

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА В ПРОТИВОСТОЯНИИ АНГЛО- АМЕРИКАНСКОГО И КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ЕВРОПЕЙСКОГО ПОДХОДОВ



Е. А. СУХАНОВ¹,
заведующий кафедрой гражданского права юридического
факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, д.ю.н., профессор,
заслуженный деятель науки РФ

В статье раскрываются некоторые общие тенденции современно-го развития корпоративного права: создание новых и смешанных форм предпринимательских корпораций и повышение роли командитных товариществ в организации предпринимательской деятельности, совершенствование внутрикорпоративного контроля, усиление влияния англо-американских корпоративно-правовых конструкций. Показаны принципиальные различия в подходах к определению статуса и видов корпораций в европейском континентальном и в англо-американском праве. Критикуются необоснованные попытки рецепции англо-американских правовых подходов в европейские правовые порядки на базе концепции «экономического анализа права».

Ключевые слова: акции (доли в уставном капитале), корпорация, компания, корпоративное право, корпоративное управление, командитное товарищество, публичные и частные компании, независимые директора, проверка на состоятельность, партнерство с ограниченной ответственностью, юридическое лицо.

В 2012 – 2015 гг. в России осуществлено широкое реформирование основных положений ее Гражданского кодекса (ГК РФ). Одной из главных задач оно имело формирование современного корпоративного права, основанного на признании того очевидного факта, что в правовом порядке, базирующемся

© Е. А. Суханов, 2015

¹Суханов Евгений Алексеевич – видный российский ученый-цивилист, заведующий кафедрой гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова (с 2003 г.). В 1971 г. окончил юридический факультет МГУ и в 1974 г. – аспирантуру МГУ. В 1986 г. защитил докторскую диссертацию по гражданскому праву на тему «Общие тенденции развития гражданского права зарубежных европейских стран – членов СЭВ». Доктор права honoris causa Университета им. Святых Кирилла и Мефодия (Скопье, Республика Македония, 2000 г.). В 1992-2003 гг. – декан юридического факультета МГУ. С 1993 г. – Председатель Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ. Заслуженный деятель науки Российской Федерации (2007 г.). Под его руководством защищены четыре докторских и более 25 кандидатских диссертаций. Автор свыше 400 опубликованных научных и учебных работ. В том числе книг: Лекции о праве собственности (М.: Юрид. лит., 1991. – 14 п.л.); Правовые основы предпринимательства (М.: БЕК, 1993. – 12 п.л.); Российский Закон о собственности. Научно-практический комментарий (М.: БЕК, 1993. – 11,3 п.л.); Новый Гражданский кодекс Российской Федерации об акционерных обществах и иных юридических лицах. (М.: АО «Центр деловой информации» еженедельника «Экономика и жизнь», 1995. В соавторстве с В.В. Витрянским. – 10 п.л.);

на рыночной организации хозяйства, главным субъектом становятся корпорации, тогда как унитарные юридические лица являются исключительно некоммерческими организациями (фонды и учреждения), а привычные для прежнего правового порядка «предприятия» должны возвратиться в изначально присущий им статус имущественных комплексов – объектов, а не субъектов права. Вместе с тем, само корпоративное право развивается в качестве составной части гражданского (частного) права, что теперь прямо закреплено в новой редакции п. 1 ст. 2 ГК РФ.

Сказанным объясняется усилившийся в последние годы среди российских юристов интерес к проблематике корпоративного права, включая неизбежное обращение к опыту высокоразвитых правовых порядков, обладающих в данной области многолетними правовыми традициями. Сравнительный анализ как этого, так и собственного опыта корпоративно-правового развития приводит к выводу о наличии здесь некоторых общих проблем и попыток их разрешения, существующих в рамках двух остающихся принципиально противоположными правовых систем: англо-американского и европейского континентального права. К сожалению, при этом отсутствует «добросовестная конкуренция» двух названных подходов и систем, основанная на их объективном сравнении с целью обеспечения свободного выбора наиболее эффективных законодательных решений. Странам, начинающим заново развивать свое национальное корпоративное право (в том числе и России), англо-американский законодательный опыт нередко преподносится как заведомо более передовой и прогрессивный, сам по себе содействующий развитию предпринимательства и улучшению «инвестиционного климата», а западноевропейский – как гораздо более отсталый и консервативный, препятствующий свободе ведения бизнеса и привлечению инвестиций в экономику.

