

Статья: «Дивиденды по привилегированным акциям»

К.А. Горбатов,
магистр права, LL.M, адвокат, партнер АБ «Юрлов и партнеры»

Введение

Выплата дивидендов в акционерном обществе один из самых ключевых вопросов, поскольку инвесторы, приобретая акции, вкладывают в общество денежные средства, чтобы получить от его деятельности в будущем определенную финансовую отдачу. Однако, на практике возникают правовые вопросы, вносящие коррективу в ожидания инвесторов/акционеров. Особенно актуален этот вопрос для акционеров – владельцев привилегированных акций, поскольку по общему правилу они лишены прав управления обществом (у них отсутствует право голоса на общем собрании акционеров), взамен им предоставляется гарантия выплаты дивидендов и части ликвидационной стоимости компании. Но так ли все гладко на практике?

В данной статье автор рассматривает актуальные правовые вопросы выплаты дивидендов по привилегированным акциям.

1. Обязанность общества выплачивать дивиденды

В связи с тем, что владельцы привилегированных акций по существу отказываются от управления деятельностью компании, взамен на получение дивидендов, на практике встает вопрос о том, насколько гарантированы выплаты дивидендов в пользу владельцев префов.

Согласно п. 1 ст. 42 Закона об АО общество по результатам своей деятельности может принять решение о выплате дивидендов из чистой прибыли. Пунктом 3 ст. 42 Закона об АО предусмотрено, что такое решение принимается общим собранием акционеров. В данном решении должны указываться размер дивидендов, форма их выплаты по акциям каждой категории (типа), порядок выплаты дивидендов в неденежной форме и дата, на которую определяются лица, имеющие право на получение дивидендов.

В силу п. 4 ст. 42 Закона об АО размер дивидендов не может быть больше рекомендованного советом директоров¹.

На сегодняшний момент, сформировалась устойчивая судебно-арбитражная практика², согласно которой принятие решения о выплате дивидендов, в том числе по привилегированным акциям общества, является правом, а не обязанностью общества.

Так, например ФАС Восточно-Сибирского округа в Постановлении от 01.09.2009 по делу N А33-9804/08 указал:

*"...Суд первой инстанции пришел к выводу, что права и законные интересы истцов обжалуемым решением общего собрания акционеров не нарушены. **Принятие решения о выплате дивидендов акционерам является правом, а не обязанностью общества, суд не вправе проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых советом директоров и общим собранием акционеров**". (Выделено мной – К.Г.)*

В Постановлении ФАС Московского округа от 17.09.2007 по делу N А40-75336/06-134-576 сделан вывод о том, что:

¹ В случае если совет директоров (наблюдательный совет) общества не рекомендовал выплачивать дивиденды, общее собрание акционеров не вправе принять решение об их выплате. См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2010 по делу N А65-23974/2009 (здесь и далее, если не будет указано иное, использовались тексты судебных актов, содержащиеся в СПС "КонсультантПлюс", систематизированные в рамках раздела "Путеводитель по судебной практике").

² См., например: Постановление ФАС Московского округа от 25.03.2009 N КГ-А40/1851-09 по делу N А40-48764/08-83-562, Постановление ФАС Московского округа от 17.10.2008 N КГ-А40/9040-08 по делу N А40-65553/07-137-607, Постановление ФАС Московского округа от 04.03.2008 N КГ-А40/774-08-П по делу N А40-51773/06-81-286, Постановление ФАС Московского округа от 20.02.2008 N КГ-А40/269-08-П по делу N А40-45902/06-138-306, Постановление ФАС Московского округа от 24.01.2008 N КГ-А40/13363-07 по делу N А40-18226/07-137-165, Постановление ФАС Московского округа от 21.01.2008 N КГ-А40/12805-07 по делу N А40-73347/05-19-470, Постановление ФАС Московского округа от 15.08.2007, 22.08.2007 N КГ-А40/6083-07 по делу N А40-75342/06-131-532, Постановление ФАС Московского округа от 04.07.2007, 09.07.2007 N КГ-А40/12909-06 по делу N А40-4836/06-45-34, Постановление ФАС Московского округа от 22.05.2007, 28.05.2007 N КГ-А40/3106-07 по делу N А40-63703/06-125-378.

"... принятие решения о начислении дивидендов и их выплате акционерам, пропорционально размещенным акциям, является правом, но не обязанностью общества.

