

Фархад Карагусов,
доктор юридических наук, профессор
член Международной академии сравнительного правоведения,
партнер ТОО «K&T Partners (Кей энд Ти Партнерс)»
(г. Алматы, Республика Казахстан)

Перспективы регулирования корпоративных отношений на основе принципов в Республике Казахстан (сопоставление principle-based approach и rule-based approach)

(выступление в рамках Международной научно-практической конференции на тему: «Проблемы правового обеспечения предпринимательства в условиях цифровой экономики», организованной Кафедрой гражданского права и гражданского процесса, трудового права и Научно-исследовательским центром «Правовая поддержка инновационного развития Казахстана» юридического факультета Казахского Национального Университета им. аль-Фараби (г. Алматы, 23 апреля 2021 г.))

1. Вопрос о том, каким был бы более целесообразным подход к регулированию корпоративного управления, был поднят на первом заседании Национального совета по корпоративному управлению при президиуме Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» в декабре 2018 года.

Этот Национальный совет был создан, помимо прочего, в связи с осознанием неравномерности развития хорошей практики корпоративного управления среди казахстанских компаний и заметного несовершенства нашего корпоративного законодательства. Поэтому и возникла эта общественная инициатива объединить интеллектуальные и управленческие ресурсы, а также изыскать источники финансирования для достижения цели функционирования этого Национального совета, которая заявлена как *«содействие совершенствованию практики корпоративного управления и повышению инвестиционной привлекательности казахстанских компаний»*.

Одной из задач, *«связанных с достижением вышеуказанной цели»*, определена *«разработка стандартов и повышение качества корпоративного управления в казахстанских компаниях, включая разработку Кодекса корпоративного управления Республики Казахстан»*.¹

В процессе обсуждения концепции упомянутого Кодекса корпоративного управления Республики Казахстан между членами Совета произошла довольно оживленная дискуссия по двум вопросам: (i) насколько обязательными, и во всех ли случаях, для применения участниками рынка должны стать национальные стандарты корпоративного управления, и (ii) должны ли они формироваться как совокупность принципов или как совокупность правил, то есть следует ли регулировать корпоративное управление такими национальными стандартами на основе установления набора принципов или на основе введения соответствующих правил поведения.

Чуть позже в этом выступлении я подробнее расскажу, на каком подходе мы посчитали наиболее целесообразным основываться при разработке упомянутого кодекса. Но здесь отмечу, что более твердым прозвучало мнение о том, что без установления конкретных правил поведения регулирование корпоративного управления будет неэффективным.

2. В профессиональной литературе отмечается, что термин «*корпоративное управление*» является современным, но он отражает понятие настолько же старинное, насколько давно существуют крупные публичные компании, основанные на разделении участия в их капитале (полномочий собственности) от полномочий контроля и управления их деятельностью.

Davies подчеркивает, что растущее экономическое влияние таких компаний и значимость такого разделения полномочий собственности и полномочий контроля в отношении компаний повлекло за собой целый ряд взаимосвязанных проблем, вытекающих из первоначально распространённого понимания, что директора компании должны действовать только для выгоды акционеров компании и быть эффективно подотчётными таким акционерам.ⁱⁱ

Вместе с тем, как справедливо утверждает Davies, уже общепризнанным является то, что существование и деятельность публичных компаний затрагивает правомерные интересы значительно более широкого круга заинтересованных лиц, не ограничиваясь интересами акционеров компании, в связи с чем у компаний появляется широкий круг обязанностей социального характера.

Сегодня это признано в содержании Принципов корпоративного управления Организации Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР),ⁱⁱⁱ основанного на них Руководства о принципах корпоративного управления для банков Базельского комитета по банковскому надзору (Базельские принципы),^{iv} и многих других источников передовой практики корпоративного управления.

Davies также подчеркивает, что общее признание получила и точка зрения о том, что на практике публичные компании действуют не только, и не столько, с намерением получения максимальной прибыли для своих акционеров, но в большей степени для увеличения своего размера и повышения важности компании для рынка. В связи с этим усиливаются власть и влияние директоров и менеджеров компании.

