

## Об органах как представителях хозяйственных обществ (тезисы к круглому столу «М-Логос» 20.10.2014)

### 1. Лица, являющиеся ЕИО.

Несколько странный эффект произвели на некоторую часть юридического сообщества изменения в ГК, содержащие указание на то, что ЕИО являются представителями юридического лица, как если бы это было какое-то новшество, придуманное только сейчас.

На мой взгляд, для того, чтобы констатировать представительскую сущность полномочий лица, являющегося ЕИО, вовсе не требуется ни увидеть такую фразу в тексте закона, ни прочитать об этом в комментарии DCFR, ни в толстой книге у каких-нибудь ученых немцев или голландцев. Достаточно проделать несложные логические операции в уме, сопоставив понятие представителя с полномочиями лица, являющегося ЕИО, и его отношениями с юр.лицом.

Я, например, ещё 9 лет назад писал:

*«Во-первых, единоличный исполнительный орган наделяется полномочиями совершать сделки и иные юридически значимые действия, считающиеся действиями самого общества, представлять общество в отношениях с третьими лицами. Здесь нельзя не увидеть сходства отношений физического лица, наделенного полномочиями единоличного исполнительного органа хозяйственного общества, и этого общества с отношениями представительства. Конечно, хорошо известно, что орган юридического лица не является самостоятельным субъектом гражданских правоотношений, и, соответственно, не является представителем этого юридического лица. **Но ведь физическое лицо, выступающее в качестве единоличного исполнительного органа хозяйственного общества, является таким субъектом.** На него, как на самостоятельного субъекта, возлагается обязанность действовать в интересах хозяйственного общества добросовестно и разумно, оно (физическое лицо) может быть привлечено к ответственности за убытки, причиненные хозяйственному обществу. Так же, как в классическом представительстве, сделки физического лица в качестве органа хозяйственного общества порождают правовые последствия не для самого этого физического лица, а непосредственно для «представляемого» им общества.» (моя статья «Правовой статус единоличного исполнительного органа хозяйственного общества: мнимый конфликт гражданского и трудового права» опубликована в журнале «Законодательство» в 2006 г. N 5)*

Создание ЕИО своей волей и своими действиями правовых последствий для хоз.общества, обязанность лица, являющегося ЕИО, действовать не в своих интересах, а в интересах хоз.общества – всё это объяснимо представительством.

И именно представительским характером полномочий я тогда объяснял (и сейчас объясняю) право участников хоз.общества в любой момент мгновенно (без предварительных уведомлений) прекратить полномочия ЕИО (вспомним, что до того, как трудовое право в этой части синхронизировали с корпоративным, в судебной практике зачастую исходя из норм трудового права ошибочно признавались недействительными решения участников о досрочном прекращении полномочий ЕИО).

Кстати, и судебная практика прежде иногда применяла к ЕИО норму п.3 ст.182 ГК, отождествляя ЕИО с представителями, и лишь с принятием Постановление Президиума ВАС РФ от 21.09.2005 N 6773/05 по делу N А13-13710/04-22 высшая судебная инстанция стала последовательно проводить противоположную позицию.

Вообще, такое впечатление, что ВАСу понадобилось заявить, что ЕИО не является представителем, только для того, чтобы не применять норму п.3 ст.182 ГК. Однако

зададимся вопросом, а почему оказалось целесообразным не применять эту норму? Смысл запрета представителю совершать сделки с самим собой или иными представляемыми им лицами очевиден: не допустить конфликта интересов в ущерб одному из представляемых. Но этот конфликт интересов никуда не пропадает и в отношении ЕИО. Но просто для ЕИО существует специальный институт – сделки с заинтересованностью. Только наличие этого специального института позволило не применять п.3 ст.182 ГК. Следовательно, неприменение к ЕИО нормы п.3 ст.182 ГК обусловлено вовсе не какими-то сущностными отличиями природы полномочий «обычного» представителя и ЕИО, а только тем, что к ЕИО применяют специальный институт, имеющий ту же политико-правовую сущность, что и п.3 ст.182 ГК.

В то же время для неприменения к ЕИО, например, нормы п.1 ст.179 ГК (в редакции, действовавшей до Федерального закона от 07.05.2013 N 100-ФЗ "О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации") со ссылками на то, что ЕИО якобы не является представителем, невозможно найти политико-правовых объяснений.

Что касается вопроса о том, является ли лицо, назначенное (избранное) на должность ЕИО, представителем по закону или по доверенности, то тут не нужно слишком усложнять.