Отстаивающие эти подходы современные реформаторы, главным образом из числа неолиберальных экономистов, которые

Гражданское право в 4-х томах (М.: Волтерс Клувер, 2004 – 2006. Также переведено и опубликовано на китайском языке. – Пекин, 2011 – отв. редактор и автор ряда глав объемом более 58 п.л.); Гражданское право России – частное право (М., Статут, 2008. – 35 п.л.); Российское гражданское право. Учебник: В 2-х т. (М.: Статут, 2010. Отв. редактор и автор ряда глав объемом более 43 п.л.); Проблемы реформирования Гражданского кодекса России: Избранные труды 2008 - 2012 гг. (М.: Статут, 2013. – 31 п.л.); Сравнительное корпоративное право (М.: Статут, 2014. – 28,5 п.л.); и др. – Гл. ред.

с квази-религиозным усердием исповедуют известное учение чикагской школы «экономического анализа права» («Law & Economics»), обычно имеют весьма смутные и случайные, в лучшем случае – отрывочные представления о реальных особенностях правового регулирования статуса компаний в современном англо-американском праве (а иногда и откровенно замалчивают некоторые из них). Достаточно сказать, что всячески рекламируя преимущества «упрощенного» порядка создания коммерческих корпораций в некоторых восточных штатах США (обычно – в штатах Делавэр, Нью-Йорк и Нью-Джерси) и рассматривая его в качестве некоего «всеобщего стандарта», они обычно «забывают» упомянуть об установленном федеральным законодательством жестком «последующем контроле» за деятельностью зарегистрированных business corporation, в частности, о правилах проведения Solvency test (проверки на состоятельность) и о последствиях их нарушения (которые в американском корпоративном праве заменяют традиционные европейские требования к минимальному уставному капиталу компаний). К этому стоит добавить, что требования к обширной корпоративной отчетности были резко усилены после скандала известного банкротства компании «Энрон» (2001 – 2002 гг.).²

Следует также подчеркнуть, что в области корпоративного права в США действует ряд весьма «жестких» федеральных законов, в частности, выводящих многие корпоративные споры из-под действия более «либерального» законодательства отдельных штатов и даже устанавливающих уголовную ответственность за нарушение прав корпоративных миноритариев. Все это показывает очевидную необоснованность разговоров о «либеральном» американском корпоративном законодательстве. В своей неразрывной совокупности с законодательством о бухгалтерской отчетности компаний, подкрепленной соответствующими административно-правовыми и уголовно-правовыми санкциями, оно в действительности является гораздо более жестким, чем западноевропейское корпоративное право.

Не случайно малоизвестной осталась и сравнительно недавняя (2003 – 2004 гг.) неудачная попытка английской «группы Рикфорда» навязать Евросоюзу отмену Второй директивы ЕС о «твердом капитале» (1976/2006 гг.), заменив традиционное для европейского континентального права требование минимального уставного капитала акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью их последующей обязательной «проверкой на состоятельность» (Solvency test) в ее наиболее упрощенном варианте. Комиссия ЕС отвергла эти предложения, поскольку их принятие потребовало бы перехода компаний на гораздо более сложную и дорогостоящую систему бухгалтерской отчетности, серьезно увеличивающую их «транзакционные издержки» (transaction costs), сокращение которых формально составляет предмет особой заботы реформаторов, без предоставления каких-либо очевидных преимуществ. И это – не говоря о необходимости пересмотра административного и уголовного законодательства, без санкций которого система Solvency test утра-

чивает всю свою эффективность, превращаясь в подобие «швейцарского сыра, состоящего преимущественно из дырок».³

Постоянная борьба между федеральным законодательством и законами отдельных штатов стала одной из характерных черт развития американского корпоративного права. Именно в результате отклонения Конгрессом США в 1980 г. проектов федеральных законов о защите прав акционеров (Federal Protection of Shareholder's Rights Act) и о корпоративной демократии (Federal Corporate Democracy Act) на их базе два года спустя был подготовлен проект рекомендаций по принципам корпоративного управления (Principles of Corporate Governance), который после доработки был опубликован в 1984 г. в качестве рекомендательного акта – Кодекса корпоративного управления (Corporate Governance Code). Этот кодекс знаменовал собой появление «мягкого корпоративного права» (Soft Law of Corporation) и в настоящее время считается одной из вершин зарубежной корпоративно-правовой доктрины, идея которого воспринята в большинстве не только американских штатов, но и европейских стран.

