление ВС от 28 декабря 2009 г. «О применении законодательства об акционерных обществах», п.

Рекомендации по совершенствованию законодательства

договориться о формировании органов компании, и ее надлежащее управление остается невозможным.

Согласованный выход из состава акционеров / участников компании

Согласование акционерами / участниками компании возможностей и условий выхода из состава акционеров / участников компании является распространенным вопросом для договорного урегулирования между акционерами / участниками. Такое урегулирование достигается сторонами в форме соглашений акционеров / участников компании как механизм разрешения тупиковой ситуации или выхода из компании по достижении определенных результатов либо наступлении нежелательных для акционеров / участников обстоятельств (например, при смене крупного акционера).

Регулируемыми механизмами являются выкуп акций / долей участия одним акционером / участником у другого либо совместная продажа акций / долей третьему лицу. В первом случае отношения могут быть оформлены договором купли-продажи под условием либо предварительным договором купли-продажи. Отдельным решением является заключение опционного соглашения, по которому продающему акционеру может быть предоставлено право требовать от покупающего акционера согласованной покупки, или покупающему акционеру может быть предоставлено право потребовать от продающего акционера продажи принадлежащих ему акций / долей.

Во втором случае могут использоваться разные механизмы. Например, один акционер / участник по требованию другого акционера / участника обязан будет продавать третьему лицу совместно с потребовавшим продажу акционера / участника на единых для обоих продавцов условиях. В таком случае второму акционеру предоставляется право, в английском праве называемое drag-along right. Обычно такое право предоставляется крупному акционеру в отношении миноритарного акционера.

Другим вариантом урегулирования совместного выхода из компании является именуемое tag-along right. Это правомочие обычно предоставляется миноритарному акционеру требовать от крупного акционера объединить принадлежащие миноритария акции с продаваемыми крупным акционером акциями третьему лицу. Нередко оба этих правомочия включаются в одно акционерное соглашение, предоставляя соответствующие полномочия крупному и миноритарному акционеру, а иногда и обоим.

Отдельным урегулированием может быть соглашение акционеров / участников с третьим лицом о том, что по наступлении определенных обстоятельств это третье лицо выкупит принадлежащие акционерам / участникам акции / доли участия по определенной цене, или сможет потребовать от них этой продажи, либо продавцам будет предоставлено право потребовать от этого третьего лица покупки у них соответствующих акций / долей участия. Очевидно, что такие ситуации также могут быть оформлены различными договорами – от предварительного договора купли-продажи до договора купли-продажи под условием и опционных соглашений.

Несмотря на то, что все эти виды договоров могут быть заключены по казахстанскому законодательству с опорой на принцип свободы договора и автономию воли, специфика корпоративного законодательства (учитывая казахстанскую специфику буквального применения правовых норм) может потребовать специальной регламентации условий заключения, осуществления и принудительного исполнения этих договоров. В связи с этим предлагается *регламентация всех этих договорных конструкций в законодательстве о компаниях с указанием возможных правовых последствий неисполнения обязательств по договору каждого из таких видов*, ибо такие последствия различаются от принуждения к заключению основного договора, взыскания штрафной неустойки и (если покупателю было известно о договоре между акционерами / участниками) признания договора недействительным до принуждения к исполнению договора в натуре.

Также следует *соотнести любые такие договорные урегулирования с необходимостью соблюсти императивные требования* (в том числе по вопросам преимущественной покупки, обязательных предложений, опубликования, соблюдению прав третьих лиц и другим аспектам).

Рекомендации по совершенствованию законодательства

Кроме того, необходимо решить вопрос о применимом праве к таким соглашениям в случае участия в них иностранного элемента. Наиболее целесообразным является применение казахстанского права к любым таким договорам, касающимся передачи акций / долей участия (даже условной) в компании, созданной по законодательству Казахстана. Однако, с учетом требований ст. 1114 ГК, если такие соглашения не регулируют взаимные права и обязанности участников / акционеров данной компании, выбор иностранного законодательства в качестве применимого представляется допустимым.⁴⁸

Новые положения, регулирующие вопросы изменений в составе акционеров (squeeze out provision)

В соответствии с Законом от 2 июля 2018 г. № 166-VI с 1 января 2018 года вступает в силу новая ст. 25-1 Закона об АО, предоставляющая лицу, которое приобрело 95% или более голосующих акций АО, потребовать от других акционеров продажи принадлежащих им голосующих акций этого АО.⁴⁹ Эта норма (известная в законодательстве развитых правовых порядков как *squeeze out provision*, принята как мера по обеспечению прав крупных акционеров на получение полного контроля над компанией.

Представляется, однако, целесообразным также *предусмотреть и механизм защиты прав мелких акционеров (как и владельцев привилегированных акций) на выход из состава акционеров компании в случае изменения контролирующего акционера* (концентрации подавляющего большинства голосующих акций в руках одного акционера или группы связанных лиц. В данном случае можно использовать механизм, известный в английском праве (Companies Act 2006) как *sell out provision*, согласно которому миноритарные акционеры в таком случае имеют право потребовать выкупа у них принадлежащих им акций.⁵⁰ Аналогичный механизм предусмотрен и в российском акционерном законодательстве.

Такое же *право требовать выкупа принадлежащих им акций целесообразно предоставить и привилегированным акционерам* в целях защиты их имущественных интересов. Это обусловлено тем, что в связи со сменой контролирующего акционера (когда контроль над компанией концентрируется в руках одного акционера) привилегированные могут быть лишены возможности получать дивиденды выше гарантированного минимального размера. А с учетом казахстанской практики, когда такой гарантированный размер может равняться 1 тийыну на акцию, ущемление имущественных интересов привилегированных акционеров (особенно когда новый контролирующий акционер является холдингом или участников корпоративной группы) является реальностью.

Совершенствование механизма выхода из состава участников ТОО (ООО)

В целях повышения степени определенности и мобильности гражданского оборота можно, в качестве возможного варианта, законодательно определить, что при смене участника ТОО (ООО) моментом выхода из состава участников прежнего участника и вхождения в их состав нового участника является оформление договора об отчуждении доли участия либо иной сделки (в частности, при правопреемстве в случае наследования имущества или реорганизации юридических лиц) у нотариуса, при условии, однако, что такой нотариус имеет прямой доступ к публичному реестру юридических лиц, позволяющий ему обеспечить одновременную и одновременную перерегистрацию ТОО/ООО и тем самым содействовать соблюдению публичной достоверности упомянутого реестра.

В случае, если законом будет сохранена обязательность заключения учредительного договора и участия в нем на основании договора о присоединении к нему, с этого же момента выхода прежнего участника новый участник должен рассматриваться автоматически присоединившимся к учредительному договору (в любом случае, необходимо установление презумпции присоединения нового участника к учредительному договору при возникновении любого спора). Также, по

⁴⁸ см. 1, ст. 1114

⁴⁹ см. ст. 14

⁵⁰ UK Companies Act 2006

обоснованной аналогии с передачей акций, обязанность подачи документов на перерегистрацию ТОО (ООО) в связи с изменением состава его участников целесообразно возложить на участников сделки, а не на само ТОО. При этом необходимо обязать орган ТОО (ООО) предоставить по запросу заявителей, оформляющ его передачу нотариуса или регистрирующего органа подтверждение о соблюдении преимущественного права покупки других участников ТОО (ООО). Не исключено, что с развитием информационных технологий, эти процедуры будут еще больше упрощены.