При обычной выдаче доверенности доверитель определяет: 1) выдавать ли вообще доверенность; 2) объем полномочий; 3) кому конкретно выдавать.

В классическом случае представительства по закону (родители) представляемый не выбирает ни одного из трех параметров, а все они определяются законом.

В ситуации с ЕИО, с одной стороны, в отличие от добровольного представительства по доверенности, представляемый не имеет выбора, предоставлять ли полномочия, а также, видимо (тут вопрос пока спорный), не имеет выбора касательно объема полномочий (необходимость получать согласие на крупные сделки, сделки с заинтересованностью, иные сделки с участниками либо с советом директоров ограничивает лишь компетенцию, но не полномочия; не ясным сейчас остается ситуация с тем, можно ли полномочия ЕИО ограничить в пользу другого ЕИО).

Однако также как в ситуации с выдачей доверенности (в отличие от представительства по закону) представляемый сам выбирает, кому конкретно предоставить полномочия. Кроме того, точно также как в случае с выдачей доверенности, представляемый вправе в любой момент прекратить полномочия (такого права лишен представляемый по закону).

**В целом, стоит признать, что представительство хоз.общества со стороны ЕИО весьма близко к добровольному представительству по доверенности, но есть и отличия, позволяющие считать всё же это представительством особого рода.**

Анализ же норм о доверенностях показывает, что их применение к ЕИО в целом нецелесообразно. Чуть ли не единственная норма, которую можно с пользой использовать для ЕИО – п.5 ст.185 ГК (в случае выдачи доверенности нескольким представителям каждый из них обладает полномочиями, указанными в доверенности, если в доверенности не предусмотрено, что представители осуществляют их совместно). Но, на мой взгляд, и в отсутствие этой нормы толкование ситуации с несколькими ЕИО будет таким же.

Ведь «вина» в неопределенности ситуации (являются ли несколько ЕИО совместными представителями либо могут действовать каждый отдельно) лежит на участниках, соответственно, риски этой неопределенности не могут перекладываться на контрагентов. Следовательно, **разумно исходить из того, что, если иное не предусмотрено в решении участников (в уставе), каждый ЕИО вправе действовать самостоятельно.**

С другой стороны, некоторые нормы - п.6 ст.187 ГК (в части возможности оговорить в доверенности прекращение полномочий представителя при передоверии), п.3 ст.188 ГК – к представительству ЕИО применять нецелесообразно.

Также в отличие от норм о доверенностях применительно к ЕИО отсутствуют основания не допускать бессрочных полномочий. При наличии у хоз.общества права в любой момент прекратить полномочия нет никакого смысла в запрете бессрочных ЕИО. Здесь как раз сказывается то отличие представительства ЕИО от добровольного представительства по доверенности, что представляемый (юр.лицо) не может не иметь представителя, поэтому нет смысла ограничивать представительство ЕИО конкретным сроком. Более того, если о какой-то доверенности представляемый может через какое-то время просто забыть и действия представляемого спустя, скажем, 20 лет окажутся «сюрпризом», то юр.лицо не может «забыть» про существование ЕИО с его полномочиями.

#### Судьба доверенностей, выданных директором до своего отстранения в контексте п.3 ст.188 ГК

Норма п.3 ст.188 ГК, на мой взгляд, обусловлена двумя факторами:

- 1) Доверенность может быть отменена, если у представляемого в принципе отпала потребность в совершении тех юридических действий, которые составляют полномочия представителя. Логично, что в этом случае и полномочия в порядке передоверия должны прекратиться.
- 2) Потребность в совершении соответствующих юридических действиях не отпала, но представляемый перестал доверять представителю. В этом случае, чаще всего, недоверие представляемого будет распространяться и на тех, кому этот утративший доверие представитель передоверил полномочия.

Применительно к ЕИО первый из указанных факторов отсутствует, но второй зачастую имеет место. Не случайно в ситуациях корпоративного конфликта новый ЕИО часто направляет в суды, в регистрирующие и иные гос.органы уведомления об отмене всех доверенностей, выданных до момента его назначения предшествующими ЕИО.

В связи с этим нельзя считать столь уж абсурдной идею об автоматическом прекращении всех доверенностей с прекращением полномочий ЕИО. Тем более, что в силу п.2 ст.189 ГК отмена доверенности и публикация сведений об этом (во всяком случае до истечения месяца с даты публикации) не спасает юр.лицо от недобросовестных действий представителя, имеющего доверенность от «старого» директора.