Проявлением едва ли не решающего влияния американских корпоративно-правовых подходов стало также появление в советах директоров современных крупных («публичных») акционерных компаний «независимых директоров», участие которых постепенно становится обязательным и преобладающим. В американских корпорациях independent directors начали появляться в конце 70-х – начале 80-х годов прошлого века в связи с очередным «кризисом корпоративного управления», проявившимся в многочисленных злоупотреблениях «корпоративного менеджмента» (членов различных исполнительных органов корпораций), участников которого стали поэтому постепенно выводить из состава советов директоров и заменять независимыми от компаний лицами. В результате фактически изменились функции самих советов директоров, превратившихся из органов по формированию стратегии деятельности корпораций в органы по проверке и контролю повседневного ведения дел их управленцами.⁴ В настоящее время участие «независимых директоров» в управлении крупной компанией рассматривается в качестве одного из важных современных «стандартов корпоративного управления».

Между тем, аналогичные функции в германском корпоративном праве еще с XIX века выполняют наблюдательные советы, появление которых в акционерных обществах (а затем – и в сравнительно крупных обществах с ограниченной ответственностью) знаменовало введение трехзвенной (иногда прямо называемой «германской») модели управления корпорациями (при сохранении правлений как постоянно действующих коллегиальных исполнительных органов корпораций – аналогов англо-американских советов директоров). В российском корпоративном праве под влиянием американских подходов наблюдательные советы были отождествлены (а фактически – поглощены) советами директоров, а попытки их восстановления в ходе реформы ГК РФ встретили активное сопротивление «бизнес-сообщества».

³Engert A. Kapitalgesellschaften ohne gesetzliches Kapital: Lehren aus dem US-amerikanischen Recht // Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Sonderheft 17. Berlin, 2006. S. 762. Подробнее о Solvency test см.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 163 - 174.

⁴В зарубежной литературе было отмечено даже изменение формулировок законов о корпорациях отдельных штатов: если ранее в них обычно говорилось о «ведении дел советом директоров» корпорации, то теперь – о ведении дел под управлением совета директоров» компании (см.: Merkt H., Göthel S.R. US-amerikanisches Gesellschaftsrecht. 2. Aufl. Frankfurt a. M., 2006. S. 98. Fn. 74).

В целом же можно констатировать, что в решении важнейшей проблемы корпоративного контроля наметилась очевидная общая тенденция: создание в крупных корпорациях постоянно действующих и независимых от менеджмента контрольных органов в виде либо советов с преобладанием independent directors (американская модель), либо наблюдательных советов (германская модель). Примечательно также, что обе названные модели предусматривают участие в таких «органах общего контроля» еще и представителей наемных работников. Принято считать, что идея workers' code termination родилась в США в 1980 г. (когда в совет директоров автомобильной корпорации «Крайслер» впервые был введен руководитель объединенного профсоюза рабочих автомобильной промышленности). Однако в Германии она родилась и получила законодательное закрепление примерно на 30 лет раньше, когда для наблюдательных советов компаний была установлена квота представительства наемных работников (в некоторых случаях достигающая 50% от общего числа их членов). Это способствовало не только улучшению контрольной деятельности, но и предотвращению социальных конфликтов (о чем пока мало задумываются «топ-менеджеры» крупных отечественных компаний).