Совершенствование вопросов поддержания капитала акционерных обществ

Необходимо *регламентировать условия и порядок конвертирования ценных бумаг АО одного вида в его же ценные бумаги другого вида*. Статья 30 Закона об АО определяет, что «условия, сроки и порядок конвертирования ценных бумаг общества указываются в проспекте выпуска конвертируемых ценных бумаг». Однако процедура такого конвертирования должна быть общей для всех подобных случаев, и в целях защиты прав акционеров и самого АО ее целесообразно регламентировать в законе.⁵¹

Кроме того, статья 30 Закона об АО предусматривает конвертирование не только ценных бумаг, но и денежных обязательств, но регулирует для «здоровых» АО (не находящихся в процессе реструктуризации или реабилитации) только возможность конвертирования ценных бумаг лишь в простые акции. Такое представляется излишне ограничительным. *Целесообразным является конвертирование при определенных условиях стандартизированных долговых инструментов и в привилегированные акций, а также определенных долговых обязательств по договорам долгосрочных или среднесрочных займов, особенно субординированных займов (с 2016 года законодательно признанных в Законе о банках и банковской деятельности), в привилегированные или простые акции, и соответствующая законодательная регламентация порядка и условий такого конвертирования.*

Также представляется целесообразным *вернуться к тому пониманию, что обмен размещенных акций одного вида на акции другого вида, предусмотренный с 2012 года в статье 30-1 Закона, по своей природе также является конвертированием*, а его процедура должна регулироваться законом по общим правилам конвертирования, как предложено выше. Кроме того, очевидно, что такое конвертирование возможно в отношении конвертирования привилегированных акций в простые, чтобы не нарушалось установленное законом допустимое законом соотношение общего количества простых и привилегированных акций.⁵² Не должно допускаться ситуации, когда преобладающая доля в уставном капитале АО принадлежит лицу, которое не обладает голосующими полномочиями на общем собрании акционеров.

Более того, *представляется недопустимым конвертирование простых акций в (их обмен на) привилегированные акции в условиях функционирования корпоративной группы*. Любые изменения в структуре контроля не должны создавать почву для злоупотреблений и ущемления правомерных интересов других акционеров компаний, входящих в состав корпоративной группы, и их кредиторов.

Корпоративная структура – четкое следование принципу отделения участия от управления; сужение компетенции общего собрания

Поскольку любое хозяйственное общество (особенно АО) управляется под ответственность его органов, целесообразно исключить возможность прямого вмешательства акционеров / участников в процесс управления компанией и ведения ее дел. В частности, компетенция общего собрания должна ограничиваться решением так называемых органических вопросов, непосредственно относящихся к правам, интересам и ответственности акционеров. Такими являются вопросы формирования органов управления компании и контроля за надлежащим исполнением их функций посредством заслушивания отчетов на общих собраниях, обсуждения и утверждения годовой финансовой отчетности, определения аудитора компании; решение о выплате дивидендов по акциям; внесение изменений и дополнений в устав, утверждение наиболее важных вопросов

⁵¹ см. 24, ст. 30

⁵² см. 24, ст. 30-1

Рекомендации по совершенствованию законодательства

организации и деятельности компании, относящиеся к интересам акционеров; решение касающиеся судьбы компании (реорганизация, ликвидация) и размера и структуры ее уставного капитала и т.п.

Необходимо отказаться от предоставления общему собранию права отменять решения органов компании, как это сегодня предусмотрено в пункте 4 статьи 36 Закона об АО.⁵³ При несогласии с каким-либо решением органов АО (относящихся ли к внутренней деятельности компании или нет) акционеры вправе оспорить его действительность, принять решение о привлечении должностных лиц к ответственности, но не могут вмешиваться в сферу компетенции органов управления компанией.

Казахстанская судебная практика предыдущих лет свидетельствует о том, что суды не всегда понимают важность обеспечения непрерывности управления юридическим лицом (особенно, АО), а также предназначение, хотя и несовершеннолетних, но предусмотренных акционерным законодательством механизмов оспаривания корпоративных решений. Так, например, своим Определением от 3 апреля 2017 года по делу № 7527-17-3-1/3406 судья специализированного межрайонного экономического суда города Алматы по заявлению представителя истца об обеспечении иска к АО о признании недействительным решения общего собрания акционеров этого АО, необоснованно постановил «запретить проведение заседаний совета директоров АО в составе, утвержденном протоколом внеочередного общего собрания акционеров, до вынесения судом решения по иску».⁵⁴

Принимая во внимание, что совет директоров АО является его органом управления, обладающим необходимой и установленной законом для этого компетенцией, а члены совета директоров ответственны за надлежащее управление обществом, такой запрет, во-первых противоречит установленной Законом об АО обязанности должностных лиц управлять обществом, во-вторых, оставляет АО без надлежащего управления на неопределенный срок. Судья проигнорировано предусмотренное Законом об АО для таких случаев оспаривание решений совета директоров, а также то, что до того, как отпадут или будут признаны недействительными основания для возникновения полномочий у действующего состава совета директоров, он является правомочным принимать корпоративные решения.

Модель смешанного регулирования вопроса о применимой корпоративной структуре компании

Современным подходом является регулирование корпоративным законодательством обеих наиболее распространенных систем корпоративного управления (монистической и дуалистической) и предоставление учредителям / акционерам компании права выбрать использование одной из них. Выбор применимой к конкретной компании корпоративной структуры осуществляется ее регламентацией в уставе компании. С момента принятия устава его положения (как и нормы применимого закона) относительно структуры, наименования органов и объема полномочий становятся для этой компании императивными.

Такое смешанное регулирование, позволяющее выбор конкретной модели корпоративной структуры из двух регулируемых законом предписывается для государств-членов Европейского Союза соответствующими европейскими директивами, предписания которых на уровне национального права восприняты, например, в Коммерческом кодексе Франции 2000 года. Такой же подход рекомендуется Модельным законом для стран-участниц СНГ «Об акционерных обществах» (в новой редакции) 2010 года. Такой же подход рекомендуется реализовать в праве Республики Казахстан в отношении акционерных обществ.

В свою очередь, для обществ с ограниченной ответственностью предлагается сохранить регулирование дуалистической системы корпоративного управления по примеру германского права о GmbH, с сохранением диспозитивности в отношении как формирования наблюдательного органа, так и создания единоличного или коллегиального управляющего органа (который в казахстанском законе именуется исполнительным органом).

⁵³ см. 24, п. 4 ст. 36

⁵⁴ Определение от 3 апреля 2017 года по делу № 7527 -17-3-1/3406

Приведение регулируемой модели корпоративной структуры в соответствие с моделями, применяемыми в развитых юрисдикциях

Казахстанский Закон об АО регулирует корпоративную структуру АО особым образом.

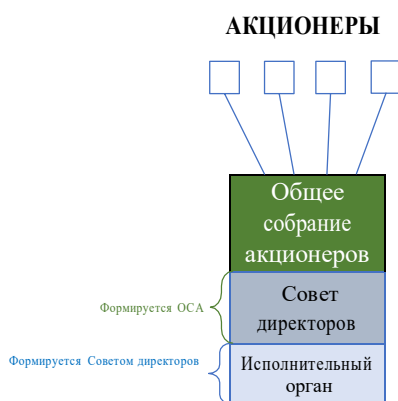
Предлагается регулирование и монистической, и дуалистической модели корпоративной структуры, что соответствует действующим стандартам современного корпоративного управления. При этом смешение элементов, присущих разным моделям недопустимо.