С другой стороны, автоматическое прекращение всех доверенностей с прекращением полномочий ЕИО во многих случаях будет вредить самому юр.лицу. Интуитивно представляется, что этот аргумент пересиливает предыдущий и доверенности прекращаться не должны. Но для более полного анализа хорошо бы иметь представление о масштабе проблемы: как часто «старые» доверенности (а зачастую в условиях корпоративных «войн» такие доверенности фабрикуются «задним» числом) используются в ущерб юр.лицам.

С чисто формальной же стороны, поскольку ЕИО не является представителем по доверенности, норму п.3 ст.188 ГК допустимо не применять ни прямо, ни по аналогии.

#### Проблема истечения срока полномочий директора и судьба сделок, совершенных директором, остающимся в ЕГРЮЛ, после этого

На мой взгляд, это проблема технической настройки ЕГРЮЛ. Если из Выписки из ЕГРЮЛ будет очевидно, что срок полномочий конкретного ЕИО истек, то контрагенты

должны воздержаться от сделок, в противном случае будут применяться нормы о сделках, совершенных неуполномоченным лицом.

Если же, как это происходит сейчас, срок полномочий указан только в уставе или (тем более) решении участников (совета директоров), а в ЕГРЮЛ не отражен, то риск того, что участники не смогли исключить из ЕГРЮЛ утратившие актуальность сведения о ЕИО, должен лежать на участниках, т.е. сделки должны считаться заключенными уполномоченным лицом.

Но, *de lege ferenda*, конечно надо отображать в Выписках из ЕГРЮЛ дату прекращения полномочий ЕИО.

### Могут ли быть по уставу предусмотрены безотзывные директора?

*De lege lata* право участников (совета директоров) в любое время прекратить полномочия ЕИО является императивной нормой. *De lege ferenda* я бы подождал, как сложится практика с безотзывными доверенностями.

Так, например, на мой взгляд, право представляемого отменить доверенность «при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих» о **возможности** злоупотребления со стороны представителя, может фактически превратить безотзывные доверенности в «отзывные». Представим, что представляемый произвольно отменяет безотзывную доверенность, ссылаясь на вышеуказанное право. Как поступить контрагенту? Должен ли он проверять, насколько очевидна возможность злоупотребления и, соответственно, правомерна отмена доверенности? Полагаю, большинство третьих лиц разумно воздержатся от заключения договоров с представляемым, имеющим отмененную безотзывную доверенность (пускай и при правомерность ее отмены сомнительна), поскольку неопределенность в любом случае существует.

В принципе, вполне мыслимы такие отношения между участникам, когда тот участник, у которого меньше голосов, выговаривает право на «своего» директора на определенный срок. Также наличие «безотзывного» директора может быть целесообразным в каких-то сложно структурированных сделках слияния.

В любом случае, на данном этапе целесообразно посмотреть, как будут работать нормы о безотзывных доверенностях.

### Судьба полномочий представителя по выданной директором доверенности, если после ее выдачи объем полномочий самого директора по уставу уменьшается.

Здесь я бы вспомнил про необходимость различать понятия «компетенция» и «полномочия» (о чем я также писал в выше упомянутой статье 2006 г.). В настоящее время в нашем праве считается, что директор совершает все сделки, в том числе подлежащие одобрению общим собранием участников или советом директоров. Право участников или совета директоров заключить, скажем, крупную сделку или сделку с заинтересованностью непосредственно (в обход директора) не признается. Следовательно, ЕИО обладает полномочиями совершать любые сделки (в том числе требующие одобрения других органов), и уменьшить эти полномочия нельзя. Можно лишь уменьшить компетенцию директора, указав дополнительные виды сделок, подлежащих одобрению ОСУ или СД.

**Следовательно, уменьшение компетенции директора не влияет на действительность доверенности, выданной директором, но представитель по доверенности должен будет получить одобрение соответствующего органа (также как и это делал бы сам директор).**

В связи с появлением возможности иметь несколько ЕИО ситуация может измениться, если будет признано возможным «урезать» не только компетенцию директора в пользу ОСУ или СД, но и его полномочия в пользу других ЕИО.

Судьба сделок, совершенных «лжедиректором» (числящимся в ЕГРЮЛ, но таковым по закону не являющимся): признание их совершенными от имени «лжедиректора» по ст.183 или их ничтожность по ст.168

На мой взгляд, нет никаких оснований ставить «лжедиректора» в лучшее положение по сравнению с «обычным» неуполномоченным лицом. Следовательно, **такие сделки должны признаваться совершенными от имени «лжедиректора» по ст.183 ГК.**

В чем смысл применения к ситуации превышения уставных полномочий директора п.1 ст.174 ГК, а к ситуации превышения полномочий представителя ст.183 ГК в условиях признания директора представителем?