Не менее интересной общей тенденцией развития корпоративного права в развитых правовых порядках является сохранение важной роли товариществ (в англо-американском праве – «партнерств») как особого вида корпораций, участники которых сохраняют неограниченную личную имущественную ответственность по общим долгам. «Взамен» этой ответственности они получают три важнейших преимущества: 1) налоговые льготы, состоящие прежде всего в том, что европейские товарищества и полностью аналогичные им англо-американские партнерства (partnership), не будучи юридическими лицами,⁵ не являются и субъектами налогообложения, иначе говоря, налоги уплачивают только их участники как физические лица; 2) отсутствуют какие-либо законодательные требования к складочному капиталу товариществ (очевидно избыточные при наличии неограниченной личной ответственности их участников); 3) участники самостоятельно определяют порядок управления

⁵В континентальном европейском праве товарищества обычно являются субъектами торгового, но не гражданского права, т.е. «полуправосубъектными» корпорациями. В англо-американском праве партнерства полностью лишены правосубъектности и считаются сугубо договорными объединениями лиц, а потому формально даже не включаются в число корпораций (компаний), к которым относятся только business corporation, являющиеся юридическими лицами. Исключение составляют правосубъектные «партнерства с ограниченной ответственностью» (limited liability partnership, LLP), создававшиеся для лиц свободных профессий (см. о них далее).

общими делами (обычно не создавая каких-либо специальных постоянно действующих органов с жестко определенной компетенцией).

О распространенности товариществ как организационно-правовой формы предпринимательства свидетельствует тот факт, что в 2011 г. около 80% всех предпринимателей в США, а также в Германии и Австрии составляли партнерства и индивидуальные предприниматели; во Франции и Англии они же в целом составляли примерно половину от общего числа предпринимателей.⁶ В России же почти 4 млн. зарегистрированных хозяйственных обществ «противостоит» менее 900 (!) товариществ, являющихся «полноценными» юридическими лицами, лишенными каких бы то ни было налоговых льгот (причем их участниками во многих случаях являются другие юридические лица, обычно – общества с ограниченной ответственностью).

Стремление предпринимателей приобрести названные льготы, в первую очередь налоговые, но при ограничении личной имущественной ответственности по общим долгам корпорации, привело к появлению «смешанных» и других нетрадиционных корпоративно-правовых форм юридических лиц. Так, в Германии еще в 20-е годы прошлого века начали появляться коммандитные товарищества (товарищества на вере), в которых единственными участниками с полной ответственностью (полными товарищами, или комплементариями) становились общества с ограниченной ответственностью (GmbH & Co., KG). При этом участники ООО (GmbH) как комплементария получают возможность управлять делами коммандиты, не неся при этом какой-либо личной имущественной ответственности по ее долгам. В настоящее время эта разновидность коммандиты признана Директивой Евросоюза от 8 ноября 1990 г. № 90/605, а комплементариями в таких германских коммандитах иногда становятся английские Ltd. (private limited company), что ведет к появлению англо-германских «Ltd. & Co., KG». В таких «смешанных корпорациях» сочетаются важные для предпринимателей преимущества: простота регистрации английских Ltd. и отсутствие налогообложения, а также ограниченная ответственность участников германской коммандиты.

В 1993 г. в США, а в 2000 г. – в Англии законом были признаны «зарегистрированные партнерства с ограниченной ответственностью» – registered limited liability partnership (LLP), также созданные на базе коммандиты (называемой в англо-американском праве «ограниченным партнерством» – limited partnership, LP, в отличие от полного товарищества, называемого здесь «общим партнерством» – general partnership, GP). В качестве «зарегистрированных партнерств» LLP приобрели самостоятель-

⁶Stelzer M.A. Beschränkte Haftung und unternehmerische Verantwortung. Wien; Graz, 2011. S. 13 - 15.



²Американский Закон 2002 г. о реформе отчетности публичных компаний и защите инвесторов (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, известный также по фамилиям своих инициаторов - сенатора Пола С. Сарбейнеса и конгрессмена Майкла Оксли, – как Sarbanes-Oxley Act) предусматривает за фальсификацию корпоративной отчетности серьезную уголовную и административную ответственность (подобно принятому несколько позднее, но аналогичному по сути английскому Bribery Act 2011 г.).

ную правосубъектность, став юридическими лицами с ограниченной ответственностью участников по общим долгам,⁷ а в качестве партнерств сохранили налоговые льготы, не став субъектами налогообложения. Поскольку в них отсутствуют участники с полной ответственностью (комплементарии, general partner's), а также минимальный капитал и «жесткая» структура управления, но сохранены характерные для товариществ налоговые льготы, можно сказать, что с европейской точки зрения LLP представляют собой «гибрид» партнерств (товариществ) и корпораций с ограниченной ответственностью участников – «командиты без комплементариев».