При использовании монистической системы функции управления компанией и контроля сконцентрированы в рамках одного органа – совета директоров или просто – совета либо (как во французском и швейцарском праве – административного совета). Совет директоров вправе делегировать функции по управлению и ведению дел АО: (1) одному или нескольким членам совета (executive directors, executives) и/или (2) генеральному директору или генеральному директору и его заместителям (managers). При этом ответственность Совета за надлежащее управление акционерным обществом сохраняется (хотя в определенной мере и разделяется с упомянутыми executives и managers). Такая модель распространена в английском праве, в Сингапуре, США и иных правовых системах общего права.

В соответствии с моделью дуалистической системы функции управления и контроля разделены между двумя самостоятельными органами. Один из них – наблюдательный совет, состоит из членов, которые не должны участвовать в управлении компанией и ведении ее дел. Это является функцией правления, а наблюдательный совет осуществляет контрольные функции в отношении правления и его деятельности.

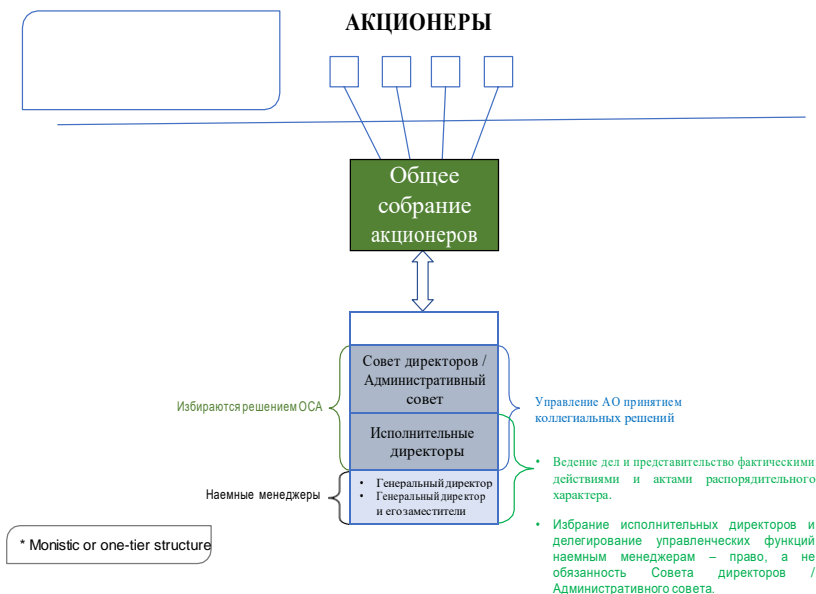
Как рекомендуется вышеупомянутым Модельным законом для стран СНГ «Об акционерных обществах», с учетом наилучших образцов правового регулирования вопросов корпоративной организации, *обе эти модели корпоративной структуры целесообразно регулировать законом*. Особое внимание обращается на необходимость запретить создание на основе каких бы то ни было положений устава или иного регулирующего статуса компании документа каких-либо иных корпоративных органов в рамках любой из этих моделей.

Организационная структура акционерного общества: «казахстанская» модель

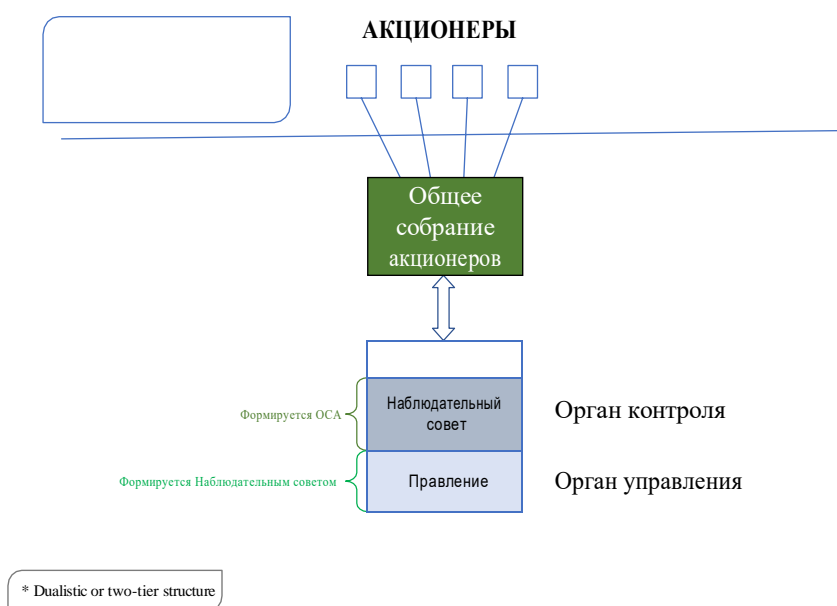


- ОСА предусмотрено в структуре АО как высший орган, и ему предоставлено право отменить любое решение органов общества (хотя и «по вопросам, относящимся к внутренней деятельности общества, если иное не определено уставом»).
- Совет директоров определен как орган управления с компетенцией общего руководства АО. При этом Совет директоров не может принимать решения, противоречащие решениям ОСА, а также решения по вопросам, отнесенным к компетенции исполнительного органа. Таким образом, определенная законом исключительная компетенция Совета директоров приобретает условный характер.
- Формирование исполнительного органа обязательно. Исполнительный орган формируется Советом директоров.
- Предусмотрена возможность создания в АО «иных органов». Например, банковским законодательством предусмотрено создание кредитного комитета в качестве органа банка второго уровня. Однако, этот орган не представляет АО в отношениях с третьими лицами, и его решения не связаны с управлением обществом и ведением его дел.

Организационная / корпоративная структура акционерного общества: монистическая/одноуровневая модель*



Организационная / корпоративная структура акционерного общества: дуалистическая / двухуровневая модель*



Регулирование требований к персональному составу совета директоров и наблюдательного совета (в случае восприятия возможности дуалистической корпоративной структуры в АО)

Повышение степени персональной и профессиональной независимости и компетентности членов совета директоров (как и членов органов компании с дуалистической моделью корпоративной структуры) является одним из факторов, направленных на усиление независимого профессионального управления компанией под ответственность его соответствующих органов.

Рекомендации по совершенствованию законодательства

Пункт 2 статьи 54 Закона об АО сформулирован так, что позволяет понимать необходимость избрания в совет директоров акционеров и представителей акционеров.⁵⁵ В то же время участие акционеров в органах управления компанией не является залогом ее успешной деятельности, а нередко создает фактор нестабильности. Представляется, что чем больше в составе органов компании будет независимых директоров (вплоть до 100% состава совета), тем больше шансов у компании достичь успехов в своей правомерной хозяйственной деятельности. В связи с этим предлагается *сохранение в законе лишь одного ограничения, которое бы предусматривало минимально допустимое количество независимых директоров.*

Также предлагается *пересмотр требований к статусу независимого директора.* Прежде всего недопустимо длительное нахождение лица в статусе независимого директора компании, поскольку по истечении определенного периода времени участие такого независимого директора в принятии важных корпоративных решений, как правило, обуславливает существенные ограничения в возможности независимых суждений и выработке независимой позиции. Поэтому предлагается установить «зеркальное» понятию «независимый директор», определяемому в подпункте 20) статьи 1 Закона об АО требование о том, что по истечении трех лет занятия должности члена совета директоров независимый директор утрачивает свой статус независимого директора.

Кроме того, *предлагается исключить возможность для одного и того же лица быть независимым директором одновременно во всех компаниях, входящих в состав одной и той же корпоративной группы.* Наличие конфликта интересов в таких случаях очевидно, что не позволяет подтверждать сохранение независимой профессиональной позиции соответствующего директора.