Если снова обратиться к ситуации с полномочиями и компетенцией, как она сложилась в нашем праве на текущий момент, следует признать, что устав ограничивает не полномочия, а только компетенцию директора. Следовательно, директор не превышает полномочия и ст.183 к нему не применима. Превышение же компетенции влечет применение специальной нормы – п.1 ст.174 ГК

---

## 2. Члены КИО и участники

Здесь необходимо сразу оговорить: «орган» хозяйственного общества в любом случае не может быть представителем просто потому, что не является лицом, субъектом права (на это же справедливо указал в своем блоге Сергей Будылин). Если и можно в каких-то случаях говорить о представительстве, то применительно к самим участникам хозяйственного общества и членам коллегиальных органов. Это касается и ЕИО: **представителем хоз.общества является не «орган» (как некая фиктивная «часть» юр.лица), а конкретное лицо (Иванов Иван Иванович), назначенное (избранное) на должность ЕИО.**

Принципиально никаких препятствий для того, чтобы участники хозяйственного общества были его представителями, нет. Например, в хозяйственных товариществах полные товарищи напрямую совершают сделки от имени своих юридических лиц. Вполне можно представить такую конструкцию и для хозяйственных обществ. Другое дело, что в последних существует еще ЕИО, традиционно совершающий сделки от имени юр.лица (в том числе сделки, подлежащие одобрению участниками или советом директоров).

Здесь интересно отметить, что в течение 10 лет текст ФЗ «Об ООО» ориентировал как раз на то, что участники могут непосредственно выступать в обороте от имени юр.лица. Так, к компетенции общего собрания участников относилось не *одобрение* (как сейчас), а именно *совершение* крупных сделок. Строго говоря, это могло означать, что ОСУ полномочно заключить договор, минуя ЕИО. В этом даже была бы своя логика: если участники хотят, чтобы какой-то договор был заключен на определенных условиях, то необязательно «заставлять» подписывать его директора (который может быть и не согласен с участниками).

Однако практика не восприняла указанный вариант толкования закона; почти все сделки (слово «почти» означает, что могли быть и исключения, которые, впрочем, автору не встречались) совершались ЕИО, а решение ОСУ по крупным сделкам де-факто было их *одобрением*, а не *совершением*.

Все вышеизложенные соображения применимы и к коллегиальным исполнительным органам. Принципиально они вполне могли бы заключать договоры

(например, являющиеся крупными сделками или сделками с заинтересованностью) с контрагентами хозяйственных обществ напрямую (без вовлечения ЕИО), но на практике сложился некий консенсус в юридическом мире, предполагающий, что договоры с внешними контрагентами всегда подписывает либо ЕИО, либо представитель по доверенности, подписанной ЕИО.

Таким образом, на настоящий момент ОСУ и КИО не заключают «обычных» договоров с внешними контрагентами от имени хозяйственных обществ. Это делает невозможным признание их представителями в самых классических ситуациях – договоры с внешними контрагентами. Но тогда какая сфера для потенциального представительства остается?

Есть и ряд ситуаций, когда классическое представительство со стороны участников или членов СД трудно отрицать. Например, таковым является решение о назначении ЕИО, о досрочном прекращении полномочий ЕИО (в обоих случаях напрямую возникают правовые последствия для отношений хоз.общества с внешними контрагентами (физ.лицо, назначаемое директором, в данном контексте является внешним контрагентом для хоз.общества).

Также представительские отношения возникают при определении ОСУ или СД условий договора с директором

Тут, правда, опять же нельзя не заметить, что законы об АО (п.3 ст.69) и ООО (п.1 ст.40) требуют, чтобы сам договор с директором подписало конкретное лицо (председатель СД, лицо, уполномоченное СД, лицо, председательствовавшее на ОСУ или уполномоченное решением ОСУ) – иной представитель, а не непосредственно ОСУ или СД. То есть, даже здесь законодатель «заслоняет» участников хоз.общества от внешних субъектов через отдельного представителя.

Очевидно, представительские отношения возникают между участниками и хоз.обществом при принятии решений о выплате вознаграждения членам СД, членам ревизионной комиссии.

Также решения ОСУ и СД, связанные с выпуском ценных бумаг создают обязанности для хоз.общества в отношениях с внешними контрагентами. (Хотя и тут, например, договоры купли-продажи акций доп.выпуска общество заключает через ЕИО, т.е. представительство.)