Иное толкование данной статьи может привести к произвольному вмешательству в частные дела участников гражданских отношений, что недопустимо в силу основных начал гражданского законодательства, предусмотренных пунктом 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации..." (Выделено мной – К.Г.)

Таким образом, мы видим, что вопрос о принятии решения о выплате дивидендов по привилегированным акциям зависит исключительно от субъективной воли органов управления обществом (Совета директоров и Общего собрания акционеров общества).

Вместе с тем в практике деятельности акционерных обществ возникают ситуации, когда акционеры в отсутствие решения общего собрания акционеров о выплате дивидендов обращаются в суд с требованиями о взыскании дивидендов, основываясь на положениях устава, предусматривающих определенный размер дивиденда по привилегированным акциям. В подавляющем большинстве случаев, суды отказывают во взыскании дивидендов с общества, указывая, что основанием для выплаты дивидендов, в том числе по привилегированным акциям, является принятие решения общим собранием акционеров об их выплате.

Суды исходят из того, что право на получение дивиденда у акционера возникает при наличии сложного фактического состава (наличие чистой прибыли, отсутствие ограничений на выплату дивидендов, рекомендации Совета директоров), последним юридическим фактом которого является принятие общим собранием акционеров решения о выплате дивидендов. Таким образом, при отсутствии решения общего собрания акционеров о выплате дивидендов общество не вправе их выплачивать, а акционер требовать их выплаты.

В Постановлении Пленума ВАС РФ от 18.11.2003 N 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» (Далее - Постановление ВАС РФ №19) указано:

«...15. Решение о выплате (объявлении) дивидендов, в том числе о размере дивиденда и форме его выплаты, принимается общим собранием акционеров по акциям каждой категории (типа), в том числе по привилегированным, в соответствии с рекомендациями совета директоров (наблюдательного совета) общества. При отсутствии решения об объявлении дивидендов общество не вправе выплачивать, а акционеры требовать их выплаты...».

Также в Определении от 25.04.2011 N ВАС-5026/11 по делу N А51-6677/2010 тройка судей ВАС РФ указала: *«...Требование о взыскании дивидендов суды также признали необоснованным, так как в силу статьи 42 Федерального закона "Об акционерных обществах" при отсутствии решения об объявлении дивидендов общество не вправе выплачивать, а акционеры требовать их выплаты. Соответствующего решения о выплате дивидендов за спорный период, как указали суды, не принималось.*

*При таких обстоятельствах у судов имелись основания для отказа в удовлетворении заявленных требований...»*³

При этом, решение общего собрания, не содержащее прямого указания на выплату дивидендов, их размер, срок и порядок выплаты, также не является основанием

³ Аналогичная судебная практика: Определение ВАС РФ от 11.08.2010 N ВАС-10377/10 по делу N А33-6379/2009, Определение ВАС РФ от 25.11.2009 N ВАС-14796/09 по делу N А40-37291/08-62-264, Определение ВАС РФ от 01.10.2009 N 9879/09 по делу N А40-48764/08-83-562, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12.09.2011 N Ф03-3350/2011 по делу N А51-11534/2010, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.11.2011 по делу N А67-2047/201, Постановление ФАС Московского округа от 24.06.2013 по делу N А40-113806/12-48-1067, Постановление ФАС Московского округа от 05.09.2011 по делу N А40-86783/10-134-665, Постановление ФАС Московского округа от 16.02.2010 N КГ-А40/289-10 по делу N А40-1247/09-45-14, Постановление ФАС Московского округа от 08.05.2009 N КГ-А41/3640-09-П по делу N А41-К1-13675/06, Постановление ФАС Московского округа от 25.03.2009 N КГ-А40/1851-09 по делу N А40-48764/08-83-562, Постановление ФАС Московского округа от 17.10.2008 N КГ-А40/9040-08 по делу N А40-65553/07-137-607, Постановление ФАС Московского округа от 12.03.2008 N КГ-А41/14632-07 по делу N А41-К1-13675/06, Постановление ФАС Московского округа от 24.01.2008 N КГ-А40/13363-07 по делу N А40-18226/07-137-165.

возникновения у акционеров права требовать выплаты дивидендов⁴.

Итак, как указано выше, акционер не вправе требовать выплаты дивидендов в отсутствие решения об их выплате. При этом, возникает вопрос, а вправе ли акционер требовать включения вопроса о выплате дивидендов в повестку дня общего собрания акционеров общества?