Отдельно предлагается восприятие опыта германского законодательства, предусматривающего *участие работников в управлении крупных компаний.* Допустимым является любой из вариантов – полноценное членство с правом голоса или обязательное участие представителей трудового коллектива в заседаниях без права голоса. Принципиально важным является регулярное доведение (соблюдением требований о защите охраняемой законом тайны) до профсоюза или всего трудового коллектива информации о практике деятельности органа управления или наблюдательного органа и предупреждение таким образом нарушений принципов функционирования корпоративной структуры и деятельности корпоративных должностных лиц компании. За счет этого будет обеспечиваться соблюдение долгосрочных интересов акционеров компании, с одной стороны, и обеспечение надлежащего управления компанией без необоснованного вмешательства в него со стороны акционеров, с другой стороны. Немецкие эксперты утверждают, что до настоящего времени этот институт явно не вредил успеху германской экономики.

Дистанционное управление в компаниях

Глобализация и интернационализация бизнеса, с одной стороны, и необходимость оптимизации издержек, связанных с управлением компаниями, с другой стороны, обуславливают использование современных средств коммуникаций в сфере корпоративного управления. На практике дистанционное участие в управлении компаниями осуществляется посредством видеоконференций и телефонной связи. В то же время не используются необходимых средств надлежащей идентификации дистанционно участвующего лица, защита прав и персональных данных всех участников, а также защищаемой законом тайны самой компании.

Такая практика может привести к корпоративным конфликтам, обусловленным невозможностью достоверно доказать участие и/или поведение участника такого дистанционного взаимодействия, а также к несанкционированному раскрытию чувствительной для компании информации и ее неправомерному или недобросовестному использованию.

Во избежание этих последствий *предлагается в законодательстве о компаниях с необходимой степенью детальности регламентировать условия и порядок дистанционного участия в работе органов компании в режиме реального времени, при которых станет возможным надлежащее ознакомление каждого участника с материалами по рассматриваемым вопросам и его активное участие в обсуждении всех относящихся к вопросу аспектов, а также*

⁵⁵ см. 24, п. 2 ст. 54

достоверную фиксацию его мнения (решения). В том числе целесообразным является установление требования об использовании только специально выделенных или иным образом защищенных каналов, позволяющих фиксировать происходящее и сохранять для будущих обращений к зафиксированным данным. Также значимым является требование об использовании для этого специально оборудованных помещений для дистанционного участия с тем, чтобы не допустить неконтролируемого вовлечения в процесс неуполномоченных для участия в нем лиц. Особое требование необходимо для обеспечения надлежащего обращения с персональными данными участников заседаний.

Совершенствование регулирования вопроса об ответственности должностных лиц компаний

Необходимо исключить предусмотренную в статье 63 Закона об АО (в связи с принятием Закона от 27 февраля 2017 г. № 49-VI) возможность акционеру (акционерам), владеющим (владельцами в совокупности) 5% и более голосующих акций АО «от своего имени и в интересах общества» обратиться с иском в суд «о привлечении к ответственности должностного лица за вред, возникший у общества в результате совершения обществом сделки, в совершении которой имеется заинтересованность ...при одновременном наличии» определенных в этом пункте условий. Эта норма не только необоснованно создает плодотворную почву для корпоративных конфликтов между акционерами и компанией, а также между различными акционерами компании, но и искажает содержание целесообразного регулирования, основанного на общих положениях ГК о самостоятельной правосубъектности юридических лиц, основаниях привлечения к имущественной ответственности и действиях в чужом интересе.

В частности, противоречия принципам корпоративного права возникают в связи с тем, что: (а) АО является самостоятельным субъектом, управляемым под ответственность его органов, в котором воля акционеров по отношению к обществу и его директорам проявляется через участие в общем собрании акционеров в рамках его исключительной (т.е. не допускающей ее присвоение другими или передачу другим субъектам, даже являющимся частью коллективной формы общего собрания акционеров) компетенции; (б) нарушение принципа «общей воли» акционеров и игнорирование того факта, что именно решение собрания может служить основанием для действий и последствий юридического характера обуславливает необоснованное ущемление интересов (и даже существенное нарушение прав) других акционеров общества, особенно когда этими акционерами являются обладатели контрольных полномочий в отношении АО. Негативные последствия могут проявиться в высоковероятном противостоянии в отношениях «АО – акционер», «акционер – контролирующий акционер», а также в доведении ситуации до коллапса деятельности АО.

В свою очередь, предусматриваемые в статье 63 Закона об АО возможности для отдельного акционера (как описано выше) – это действия в чужом интересе, которые согласно ГК могут быть либо основаны на предоставленных полномочиях, либо (как в данном случае) без полномочий.⁵⁶ Однако по статье 855 ГК действия без полномочий возможны только в целях предотвращения вреда (а здесь – вред уже причиненный).⁵⁷ Также непонятно, как должны применяться статьи 857 и 858 ГК о необходимости одобрения таких действий выгодоприобретателем и о последствиях его неодобрения: если общество в лице своих органов не одобрит действия ее акционера, как должен поступить в этой ситуации суд? Несогласованность с общими принципами гражданского права весьма вредоносна, а также они препятствуют обоснованной судебной практике.⁵⁸

В связи с этим, в целях соответствия общим положениям ГК, относящимся к ответственности юридического лица за действия / бездействие его работников и праву регрессного требования к работнику о возмещении понесенных юридическим лицом расходов, предлагается и в корпоративном законодательстве исходить из того, что корпоративные должностные лица за ненадлежащее совместное управление компанией ответственность несут именно перед компанией, а не перед отдельным ее акционером / участником, и именно компания в лице ее органов вправе принимать решения о защите своих имущественных интересов.

⁵⁶ см. 24, ст. 63

⁵⁷ см. 1, ст. 855

⁵⁸ см. 1, ст. 857 и 858

Рекомендации по совершенствованию законодательства

В связи с этим *решение о привлечении должностных лиц к такой ответственности должны приниматься органами компании согласно установленной иерархии в применимой корпоративной структуре*. В частности, привлечение к ответственности членов совета директоров или исполнительного органа должно осуществляться на основании решения общего собрания акционеров, а привлечение к ответственности членов исполнительного органа также может осуществляться по решению совета директоров.

Иной альтернативой для того, чтобы позволить отдельным, в том числе крупным, акционерам обоснованно подавать в интересах компании иски к должностным лицам компании, может быть развитие идеи о регламентации так называемых производных исков (*derivative actions*), признаваемых, например, в английском праве. Однако для регулирования этих возможностей в рамках корпоративного права необходимо развитие соответствующих правовых институтов в рамках гражданского права и гражданского процесса. На данный момент простое допущение возможности производных исков к корпоративным должностным лицам в корпоративном законодательстве серьезно конфликтует с общегражданскими материальными и процессуальными нормами закона.

Также следует исключить применение к должностным лицам мер публично-правовой ответственности за действия, осуществляемые в рамках реализации корпоративных отношений. Публично-правовая ответственность, как уже указывалось выше в настоящих Рекомендациях, обоснована только в том случае, когда должностные лица нарушили императивные требования, установленные в интересах неопределенного круга акционеров, инвесторов и третьих лиц (например, требования об опубликовании своевременно достоверной финансовой отчетности, предоставление ложной информации о компании или ее деятельности и т.п.).

В том числе из Уголовного кодекса *целесообразно исключить такое преступление, как рейдерство*, поскольку закон предоставляет каждому акционеру достаточно инструментов по осуществлению и защите принадлежащих ему прав членства в корпорации. Предусматривать в законе возможность выбрать между гражданско-правовыми способами воздействия на участников корпоративных отношений и уголовным преследованием за одни и те же действия является вредоносным для существования гражданского общества и правового государства.