Однако надо учитывать, что далеко не все решения ОСУ или СД являются реализацией представительских полномочий.

Во-первых, есть такие решения, которые не создают гражданско-правовых обязанностей для хоз.общества. Например, решение об утверждении (не утверждении) годового отчёта).

Во-вторых, даже те решения, которые формально создают обязанности для хоз.общества не всегда являются примером реализации представительских полномочий. Например, Александр Кузнецов в блоге у Сергея Будылина дал такой намек: «Хотя можно еще порассуждать, что воля члена коллег. органа направлена на достижение правовых последствий, обсудить, что это похоже на сделку, которая тоже волевое действие, направленное на достижение правовых последствий, а уж если обсудить, для кого наступают последствия от этого волеизъявления (например, кто будет платить дивиденды, если решение примут), то будет вообще великолепно» ([http://zakon.ru/Blogs/yavlyaetsya\\_li\\_akcioner\\_predstavitelem\\_obshhestva\\_\\_gk\\_i\\_shopengauer/14099](http://zakon.ru/Blogs/yavlyaetsya_li_akcioner_predstavitelem_obshhestva__gk_i_shopengauer/14099)). Давайте рассмотрим этот случай на примере с единственным участником.

С формальной стороны, кажется всё правильно: единственный акционер своей волей совершает юридическое действие, создающее обязанность для другого лица (хозяйственного общества).

Но первое, что бросается в глаза: эту обязанность он создает для хоз.общества в отношении (в пользу) самого себя. В классическом представительстве это, по общему правилу, запрещено, а как исключение возможно с соблюдением процедуры одобрения

сделок с заинтересованностью. Политико-правовое основание такого запрета очевидно – конфликт интересов. Однако в рассматриваемом примере никакого конфликта интересов нет, поэтому нас ничего и не смущает в таком «представительстве».

Здесь надо вспомнить, что хозяйственное общество – это не живое существо, а интересы присущи только живым людям. Да, как фикция в чисто юридических целях за хозяйственными обществами признают некие атрибуты людей, в том числе наличие воли, интересов и др. Однако все эти человеческие атрибуты, фиктивно признаваемые за юридическим лицами, на самом деле (фактически, экономически) являются атрибутами участников хозяйственного общества, в юридическом мире скрывающихся за корпоративной вуалью. До тех пор, пока юридическое лицо имеет дело с внешним миром, можно смело полагаться на указанную фикцию и считать, что у хозяйственного общества своя воля и свои интересы.

Однако как только речь заходит о внутренних отношениях хозяйственного общества с его участниками, во многих случаях становится невозможным абстрагироваться от того факта, что воля хозяйственного общества на самом деле является волей его участников, его интересы – их интересами, а его имущество их имуществом. И тогда становится ясно, что никакого противопоставления воли и интересов участника и хозяйственного общества быть не может. Это довольно очевидно на примере хозяйственного общества с одним участником. Когда участников несколько, может возникнуть иллюзия, что у отдельного участника возможен другой интерес, чем у организации (допустим, миноритарий заинтересован в получении дивидендов, а организация – в реинвестировании прибыли). Однако на самом деле в таких ситуациях интерес участника противостоит интересу не хозяйственного общества, а интересу других участников. А если у всех участников интерес будет одинаковый, то и у хозяйственного общества не может возникнуть какого-то другого интереса, противостоящего интересу всех участников (если все участники заинтересованы в получении дивидендов, то никакого «своего» интереса в том, чтобы прибыль реинвестировать, у хозяйственного общества быть не может).

Если всё это принять во внимание, то крайне сложно назвать решение единственного участника хозяйственного общества о распределении прибыли действием представителя. В отличие от классического представительства здесь участник действует исключительно в своих собственных интересах и распоряжается по сути своим же имуществом, а не в интересах фиктивного «представляемого» и за его счет, при этом никак с внешним оборотом не соприкасаясь (что снимает необходимость в корпоративной вуали и фиктивном признании за хозяйственным обществом своих интересов). По существу, здесь участник реализует свою автономную прерогативу распоряжения прибылью; грубо говоря, он перекладывает деньги из карман в карман, поскольку прибыль хозяйственного общества является фактически прибылью самого участника. Нет никакой разницы с ситуацией, когда индивидуальный предприниматель решает, потратить ли ему вырученные от розничной продажи деньги на свой отдых или на аренду ещё одной торговой точки.

В общем, нельзя не признать, что **участники и члены СД являются в ряде случаев представителями хоз.общества**, но далеко не при любом решении ОСУ и СД.

В.М. Пашин