ФАС Московского округа в Постановлении от 29.10.2008 N КГ-А40/8386-08-П-Б по делу N А40-8017/07-57-47 указал следующее:

«...В соответствии с пунктом 1 статьи 53 Федерального закона "Об акционерных обществах" истец 25.01.2007 г. обратился в совет директоров ЗАО "Люкс" с заявлением о включении в повестку дня годового общего собрания акционеров вопроса с формулировкой: "Выплатить 600 млн. руб. нераспределенной прибыли (дивидендов акционеров). Выплату произвести ежеквартально по мере истечения срока действия депозитов векселей".

Заявление истца было рассмотрено 06.02.2007 г. на заседании совета директоров ЗАО "Люкс", который принял решение об отказе во включении в повестку дня общего годового собрания акционеров вопроса истца. Основанием для отказа послужил тот факт, что данный вопрос не входит в компетенцию общего собрания акционеров.

Согласно пункту 27 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.11.2003 г. N 19 "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах" акционер вправе обжаловать решение совета директоров в случае, если такое решение не отвечает требованиям закона и иных правовых актов, а также нарушает права и охраняемые законом интересы акционера.

В соответствии с пунктом 3 статьи 42 Федерального закона "Об акционерных обществах" решения о выплате (объявлении) дивидендов, в том числе решения о размере дивиденда и форме его выплаты по акциям каждой категории (типа), принимаются общим собранием акционеров. Размер дивидендов не может быть больше рекомендованного советом директоров (наблюдательным советом) общества.

Таким образом, вопрос размера выплаты дивидендов отнесен к компетенции совета директоров общества, и, следовательно, акционер не вправе требовать включения в повестку дня общего собрания акционеров вопроса о размере выплачиваемых дивидендов...».

2. Определение размера дивидендов в уставе общества

Закон об АО в п. 2 ст. 32 устанавливает:

«В уставе общества должны быть определены размер дивиденда и (или) стоимость, выплачиваемая при ликвидации общества (ликвидационная стоимость) по привилегированным акциям каждого типа. Размер дивиденда и ликвидационная стоимость определяются в твердой денежной сумме или в процентах к номинальной стоимости привилегированных акций. Размер дивиденда и ликвидационная стоимость по привилегированным акциям считаются определенными также, если уставом общества установлен порядок их определения. Владельцы привилегированных акций, по которым не определен размер дивиденда, имеют право на получение дивидендов наравне с владельцами обыкновенных акций» (Выделено мной – К.Г.).

Таким образом, Закон об АО предусматривает три способа определения размера дивидендов по привилегированным акциям в уставе акционерного общества:

1. В виде твердой суммы.
2. В виде процента от номинальной стоимости акции.
3. Путем установления порядка определения размера дивиденда.

Стоит отметить, что п. 2 ст. 32 Закона об АО также предусматривает, что если размер дивиденда по привилегированным акциям уставом общества не установлен, то в этом случае акционеры-владельцы привилегированных акций получают дивиденды наравне с владельцами обыкновенных акций.

⁴ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.11.2011 по делу N А67-2047/2011.

И если с первыми двумя вариантами определения размера дивидендов вопросов на практике практически не возникает, то третий способ – установление порядка определения размера дивиденда может способствовать возникновению корпоративных конфликтов в акционерном обществе.

В большинстве акционерных обществ фразу «порядок определения размера дивиденда» воспринимают как необходимость установления в уставе Общества некой формулы, в зависимости от элементов которой становится возможным определить конкретный размер дивиденда по привилегированным акциям за тот или иной период.

Ниже приводится таблица с перечнем формулировок, содержащихся в уставах публичных акционерных обществ, акции которых размещены на Московской бирже.

Эмитент ОАО	Размер дивиденда согласно устава или дивидендной политики
ОАО «АВТОВАЗ»	10% от чистой прибыли (ЧП) на количество привилегированных акций (АП)
ОАО «Варьеганнефтегаз»	10% ЧП на количество АП
ОАО "Воронежская энергосбытовая компания"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "РАО Энергетические системы Востока"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "ГАЗ"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Газпромнефть – МНПЗ"	10% ЧП на количество АП
ОАО "Донской завод радиодеталей"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Дорогобуж"	10% ЧП на количество АП
ОАО «Ижсталь»	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Камчатэнерго"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Квадра"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Кировэнергосбыт (КировЭС ао)	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Красный Октябрь"	10% ЧП на количество АП
Красноярскэнергосбыт (Красэсб ао)	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Костромская сбытовая компания	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
КуйбышевАзот (Куйбазот)	1% от номинал стоимости АП
ОАО «Ленэнерго»	10% ЧП на количество АП
МагаданЭнерго	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
МГТС	10% ЧП на количество АП
ОАО "Мариэнергосбыт"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Славнефть-Мегионнефтегаз"	1% ЧП по итогам фин. года на к-во АП
ОАО "Мурманская ТЭЦ"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Нижнекамскнефтехим (НКНХ)	Всего 13139025 руб на кол-во АП
НижгорСб	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Новосиб	10% ЧП на количество АП
Gsm-опт (Джи эс эм-опт)	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Ростелеком"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Энергосбыт Ростовэнерго"	10% ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО «Самараэнерго»	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Саратовский НПЗ (СарНПЗ)	10% ЧП на количество АП
ОАО "Саратовэнерго"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ООО «СвердлЭс»	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Ставропольэнергосбыт (СтаврЭнСб)	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Сургутнефтегаз	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП

ОАО «Тамбовская энергосбытовая компания»	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "ТГК-2", Территориальная генерирующая компания 2	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Центральный телеграф"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ТКЗКК	10% ЧП на количество АП
ОАО "Томская распределительная компания"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
Томскэнергосбыт (ТомскЭнСб)	от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "АК "Транснефть"	10% ЧП на количество АП
ОАО "Удмуртская энергосбытовая компания"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО «Химпром»	10% ЧП на количество АП
Россети (бывш. Холдинг МРСК)	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ОАО "Челябэнергосбыт"	10% от ЧП по РСБУ на 11,08% АП
ОАО АК "Якутскэнерго"	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП
ЯрослСК	10% от ЧП по РСБУ на 25% АП

Из данных, приведенных в таблице видно, что в большинстве уставов публичных акционерных обществ содержится четкая формула, позволяющая определить размер дивиденда по привилегированным акциям в зависимости от показателей чистой прибыли общества за тот или иной период.

Однако, существуют и иные формулировки в уставах, на наш взгляд, не являющиеся в полной мере порядком определения размера дивиденда в уставе в соответствии с п. 2 ст. 32 Закона об АО.

Так, например, в п. 10.5 устава ОАО «Лензолото» предусмотрено: *«Дивиденды по привилегированным акциям начисляются и выплачиваются ежегодно в размере не менее 6,9 (шесть целых девяти десятых) процентов от чистой прибыли Общества за финансовый год, разделенных на количество привилегированных акций».*

Другими словами, в уставе данного акционерного общества установлен минимальный размер дивиденда по привилегированным акциям. Но является ли такой порядок определения размера дивиденда надлежащим?

С нашей точки зрения, установление минимального или максимального размера дивиденда не является порядком определения размера дивиденда по следующим причинам.

В качестве порядка определения размера дивиденда по привилегированным акциям нельзя рассматривать положения уставов акционерных обществ, которые закрепляют только минимальный или максимальный пределы размера дивиденда, поскольку в этом случае он зависит от воли органов управления общества, на которую владельцы привилегированных акций не в состоянии повлиять, так как они лишены права на участие в управлении делами общества⁵ (п. 1 ст. 32 Закона об АО).

С нашей точки зрения, порядок определения размера дивиденда может считаться установленным только тогда, когда начиная с момента получения информации о размере чистой прибыли общества – любой владелец привилегированных акций может самостоятельно по указанной в уставе общества формуле посчитать размер дивиденда, который ему причитается. Только в этом случае, будет соблюдено требование п. 2 ст. 32 Закона об АО.

Именно такой смысл п. 2 ст. 32 Закона об АО, по нашему мнению, имелся в виду законодателем. Обратное противоречило бы логике: законодатель с одной стороны требует от акционерных обществ установления точного размера дивиденда (твердая сумма или процент от номинальной стоимости акции), а с другой допускает свободу управляющих органов акционерного общества каждый раз устанавливать различный размер дивиденда в своих решениях

⁵ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29 марта 2007 года № 17АП-1678/2007-ГК.

(не связанных с внесением изменений в устав общества). Такая ситуация представляется недопустимой. Очевидно, воля законодателя не была направлена на такое решение ситуации.

Еще раз отметим, что в случае, если определение конкретного размера выплачиваемых дивидендов каждый раз зависит от воли Совета директоров и Общего собрания акционеров общества, он не может считаться установленным в уставе общества, как того требует п. 2 ст. 32 Закона об АО.