В то же время эффективность гражданско-правовых способов защиты зависит не только от инициативы участников корпоративных отношений, но преимущественно от эффективности судебной системы и приверженности судей исключительно закону. Однако предметом настоящих Рекомендаций не является предложение мер по повышению доверия к судебной системе.

Очень важным является признание того факта, что совет директоров обладает всей полнотой компетенции по руководству деятельностью АО, а использование предоставленных ему полномочий осуществляется под ответственность директоров. При этом должно быть существенно ограничено необоснованное вторжение в сферу компетенции совета директоров, в том числе за счет необоснованно суженного или формального судебного толкования норм закона о компетенции совета директоров.

В частности, представляются некорректными такие прецеденты, подобные Решению суда № 2 г. Актау Мангистауской области от 3 августа 2016 года по делу №4711-16-00-2/3845 по иску бывшего члена коллегиального исполнительного органа АО к самому АО о признании незаконным и отмене решения совета директоров о досрочном прекращении полномочий члена коллегиального исполнительного органа.⁵⁹ Это решение совета директоров АО явилось основанием прекращения трудовых отношений с истцом. Истец, ссылаясь на нормы действующего законодательства и на учредительные документы ответчика, полагал, что совет директоров ответчика вправе прекратить полномочия всего коллегиального исполнительного органа и не вправе решать вопрос об отдельных его членах и как следствие, решение о досрочном расторжении договоров должно касаться всех членов коллегиального исполнительного органа общества.

⁵⁹ Решение суда № 2 г. Актау Мангистауской области от 3 августа 2016 года по делу №4711 -16-00-2/3845

Рекомендации по совершенствованию законодательства

Обоснованно ссылаясь на ст. 53 Закона об АО, суд по какой-то причине решил, что «у совета директоров общества нет полномочий на прекращение полномочий отдельных членов Правления, совет директоров уполномочен на прекращение полномочий всех членов правления. В этой связи, решение совета директоров ... о прекращении полномочий истца, не затронувшее полномочие остальных пяти членов Правления незаконно». При этом суд одновременно указал, что «совет директоров, в установленном порядке, мог прекратить полномочия истца, как члена Правления».

Такое решение представляется неправомерно вторгнувшимся в сферу исключительной компетенции совета директоров, который согласно ст. 53 Закона об АО вправе не только определять количественный состав правления, избирать председателя и членов, досрочно прекращать их полномочия. Но он также вправе изменять количественный и/или персональный состав правления в любое время по своему усмотрению, ибо только совет директоров ответственен и уполномочен за надлежащее руководство деятельностью АО в интересах самого АО и долгосрочных интересах всех его акционеров.

Совершенствование регулирования вопросов прозрачности корпоративного управления и раскрытие информации о компании и ее деятельности

Предлагается детализация такого регулирования на примере недавних законодательных шагов, предпринятых в Соединенном Королевстве в этом направлении, а также с учетом предложений экспертов в области английского права.

В частности, предлагается *расширение и детализация предоставляемой и публикуемой годовой отчетности крупной компании за счет включения в нее отчета каждого директора* о том, как в течение отчетного финансового года они выполняли предусмотренные законом обязанности по продвижению интересов компании и достижению ею успеха согласно стратегическим планам ее развития. В том числе такие отчеты должны включать указание на то, как директора взаимодействовали с работниками компании, учитывали интересы работников, как был результат учета интересов работников в течение года, как директора содействовали бизнесу компании в установлении и осуществлении деловых отношений с поставщиками, клиентами и другими субъектами, и какой был эффект от такой деятельности директоров за этот год. Целесообразным является также установление требования о включении в годовую отчетность больше деталей относительно вознаграждения, выплаченного директорам по итогам года.

Аналогичные требования предусмотрены недавними изменениями в Кодекс корпоративного управления Великобритании (Corporate Governance: The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018 –Q&A. В казахстанской практике это будет способствовать проявлению справедливого отношения к акционерам со стороны директоров, а также повышению активности директоров компании, их более ответственному поведению и эффективности их деятельности.

Отдельными важными направлениями для совершенствования представляется *законодательное поощрение деятельности компаний, направленной на повышения прозрачности в отчетности с целью обеспечения точности и достоверности предоставляемых данных, а также введение правил, касающихся защиты персональных данных и коммерческих секретов и связанных с ними вопросов конфиденциальности*. Эти направления являются новыми даже для правопорядка английского права, и многие механизмы еще предстоит выработать и апробировать. Но уже сегодня целесообразно пристально наблюдать за развитием инструментов регулирования таких вопросов, чтобы без промедления воспринимать и внедрять аналоги применительно к казахстанским компаниям.

Специальные меры реагирования необходимо разработать с тем, чтобы обеспечить соблюдение компаниями сроков раскрытия предусмотренной информации и требований к содержанию раскрываемой информации. Эта проблема характерна для многих правопорядков. Однако простого повышения размера штрафов будет недостаточно. Необходимо внедрение новых механизмов непрерывного мониторинга со стороны регулятора за соблюдением всеми компаниями (а не только финансовыми организациями) этих требований и превентивных регуляторных уведомлений о приближении сроков раскрытия регулярной отчетности с указанием требований к ее объему и содержанию. Большим шагом будет *использование в таких случаях*

информационных технологий, позволяющих дистанционные коммуникации между регулятором и компаниями.

Создание реестра бенефициаров компаний

Представляется целесообразным регламентировать систему раскрытия информации о действительных (бенефициарных) владельцах компаний (тех лиц, которые обладают полномочиями контроля в отношении компании в силу прямого или косвенного владения акциями / долями участия компании, в силу договора с компанией или ее контролирующими акционерами либо иных инструментов влияния на корпоративное управление в компании).

Такая система обязательного раскрытия компаниями своих бенефициарных собственников с 2017 года внедрена в странах Европейского Союза для целей борьбы с легализацией денег, нажитых незаконным путем, на основе специальной Директивы (the 4th EU Money Laundering Directive (EU) 2015/849). Во исполнение этой Директивы, например, в Германии принят соответствующий закон (*Geldwäschegesetz, GWG*) и создан так называемый реестр прозрачности (*Transparenzregister*), к которому доступ имеют только определенные уполномоченные органы, а также иные лица могут получить доступ к реестру, если смогут продемонстрировать наличие у них правомерного интереса в контексте борьбы с отмыванием денег.⁶⁰

Внедрение такой системы в Казахстане позволит не только улучшить инструментарий контроля и противодействия обороту незаконно приобретенного имущества и попыток его легализовать, но также позволит более эффективно отслеживать и регулировать существование корпоративных групп, возникших в силу иных обстоятельств, помимо прямого владения акциями / долями участия в компаниях. Применение такого опыта стран Европейского Союза также позволит повысить степень доверия к казахстанскому рынку, институциональной и правовой системе со стороны иностранных государств, международных организаций и инвесторов, заинтересованных в расширении и углублении международного экономического сотрудничества с Казахстаном.

Улучшение норм об особых категориях сделок акционерных обществ

Сделки АО с особым регулированием – отдельные категории сделок с участием в них АО, в отношении которых применяются особые законодательные правила относительно условий и / или порядка принятия корпоративных решений об их заключении. В соответствии со статьями 68 – 74 Закона об АО такие сделки объединены общим названием «сделок, в отношении которых установлены особые условия». Такими прямо называются: (а) сделки, в которых присутствует конфликт интересов, обусловленный заинтересованностью в их совершении со стороны должностных лиц или крупных акционеров АО (владеющих 10% и более его голосующих акций), и (б) крупные сделки.⁶¹ Но также есть особое регулирование в отношении других категорий сделок АО.