А этот фактор уже обуславливает повышенную актуальность проблемы контроля поведения и исполнения обязанностей надлежащего управления компанией в деятельности ее директоров и управленцев. Davies с полной однозначностью утверждает, что в этой ситуации основной проблемой является то, что подотчетность директоров и менеджеров должна не просто обеспечиваться правовыми предписаниями, но должна

быть система, позволяющая эффективно принуждать к соблюдению таких предписаний закона.

В данном случае совершенно очевидным является, что надлежащее корпоративное управление не может обойтись без существования необходимой правовой основы, предусматривающей закрепление и соблюдение конкретных правил (юридических норм) поведения субъектов корпоративных правоотношений.

3. Важность регулирования корпоративного управления на основе конкретных правил признается Принципами корпоративного управления ОЭСР, Базельскими принципами и многими другими источниками передовой практики корпоративного управления.

Этот вывод основан на том, кому адресованы такие документы, и как сформулированы содержащиеся в них рекомендации. Например, в пункте 4 Базельских принципов совершенно определенно указывается, что эти принципы вытекают из Принципов ОЭСР, которые, в свою очередь, имеют целью содействовать правительствам государств в их усилиях по улучшению нормативной основы корпоративного управления, а также предоставить соответствующее руководство для участников и регуляторов финансовых рынков в их деятельности в этой сфере.

В свою очередь, в самих Принципах ОЭСР также подчеркивается, что они адресованы как директивным органам государства, так и корпорациям, представляя собой набор рекомендаций по *«совершенствованию правовых, институциональных и регуляторных инфраструктур корпоративного управления в целях оказания содействия экономической эффективности, устойчивому росту и финансовой стабильности...Принципы призваны предоставить прочную, но гибкую ссылку для директивных органов и участников рынка в целях разработки своих собственных структур корпоративного управления»* (Принципы ОЭСР; стр. 9 и 11).

Таким образом, даже авторитетные международные источники передовой практики корпоративного управления предполагают существование прежде всего надежной и эффективной правовой основы корпоративного управления, исходя из того, что *«государственные органы должны обладать эффективными полномочиями по обеспечению правоприменения и наложения санкций, чтобы сдерживать недобросовестное поведение и способствовать созданию устойчивой практики корпоративного управления»* (Принципы ОЭСР; стр. 15).

4. Вместе с тем, в условиях распространяющейся в рамках уже всей юрисдикции Республики Казахстан практики функционирования Международного финансового центра «Астана»,^v вызывает беспокойство перспектива восприятия иного подхода к регулированию корпоративного управления.

В частности, в опубликованном в 2020 году Отчете Британо-Казахстанской рабочей группы по корпоративному управлению

восхваляется успешность принятого в Соединенном Королевстве подхода к регулированию корпоративного управления на основе принципов (*«the UK's principles-based approach to corporate governance»*) и недвусмысленно указывается, что такой подход *«ощущается намного более подходящим и привлекательным для МФЦА, чем подход, основанный на установлении правил»* (*«felt that a principles-based approach is far more suitable and attractive for the AIFC than a rule-based approach»*).

Это ощущение в упомянутом Отчете объясняется тем, что *«подход к корпоративному управлению, основанный на принципах, подразумевает, что советы директоров должны придерживаться духа принципов, а не буквы правил (как того требует подход, основанный на правилах). Это дает ряд преимуществ. Во-первых, это помогает сформировать открытый дух эффективного общения между акционерами и компанией. Во-вторых, это снижает затраты на ведение бизнеса и с большей вероятностью будет стимулировать инновации и общую конкурентоспособность компаний. В-третьих, принципы могут применяться к разнообразным ситуациям и обеспечивать гибкость в том, как правление компании организует себя и выполняет свои обязанности. Более того, вполне вероятно, что компании и их консультанты найдут способы обойти подход, основанный на правилах, тем самым подорвав доверие к нему»*.^{vi}

Очевидно, что такое объяснение, во-первых, звучит весьма пренебрежительно к законодателю и регуляторам, в силу конституции обязанным регулировать общественные отношения правовыми нормами, и, во-вторых, откровенно продвигает идею саморегулирования в корпоративном управлении, уже неоднократно дискредитировавшую себя.