Поэтому не является установлением порядка определения размера дивиденда, к примеру, определение в уставе компетенции органа управления, который вправе принимать решение о размере дивиденда. Подобное положение устава указывает лишь на орган, определяющий размер дивидендов, но не устанавливает собственно порядок определения их размера.

В пользу данного вывода свидетельствует правовая позиция, выработанная в судебно-арбитражной практике ⁶.

Кроме того, установление минимального/максимального размера дивиденда и его изменение путем принятия рекомендаций Совета директоров и решения Общего собрания акционеров общества можно рассматривать как обход закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Как было указано выше, п. 2 ст. 32 ФЗ об АО предусматривает положение, согласно которому размер дивиденда по привилегированным акциям **должен быть** установлен в уставе Общества. Логично предположить, что изменение данного размера влечет за собой необходимость внесения изменений в устав Общества. Согласно п. 4 ст. 49 Закона об АО решение о внесении изменений в устав Общества принимается большинством в три четверти (75%) голосов акционеров-владельцев голосующих акций, принимающих участие в общем собрании акционеров общества.

При этом, формулировка о минимальном/максимальном размере дивиденда по привилегированным акциям позволяет Совету директоров и общему собранию акционеров (в большинстве случаев попросту мажоритарному акционеру) менять размер дивиденда без необходимости вносить какие-либо изменения в устав, при этом вопрос об изменении размера будет решаться не квалифицируемым большинством (75%), как это должно быть в соответствии с законом, а простым большинством акционеров – владельцев обыкновенных акций (50% + 1 акция).

3. Приобретение право голоса на общих собраниях акционеров

В соответствии с п. 5 ст. 32 Закона об АО:

«Акционеры - владельцы привилегированных акций определенного типа, размер дивиденда по которым определен в уставе общества, за исключением акционеров - владельцев кумулятивных привилегированных акций, имеют право участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием акционеров, на котором независимо от причин не было принято решение о выплате дивидендов или было принято решение о неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям этого типа. Право акционеров - владельцев привилегированных акций такого типа участвовать в общем собрании акционеров прекращается с момента первой выплаты по указанным акциям дивидендов в полном размере».

Согласно п. 15 Постановления ВАС РФ N 19:

«Если обществом не принято решение о выплате дивидендов по привилегированным акциям (одного или нескольких типов), размер дивидендов по которым определен в уставе общества, или принято решение о выплате их в неполном размере, владельцы таких акций приобретают право голоса на общем собрании акционеров по всем вопросам его компетенции.

⁶ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 13.05.2010 N Ф03-2395/2010 по делу N А73-16770/2009 (Определением ВАС РФ от 29.07.2010 N 9687/10 отказано в передаче дела N А73-16770/2009 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления); Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 13 февраля 2008 года № Ф08-243/08 по делу № А32-12734/2007-62/298

Если не принято решение о полной выплате дивидендов по итогам года, акционеры - владельцы привилегированных акций пользуются правом голоса, начиная с общего собрания акционеров, следующего за годовым (пункт 5 статьи 32 Закона). В случае непринятия решения о полной выплате дивидендов по результатам первого квартала, полугодия, девяти месяцев владельцам привилегированных акций, по которым в уставе определен размер дивидендов по результатам указанных периодов, соответствующие акционеры приобретают право голоса на общем собрании акционеров, начиная с первого собрания, которое будет созвано по истечении установленного Законом трехмесячного срока для принятия соответствующего решения. Право владельцев привилегированных акций участвовать в голосовании на общем собрании акционеров прекращается с момента первой выплаты дивидендов по указанным акциям в полном размере.

(Выделено мной – К.Г.).

Таким образом, акционеры-владельцы привилегированных акций приобретают право голоса в случаях непринятия (в не зависимости от каких-либо причин) решения о выплате дивидендов или принятия решения о неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям.

В случае же, если решение о выплате дивидендов было принято общим собранием акционеров, но не исполнено акционерным обществом в установленный срок, акционеры – владельцы привилегированных акций приобретают право взыскать соответствующие дивиденды, а также проценты по ст. 395 ГК РФ в судебном порядке. На соответствующую возможность указывается в п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ №19. При этом, в данном случае право голоса у акционеров-владельцев привилегированных акций на общих собраниях акционеров общества не возникает. В подтверждение данной позиции говорит и соответствующая судебная практика⁷.

⁷ См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27.05.2013 по делу N А56-26223/2012, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.05.2011 по делу N А42-1541/2010, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.09.2010 N 09АП-21931/2010 по делу N А40-45257/10-128-282.