В основе регулирования таких сделок – необходимость устранения или снижения вероятности негативных последствий для участников корпоративных отношений в связи с наличием таких конфликтующих интересов, как: (а) интересы АО, с одной стороны, и собственные имущественные интересы его крупного акционера или должностного лица, у которого имеется личный интерес в совершении такой сделки акционерным обществом, с другой стороны; и (б) интересы АО, с одной стороны, и интересы его акционеров, с другой стороны, в случае принятия акционерным обществом существенных / крупных договорных обязательств.

Во многом действующее правовое регулирование таких сделок соответствует стандартам современного корпоративного права. Однако согласно Закону от 27 февраля 2017 г. № 49-VI были внесены некоторые изменения и дополнения, которые нельзя оценить однозначно. Например, поправка, уточняющая полномочие общего собрания акционеров принимать решение о заключении (а не об одобрении заключения) крупных сделок по отчуждению обществом имущества на сумму 50 или более % от общего размера балансовой стоимости активов АО, является правильной, поскольку означает: (а) более определенное распределение компетенции

⁶⁰ The 4th EU-Money-Laundering Directive (EU) 2015/849

⁶¹ см. 24, ст.ст. 68 – 74

Рекомендации по совершенствованию законодательства

между общим собранием и советом директоров и устранение двусмысленности регулирования относительно момента принятия решения о сделке (и полномочий по принятию такого решения); (б) введение дополнительной меры по недопущению риска существенных потерь АО в связи с принятием столь важного решения.⁶²

В контексте вышеизложенных предложений о повышении прозрачности деятельности компаний, несогласие вызывает изменение, согласно которому обязательно раскрытию подлежит информация о совершении обществом теперь уже не любых крупных сделок и сделок с заинтересованностью, а только таких сделок, которые одновременно являются сделкой с заинтересованностью и сделкой по приобретению или отчуждению имущества стоимостью, равной 10% и более процентов от размера балансовой стоимости активов общества (хотя о снижении порога в стоимости сделки для раскрытия информации о ней следует выразить согласие, поскольку повышает степень прозрачности процесса корпоративного управления АО).

В целом предлагается *восстановить режим полной прозрачности в принятии решений о совершении компанией сделок с наличием заинтересованности в их осуществлении компанией и публичного раскрытия информации о каждой них.*

Кроме того, сохраняя детальное регулирование порядка принятия советом директоров решений о заключении сделок с наличием заинтересованности, предлагается *воздержаться от установления иных ограничений, кроме надлежащего объявления акционером о своей заинтересованности, в случае принятия такого решения на общем собрании акционеров.* Такое регулирование будет нецелесообразным, поскольку на практике решение о сделке может принять миноритарный и даже совсем мелкий (в контексте количества принадлежащих ему акций) акционер, в то время как основные риски, связанные с деятельностью компании несет крупный и контролирующий акционеры, которые могут иметь интерес в совершении этой сделки компанией.

При этом интересы миноритарных акционеров в этом случае защищаются положениями статьями 44 и 94 ГК о возможности привлечения акционера к субсидиарной ответственности по обязательствам юридического лица.⁶³ А при развитии законодательства о корпоративных группах будут также действовать дополнительные механизмы, не допускающие злоупотреблений со стороны контролирующих акционеров и холдингов при заключении компаниями сделок.

Смешанная реорганизация компаний

Реструктуризация, укрупнение и разукрупнение компаний, изменения организационно-правовых форм и другие подобные мероприятия являются частью экономической жизни.

Законодательством предусматриваются виды и допустимые формы реорганизации, а также регулируется процесс реорганизации применительно к каждой предусмотренной форме. Такое регулирование направлено на координацию действий органов АО и на обеспечение надлежащего осуществления прав его акционеров, кредиторов и работников. Вместе с тем, отмечается сложность процесса реорганизации. В связи с этим *предлагается его упрощение и сокращение сроков ее осуществления при сохранении надлежащего уровня защиты интересов участников / акционеров корпорации, ее кредиторов, а также публичного интереса.*

Вместе с тем, упрощение процедур реорганизации компаний может осуществляться не только за счет изменения определенных сроков, очередности действий и сокращения их количества. Дополнительно *предлагается регламентация смешанных форм реорганизации.* В настоящее время перечень форм реорганизации является исчерпывающим, допуска преобразование, слияние, выделение, разделение и присоединение.

По этому вопросу российские эксперты совершенно справедливо отмечают отсутствие реальных причин для отказа в регулировании реорганизации коммерческих организаций посредством объединения юридических лиц разных организационно-правовых форм (например, АО с ООО) либо выделения или разделения с возникновением двух или нескольких юридических лиц в

⁶² см. ст. 13

⁶³ см. 1, ст.ст. 44 и 94

разных организационно-правовых формах. В свою очередь, в Главе XI Модельного закона для стран СНГ 2010 года «Об акционерных обществах» (в новой редакции) предлагаются нормы, регулирующие такие формы смешанной реорганизации, как разделение с одновременным слиянием и выделение с одновременным слиянием. Эти рекомендации заслуживают внимания.

Совершенствование законодательного регулирования корпоративных групп и холдинговых компаний

Существование корпоративных групп признается законом. При этом они по-разному регулируются в разных отраслях законодательства.

Согласно ст. 94 ГК компания, имеющая дочернюю организацию, в отношении которой она осуществляет полномочия контроля, является холдинговой компанией и называется «основная организация».⁶⁴ С возникновением у юридического лица дочерней организации, в отношении которой оно осуществляет контроль в силу участия в ее уставном капитале, в силу договора или иным образом, появляется корпоративная группа. При этом такое регулирование сфокусировано на том, чтобы распределить ответственность по обязательствам дочерней компании и позволить доказывать намеренный характер действий акционера, приведших к неспособности компании отвечать по своим обязательствам.

Также и в статье 95 ГК предусматривается специальное регулирование зависимых АО, которое не предполагает взаимной или дополнительной ответственности по долгам соответствующих связанных обществ, за исключением случая, когда зависимое АО может быть признано дочерней организацией.⁶⁵ Регулирование условий и последствий взаимного участия акционерных обществ в капиталах друг друга перенесено на уровень отдельных законодательных актов. Однако такое регулирование не содержится ни в одном законе. Не регулируется и взаимное участие в капиталах компаний.

Отдельное регулирование групп лиц предусматривается для целей контроля экономической концентрации в Предпринимательском кодексе, а законодательство о финансовых организациях регулирует группы лиц для целей контроля финансовой устойчивости финансовых организаций. Кроме того, законодательство допускает создание групп с участием иностранных компаний в качестве основной (холдинговой) организации либо зависимой или дочерней организации. Эти корпоративные связи учитываются при установлении режима налогообложения, осуществлении финансовой отчетности и регулировании иных аспектов деятельности таких компаний.

В то же время, признавая правомерность существования корпоративной группы, законодательство не регулирует важные вопросы, относящиеся к тому, насколько и каким образом контролирующий акционер может реализовать полномочия руководства деятельностью компании, которую он контролирует.

Иностранные правовые порядки не предлагают единой позиции по поводу необходимости и содержания особого регулирования корпоративных групп. Единство наблюдается только в том, что существование корпоративных групп признается, а их функционирование должно быть прозрачным как для защиты прав миноритарных акционеров и кредиторов входящих в группу компаний, так и для соблюдения публичного интереса для целей антимонопольного регулирования, налогообложения или консолидированного надзора на финансовых рынках.