5. В одной из своих предыдущих публикаций я уже обращался к этому вопросу,^{vii} но здесь считаю необходимым повториться: регулирование корпоративных отношений исключительно только на основе принципов, без установления конкретных правил поведения и взаимодействия субъектов общественных отношений, а также без определения четких юридически значимых признаков и правовых последствий нарушения таких правил, представляется весьма ограниченным подходом.

Более того, продвижение этого подхода для регулирования корпоративного управления (пусть даже в рамках МФЦА) в корне противоречит комбинированному подходу, основанному на рекомендациях передовой практики корпоративного управления (в том числе, как описывается в этом выступлении).

То, как в вышеназванном Отчете описывается содержание регулирования корпоративных отношений на основе применения такого подхода, означает попытку возврата к идее саморегулирования в корпоративных отношениях, которая дискредитировала себя в США еще в связи с кризисом 1997 года. В свою очередь, хочется особо подчеркнуть,

что и разразившийся в 2008 году мировой финансовый кризис снова показал, что корпоративное управление, преимущественно основанное на саморегулировании, не было настолько эффективным, как оно могло бы быть.^{viii}

Во всяком случае это признано одним из уроков кризиса 2008 – 2010 годов, и это привело к поиску изменений в подходах к регулированию корпоративного управления на уровне Европейского Союза. Было отмечено, что директора компаний не справились с их контролирующей ролью и не эффективно взаимодействовали с менеджментом, не противостояли круговой поруке в вопросах ведения дел компании. Действительно, такая ситуация неизбежно приводит к злоупотреблениям, нарушениям прав акционеров и кредиторов компаний, а также других заинтересованных лиц, что сказывается и на динамике экономического развития, в том числе на национальных, региональных и глобальном уровнях.

Думается, что развитие Принципов ОЭСР и Базельских принципов также было обусловлено тем, что в какой-то период времени во многих компаниях широкое распространение получила практика делегирования директорами функций по управлению компаниями и снижение степени их (в том числе, неисполнительных / non-executive директоров) вовлеченности в управление компаниями, а также неэффективность исполнения контрольных функций наблюдательными советами. Необходимость создания полноценной законодательной основы и регуляторной среды в них неоднократно подчеркивается.

6. Вместе с тем, следует понимать, что Принципы ОЭСР, хотя и рекомендуют создание вполне определенной и четкой правовой основы корпоративного управления, также предлагают комбинировать его с другими инструментами и подходами в регулировании. В частности, предусматривается, что *«правовые и регуляторные элементы структуры корпоративного управления могут быть практически дополнены элементами «мягкого права», основывающимися на принципе «соблюдай или объясни», например, кодексами корпоративного управления, обеспечивающими гибкость и отражающими специфические особенности отдельных компаний»* (Принципы ОЭСР; стр. 13).

В такой ситуации любые нормы закона, регулирующие корпоративное управление, представляют собой минимальный стандарт, обязательный для всех категорий компаний и во всех регулируемых законом ситуациях или обстоятельствах. Однако для тех, компаний, которые нацелены на привлечение дополнительных инвестиций для развития своей деятельности, либо осуществляют проекты, затрагивающие интересы широкого круга заинтересованных лиц (так называемых стейкхолдеров), а также являющихся объектом публичного интереса (как, например, компании с государственным участием), соблюдения только таких

минимальных стандартов, установленных в законе, является недостаточным.

Существование публичного интереса, права широкого круга стейкхолдеров и другие подобные обстоятельства требуют использования в практике корпоративного управления таких компаний дополнительных механизмов, обеспечивающих надлежащее поведение должностных лиц компании, повышенную прозрачность ее деятельности, вовлечение стейкхолдеров в осуществление компанией значимых для них проектов и соблюдение прав заинтересованных лица иным образом. В такой ситуации применение дополнительных, повышенных стандартов корпоративного управления становится востребованным со стороны инвесторов и других заинтересованных лиц компании.