Для казахстанского законодательства, чей генезис основан на многих концепциях немецкого права, *наиболее перспективным представляется развитие уже существующих правовых норм за счет восприятия конструкций немецкого права о концернах*. Одним из вариантов такого восприятия могут служить рекомендации Модельного закона для стран СНГ 2010 года «Об акционерных обществах» (в новой редакции), Глава XII которого содержит модельные нормы по регулированию групп компаний. Приемлемость этих рекомендаций обусловлена тем, что они выработаны на основе всестороннего анализа законодательных норм права стран СНГ и западных

⁶⁴ см. 1, ст. 94

⁶⁵ см. 1, ст. 95

Рекомендации по совершенствованию законодательства

правопорядков (как системы общего права, так и романо-германской правовой семьи), а в формулировках модельных норм выражена наиболее сбалансированная позиция.

Традиции немецкого права в регулировании холдингов и корпоративных групп в некоторой степени отражены в содержании статей 94 и 95 ГК. В частности, применение положений статьи 94 ГК позволяет выявлять наличие контрольных полномочий в отношении юридического лица по иным основаниям, чем владение преобладающим пакетом акций дочерней компании.

Более того, обладание преобладающей частью уставного капитала дочерней организации не всегда может означать наличие у ее участника/акционера полномочий по контролю. В ряде случаев, контрольный пакет голосующих акций или долей участия в ТОО может принадлежать одной организации, а наличие полномочий по контролю ее дочерней организации может быть признано у другого юридического лица. Казахстанская судебная практика свидетельствует о том, что Верховным Судом правильно оценивается предназначение соответствующих положений ГК для выявления возникшей корпоративной группы.

Так, из постановления Коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 27 августа 2009 г. № 3а-9/3-09 следует, что по результатам рассмотрения дела признана правомерность выводов Антимонопольного агентства в части признания ТОО («заявитель») входящим совместно с другими субъектами рынка в состав сразу нескольких групп лиц по признаку аффилированности, но наличие контроля над заявителем признано только за одним лицом, входящим в состав только одной из этих групп.⁶⁶ В частности, включение заявителя в состав одной из таких групп лиц осуществлено по основанию участия основной организации в уставном капитале заявителя: заявитель признан дочерней организацией Холдинга, поскольку «материнская компания» заявителя являлась аффилированным лицом Холдинга.

В то же время заявитель также признан участником группы компаний А. уже по иному основанию: т.е. в связи с тем, что в силу Соглашения об управлении, подписанного в рамках соглашения купли-продажи акций между Холдингом, с одной стороны, и рядом связанных друг с другом юридических лиц, с другой стороны, управление заявителем в течение определенного Соглашением периода осуществляет компания Б., 100%-ным участником которой выступает дочерняя организация компании А. По упомянутому Соглашению об управлении компания А. получила возможность определять условия ведения заявителем предпринимательской деятельности и осуществлять полномочия органа управления заявителя. Причем материнская компания заявителя в силу этого же Соглашения об управлении ограничила себя в возможности давать указания заявителю, либо управлять им или влиять на его решения относительно коммерческой, административной, операционной, обслуживающей деятельности. В силу этих обстоятельств заявитель, хотя и входит в состав группы компаний Холдинга на основании договора купли-продажи акций, был признан судом находящимся под контролем компании А., так как при этом Заявитель оставался под ее управлением на основании упомянутого Соглашения об управлении.

Другим вариантом является восприятие положений непосредственно из немецкого права о концернах, которые содержатся преимущественно в Торговом уложении Германии и в германском Законе об акционерных обществах. Этот вариант также является приемлемым, поскольку не только признает и регулирует деятельность корпоративных групп, защищает права кредиторов и миноритарных акционеров компаний группы, но также устанавливает разумные правила, позволяющие холдингу (господствующей компании) законно и ответственно руководить деятельностью концерна и входящих в ее состав компаний.

В частности, *предлагается воспринять идею о легальном формировании корпоративной группы на основе договора*. Такими договорами могут быть договоры о подчинении, регулируемые в немецком праве, договоры о разделе прибыли и иные операционные договоры, на основании которых господствующее юридическое лицо правомочно давать органам подчиненной компании указания по руководству компанией, а органы подчиненной компании обязаны следовать указаниям господствующей компании.

⁶⁶ Постановление Коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 27 августа 2009 г. № 3 а -9 / 3 -09

Рекомендации по совершенствованию законодательства

Нормативно закрепленные примеры таких обстоятельств можно обнаружить в банковском законодательстве Казахстана. Так, согласно вышеупомянутой Инструкции Национального Банка РК от 4 июля 2012 года № 217 установлены обстоятельства, на основе которых выявляется возникновение возможности определять решения юридического лица. В частности, в п.2 этой Инструкции такая возможность, помимо предусмотренного законодательными актами о банковской и страховой деятельности, считается возникшей в таких случаях, как:

- 1) финансирование одним юридическим лицом (самостоятельно либо совместно с другими лицами) юридического лица, руководящими работниками и (или) акционерами (учредителями, участниками) которого являются сотрудники финансирующей его (финансирующей их) лица (лиц), в размере, превышающем собственный капитал финансируемого юридического лица; и
- 2) получение лицом (самостоятельно либо совместно с одним или несколькими лицами), определяющим (определяющими) решения юридического лица, услуг от юридического лица, являющегося подконтрольным и (или) имеющего задолженность перед указанным (указанными) лицом (лицами), оплата за которые составила не менее половины ⁶⁷ доходов юридического лица, являющегося подконтрольным и предоставившего данные услуги.

Вместе с тем, законом должны регулироваться процедура исполнения указаний господствующей компании, пределы влияния, а также обязанность контролирующего субъекта компенсировать ущерб подчиненной компании и/или возместить убытки ее кредиторам.

Прозрачность и регулируемость деятельности такого концерна обеспечивается за счет механизмов прозрачности деятельности компаний концерна, обязанности господствующей компании составлять регулярные отчеты о правоотношениях со связанными компаниями. Германский *Konzernrecht* содержит детальные правила, направленные на защиту прав как кредиторов, так и миноритарных акционеров подчиненных компаний.

При восприятии германского опыта регулирования корпоративных групп следует прислушаться к рекомендациям немецких экспертов о том, чтобы *детально регулировать все сделки между холдинговой (господствующей) компанией и дочерней организацией (подчиненной компанией)*. В свою очередь содержание такого регулирования предложено английскими экспертами: все сделки между связанными британскими компаниями подлежат регулированию законодательством о трансфертном ценообразовании, основанном на международно признанном принципе «вытянутой руки» (требующем независимом и основанном на рыночных условиях определении условий сделки).

Это очень важная рекомендация, поскольку *казахстанское законодательство о трансфертном ценообразовании распространяет свое действие только в отношении связанных компаний в трансграничном контексте, и поэтому нуждается в его приведении в соответствие с указанным международным стандартом*.

Особое внимание заслуживает другая рекомендация немецких экспертов, предлагающая включение в законодательство *положений, позволяющих холдинговой компании (основной организации) иметь полный доступ к имуществу и ресурсам дочерней организации при условии, что основная организация примет на себя соответствующее обязательство компенсировать убытки дочерней организации*.

Помимо допущения легального возникновения корпоративной группы на основе приобретения контролирующими полномочий в форме участия в уставном капитале дочерней организации и на основе договоров, следует *регламентировать основания, в силу которых группа компаний также может рассматриваться возникшей*. Такое регулирование должно предоставить необходимые инструменты регулирующим и надзорным органам, а также судам для квалификации отношений как возникших в рамках корпоративной группы и применения соответствующих последствий.

⁶⁷ Инструкция Национального Банка РК от 4 июля 2012 года № 217, п. 2

Рекомендации по совершенствованию законодательства

В частности, необходимо *дать легальное определение используемому в ст. 94 ГК понятию «осуществление контроля иным образом»* (к чему в практике английских судов и международного арбитража относят влияние в силу родственных отношений, материальной зависимости, иных обстоятельств личного характера, не всегда имеющих юридическую форму).

Примечательным примером выявления казахстанским судом подобных отношений, в силу которых одно лицо реализует контрольные полномочия в отношении другого лица, является позиция судебных органов в деле по заявлению АО «КРГ» об оспаривании ряда приказов уполномоченного государственного органа, изложенная в постановлении Коллегии по гражданским делам Верховного Суда РК от 20 марта 2007г. №3а-12-07. Акционерами АО «КРГ» являются АО «НК» и ОАО «ГП», каждый из которых владеет по 50% голосующих акций АО «КРГ». В связи с такой структурой акционеров ни один из них не имеет преобладающего участия в уставном капитале АО «КРГ» и, соответственно, не имеет контроля в отношении него.⁶⁸

Судом поддержан довод ответчика о том, что оба акционера имеют равное влияние на принятие решений органами АО «КРГ». Однако, суд отнесся к АО «КРГ» как к дочерней организации АО «НК» на основании того факта, что сам «заявитель указывает, что был вынужден подать такое заявление [об отмене вышеупомянутых приказов уполномоченного органа], по указанию учредителя, являясь дочерней зависимой компанией АО «НК», тем самым подтверждая свою зависимость от учредителя при принятии решения». В этом случае совершенно очевидно, что для установления статуса АО «КРГ» в качестве дочерней организации АО «НК» суд признал наличие контрольных полномочий у АО «НК» в отношении заявителя, основываясь на иных (по сути, фактических) обстоятельствах, чем наличие преобладающего участия в уставном капитале АО «КРГ» или договора между ним и АО «НК».

Принципиально важным является *установление для дочерних компаний, входящих в корпоративную группу определенных послаблений в вопросах корпоративного управления*. В том числе можно допустить неприменение норм о независимых директорах, разрешить существование централизованных в рамках группы служб внутреннего аудита, комплаенс и внутреннего контроля, централизованной бухгалтерии и другие исключения, основанные на праве холдинговой компании давать обязательные для дочерней организации руководящие указания и ответственности холдинговой компании по обязательствам дочерней организации.

Целесообразным является развитие являющихся сегодня декларативными положения статьи 95 ГК *о зависимых акционерных обществах*, либо исключение этой статьи в связи с отсутствием необходимости в регулировании этого момента. В то же время представляется целесообразным *регламентировать отношения о взаимном участии компаний в уставных капиталах друг друга*, ограничив размер такого участия максимально 25% от общего количества голосующих акций каждой их взаимозависимых компаний. Это целесообразно для соблюдения правомерных интересов других акционеров и кредиторов этих компаний.

В немецком праве признается, что наличие отношений «основная (холдинговая) компания – дочерняя (подчиненная) компания» является предпосылкой для признания организационного единства в контексте налогового права, то есть признания обеих компаний единым субъектом налогообложения. А в английском праве налоговая консолидация компаний, входящих в корпоративную группу, не предусматривается.

Поскольку же здесь предлагается восприятие конструкций германского *Konzernrecht*, представляется целесообразным определить, что для налоговых целей все компании корпоративной группы должны рассматриваться как одно лицо, и только холдинговая компания рассматривается налогоплательщиком. Иными словами, *рекомендуется рассмотрение вопроса о формировании совокупности норм налогового законодательства, условно называемую законодательством о налоговых группах (tax group law)*.

Примечательно, что и в английском праве существуют определенные механизмы, посредством которых вопросы налогообложения групп компаний могут упрощаться, в том числе за счет регулирования вопросов распределения дивидендов, совместного несения расходов участниками

⁶⁸ Постановление Коллегии по гражданским делам Верховного Суда РК от 20 марта 2007г. №3а-12-07

Рекомендации по совершенствованию законодательства

корпоративной группы и перераспределения убытков в рамках группы. Это адресуется казахстанскому законодателю в области налогового регулирования решить о применении, например, германского опыта комплексного регулирования и администрирования групп компаний для налоговых целей или использовании опыта Великобритании по «точечному» применению определенных механизмов при налогообложении групп компаний. Вместе с тем, не вызывает сомнений *установление обязательной регистрации налоговых корпоративных групп (групп компаний для налоговых целей)*.

Также целесообразным является *унифицированное использование понятия «корпоративная группа»* как для целей регулирования вопросов корпоративного управления в рамках группы компаний, защиты прав миноритарных акционеров и кредиторов компаний, входящих в группу, так и для целей антимонопольного регулирования.

В процессе предлагаемого совершенствования корпоративного законодательства будут внесены многие другие уточнения терминов и регулирующих положений с целью исправления существующих недоработок или придания более существенной правовой значимости правовым нормам.

5 Перечень законодательных актов

Развитие казахстанского корпоративного законодательства и правовых норм о группах компаний (корпоративных группах) потребует внесение наиболее крупных по содержанию и объему изменений и дополнений, либо существенный пересмотр, по крайней мере, следующих действующих законодательных актов Республики Казахстан:

№	Законодательный акт	Ответственный государственный орган
1	Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-XIII;	Министерство юстиции Республики Казахстан Все государственные органы Республики Казахстан
2	Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года № 409;	Министерство юстиции Республики Казахстан Генеральная прокуратура Республики Казахстан Все государственные органы Республики Казахстан
3	Кодекс Республики Казахстан от 25 декабря 2017 года № 120-VI ЗРК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»;	Министерство финансов Республики Казахстан Министерство национальной экономики Республики Казахстан
4	Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V ЗРК;	Министерство национальной экономики Республики Казахстан
5	Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V РК;	Генеральная прокуратура Республики Казахстан Министерство внутренних дел Республики Казахстан
6	Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415 «Об акционерных обществах»;	Национальный Банк Республики Казахстан
7	Закон Республики Казахстан от 2 мая 1995 года № 2255 «О хозяйственных товариществах»;	Министерство юстиции Республики Казахстан
8	Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-1 «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью»;	Министерство юстиции Республики Казахстан

9	Закон Республики Казахстан от 1 марта 2011 года № 413-IV «О государственном имуществе»;	Министерство финансов Республики Казахстан
10	Закон Республики Казахстан от 1 февраля 2012 года № 550-IV «О Фонде национального благосостояния»;	Министерство национальной экономики Республики Казахстан
11	Закон Республики Казахстан от 16 января 2001 года № 142-II «О некоммерческих организациях»;	Министерство информации и общественногоразвития Республики Казахстан
12	Закон Республики Казахстан от 28 февраля 2007 года № 234-III «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности»;	Министерство финансов Республики Казахстан
13	Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 года № 67-IV «О трансфертном ценообразовании»;	Министерство финансов Республики Казахстан
14	Закон Республики Казахстан от 4 июля 2013 года № 129-IV «О Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан».	Министерство национальной экономики Республики Казахстан

В связи с концептуальными изменениями вышеперечисленных законодательных актов также потребуется внесение изменений и дополнений во многочисленные иные нормативные правовые акты для приведения их содержания в соответствие с этими концептуальными изменениями. Также может потребоваться предварительная или последующая организационная и юридическая работа на централизованном государственном уровне в отношении действующих субъектов гражданского оборота, в том числе принадлежащих государственному сектору экономики, для приведения формы и содержания их деятельности в соответствие с новыми законодательными требованиями.