Практика показала неэффективность требований о самостоятельности принятия компаниями повышенных обязательств в области корпоративного управления (в подавляющем большинстве случаев кодексы корпоративного управления компаний дублируют нормы закона и существуют формально), а также принятия модельных кодексов или документов рекомендательного характера. При таких обстоятельствах рекомендуемые Принципами ОЭСР принятие национальных кодексов корпоративного управления, внедрение других национальных стандартов для применения на основе принципа «соблюдай или объясни», а также иных механизмов стимулирования к ответственному корпоративному управлению, позволит достичь целей устойчивого развития и удовлетворения различных интересов, связанных с существованием компаний.

Применительно к тому, как такие национальные стандарты могут быть внедрены в дополнение к законодательной и регуляторной основе корпоративного управления, Принципы ОЭСР допускают, чтобы на национальном уровне разрабатывались стандарты корпоративного управления и даже допускают, что *«полномочия по регулированию или надзору могут делегироваться негосударственным органам»* (Принципы ОЭСР; стр. 16). Именно этой рекомендацией ОЭСР руководствовались при формировании и определении деятельности вышеупомянутого Национального совета по корпоративному управлению в Казахстане.

При этом, исходя, из того, что Принципы ОЭСР в этом случае рекомендуют четко определить, *«почему и при каких обстоятельствах такое делегирование имеет смысл»* (Принципы ОЭСР; стр. 16), наша рабочая группа подготовила законопроект, предусматривающий концепцию национальных стандартов корпоративного управления как особого инструмента регулирования, и уполномочие на их разработку и принятие не только государственным регулятором, но и НПП «Атамекен». Законопроект рассматривается в государственных структурах, и пока трудно представить окончательный результат.

Тем не менее, с учетом других рекомендаций ОЭСР, под эгидой этого Национального совета был разработан проект Кодекса корпоративного управления Республики Казахстан именно как национального стандарта и странового кодекса нашего государства. В этом вопросе мы руководствуемся тем, что, во-первых, такой кодекс может использоваться *«в качестве национального стандарта или в качестве дополнительного законодательного или регуляторного положения»*, и, во-вторых, и для этого, необходимо *«чтобы их [его] статус, включая сферу действия, применение, соблюдение установленных требований, и возможные санкции, были четко определены»* (Принципы ОЭСР; стр. 15 -16).

Проект национального Кодекса корпоративного управления Республики Казахстан лишь разработан, и будет ли он когда-то принят, пока не известно.

7. В то же время мне выпала честь также участвовать в разработке национального Кодекса корпоративного управления Кыргызской Республики (ККУ КР). Проект ККУ КР был разработан на той же методологической основе, что и вышеупомянутый проект Кодекса корпоративного управления Республики Казахстан, хотя и с учетом экономических реалий и содержания национального законодательства Кыргызстана. Сам ККУ КР был принят 30 декабря 2020 года.^{ix}

Особенности ККУ КР заключаются в том, что: (i) ему придан статус национального (странового) кодекса корпоративного управления; (ii) предусмотрена обязательность соблюдения ККУ КР (в частности, публичными компаниями и компаниями с государственным участием), а рекомендательный характер положений ККУ КР установлен как исключение и только для компаний других категорий; (iii) предусмотрено регулирование на основе принципов (principle-based approach) и (iv) применение положений ККУ КР компаниями на основе подхода «соблюдай или объясни», рекомендуемого в подобных случаях Принципами ОЭСР (см., например, стр. 52).

Применительно к ККУ КР применение подхода «соблюдай или объясни» реализуется следующим образом:

(i) прямое применение положений ККУ КР компаниями определенной категории;

(ii) допустимость несоблюдения отдельных положений ККУ КР, но обязательность объяснений причин несоблюдения;

(iii) обязательность соблюдения требований относительно формы и объема объяснений причин несоблюдения отдельных положений ККУ КР;

(iv) необходимость мониторинга соблюдения ККУ КР и особенности неблагоприятных последствий несоблюдения ККУ КР.

При этом допускается добровольное принятие обязательств по соблюдению ККУ КР компаниями, для которых ККУ КР не является обязательным, и его последствия. Кроме того, для таких компаний (если

они не примут на себя обязательство соблюдать его, сохраняется в целом рекомендательный характер ККУ КР и способы восприятия рекомендаций ККУ КР.

Что касается, principle-based approach на уровне национального кодекса корпоративного управления, то в этом случае регулирование на основе определения принципов, а не на основе конкретных правил поведения (rule-based approach), позволяет:

(i) распространять действие ККУ КР на различные категории компаний;

(ii) избежать избыточного регулирования, с одной стороны, и необоснованного замещения законодательного регулирования, с другой стороны;

(iii) содействовать профессиональному и ответственному управлению компаниями.

Более подробная презентация ККУ КР размещена на интернет-ресурсах ТОО «K&T Partners (Кей энд Ти Партнерс)» и Госфиннадзора Кыргызской Республики.^x

В контексте же темы настоящего выступления хочется отметить, что принятый в 2020 году ККУ Кыргызской Республики демонстрирует успешную реализацию комбинированного подхода к регулированию корпоративного управления с учетом рекомендаций передовой практики, когда с учетом и соблюдением законодательно установленных правил принимается национальный стандарт, подлежащий соблюдению компаниями на основе principle-based approach.

Представляется, что принятие ККУ Кыргызской Республики в качестве национального (странового) кодекса является серьезным достижением национального уровня, способствующее дальнейшему развитию регуляторной среды для повышения качества корпоративного управления в Республике и увеличения инвестиционной привлекательности отечественных компаний, а также большей степени гармонизации с общепризнанными на международном уровне Принципами корпоративного управления.

Очень надеюсь, что в ближайшем будущем такое же важное достижение будет и у нас в Казахстане!

23 апреля 2021 г.

ⁱ См. О Совете по корпоративному управлению. – Интернет-ресурс НПП РК «Атамекен» <https://atameken.kz/ru/pages/957-o-sovete-po-korporativnomu-upravleniyu>

ⁱⁱ См. Davies P. Gower's Principles of Modern Law. Sixth Ed. – London: Sweet & Maxwell, 1997. - 867 p. Pp. 66 – 68.

ⁱⁱⁱ См. OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris. – Интернет-ресурс ОЭСР: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru>

^{iv} См. Corporate governance principles for banks. Guidelines (2015). – Basel Committee on Banking Supervision / <https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>

^v См. более подробно об этом, Карагузов Ф.С. О попытке создать правовую основу для функционирования двух юрисдикций на территории Республики Казахстан. – Интернет-ресурс: «Библиотека ПАРАГРАФА»: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39979088

^{vi} См. TheCityUK. UK-Kazakhstan corporate governance working group report. С. 10. – <https://www.thecityuk.com/research/uk-kazakhstan-corporate-governance-working-group-report/>

^{vii} См. Карагузов Ф. О модернизации законодательных положений о корпоративной структуре и формировании совета директоров компаний в рамках реформирования казахстанского корпоративного законодательства. – Интернет ресурс ТОО «К&Т Partners (Кей энд Ти Партнерс)»: <https://katpartners.kz/Articles/CorpStruct%20and%20BD.pdf>

^{viii} European Commission. Frequently Asked Questions: Consultation on the EU corporate governance framework. MEMO/11/218; Strasbourg, 5 April 2011. – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_11_218

^{ix} См. Кодекс корпоративного управления Кыргызской Республики, одобренный Приказом от 30 декабря 2020 году № 263-П Государственной службы регулирования и надзора за финансовым рынком при Правительстве Кыргызской Республики. – Официальный интернет-ресурс Госфиннадзора КР: https://fsa.gov.kg/docs/file/regulations/819-17032021_final_with_attachments.pdf

^x См. Карагузов Ф. Предпосылки разработки и принятия нового Кодекса корпоративного управления (ККУ). Новый ККУ как инструмент регулирования и совершенствования корпоративного управления (выступление в рамках семинара: «Кодекс корпоративного управления, его роль и значение в повышении прозрачности деятельности публичных компаний, внедрении в них передовых методов корпоративного управления»; г. Бишкек, 17 марта 2021 г.). Официальный интернет-ресурс Госфиннадзора КР: https://fsa.gov.kg/docs/file/defaults/824-FK_IFC_Presentation_CCG_for_Kyrgystan_17032021_final.pdf; Интернет-ресурс ТОО «К&Т Partners (Кей энд Ти Партнерс)»: <https://katpartners.kz/Articles/CorplawKg.pdf> (30 марта 2021 г.).