Такие корпорации используются главным образом лицами свободных профессий, для которых они и были созданы, прежде всего – юридическими фирмами. Вместе с тем, в Англии получило распространение участие LLP в качестве комплементариев (general partner's) в командитных товариществах (limited partnership's, LP), т.е. по сути – рассмотренная выше германская модель «смешанной командиты» (GmbH & Co., KG). В форме командитных товариществ (LP) в Англии нередко действуют различные инвестиционные фонды, участники которых (инвесторы) фактически «нанимают» группу профессионалов (составляющих LLP, т.е. комплементария такой командиты), определяющих наиболее выгодные формы и способы вложения инвестиций (которые инвесторы затем вкладывают «напрямую», а не через созданное ими партнерство, что является важной гарантией от возможных злоупотреблений профессионального «менеджмента»). При этом организационно-правовая форма командиты (или LP с LLP в качестве generalpartner, т.е. комплементария) не совпадает с экономическим существом дела – созданием «инвестиционного фонда», что с трудом воспринимается экономистами.

Во многом аналогичные LLP «партнерства лиц свободных профессий» (Partner gesellschaften) в 1994 г. появились и в Германии. Правда, их участники несут неограниченную солидарную ответственность по общим долгам (кроме случаев причинения вреда клиенту партнерства профессиональной ошибкой одного из участников, за которую отвечает только он, но всем своим имуществом), но зато партнерство в целом освобождено от уплаты налогов. В результате этого «лица свободных профессий» (адвокаты, врачи, налоговые консультанты и т.п.) приобрели возможность объединяться в полуправосубъектные «товарищества», прежде доступные только профессиональным коммерсантам.

В США в 1996 г. был принят федеральный модельный закон о компаниях с ограниченной ответственностью (Uniform Limited Liability Company Act 1996), который стал основой для принятия аналогичных законов в отдельных штатах. Limited liability company (LLC) в отличие от LLP создаются юридическими лицами (корпорациями или LLP), но не имеют жестко определенной законом структуры управления; каждый участник LLC вправе действовать от ее имени и имеет одинаковый с другими голос в управлении общими делами, а ответственность участников ограничена их вкладами в имущество компании. Главное же состоит в том, что LLC, будучи компаниями, налоговым законодательством приравнены к партнерствам, т.е., являясь юридическими лицами, исключены из числа субъектов налогообложения, по сути также представляя собой аналог «командиты без комплементария». Все это подтверждает важную роль товариществ, особенно командитных (на вере), в современной организа-

ции предпринимательской деятельности. Во всяком случае, развитие мелкого и среднего бизнеса не может и не должно искусственно ограничиваться организационно-правовыми формами правосубъектных корпораций («объединений капиталов»), предназначенных для крупного предпринимательства, стремящегося к ограничению своей ответственности перед другими участниками имущественных отношений и в силу этого не пользующегося ни налоговыми льготами, ни свободой внутренней организации.

Вместе с тем, развитие организационно-правовых форм крупного и среднего предпринимательства ставит перед корпоративным законодательством проблемы, связанные с совершенствованием правового статуса коммерческих (предпринимательских) корпораций.

Одной из важных современных тенденций в этой области также стало небезуспешное навязывание развивающимся национальным правовым порядкам англо-американских «стандартов» и подходов. Весьма наглядно это проявилось, в частности, в закреплении новой редакцией ГК РФ деления всех хозяйственных (а не только акционерных) обществ на публичные и непубличные (ст. 66.3 ГК РФ в редакции Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ).

Основой этой дифференциации стало исторически присущее англо-американскому корпоративному праву деление предпринимательских корпораций на публичные и частные, или «закрытые» компании (public limited company – PLC и private limited company – Ltd., или closed corporation) в зависимости от того, допущены ли их доли (паи) участия (shares), называемые также «акциями», к биржевой котировке. Статус и деятельность выступающих на биржах публичных компаний (количество которых в США не превышает 10 тыс.) во избежание возможных злоупотреблений жестко (императивно) урегулированы федеральными законами и законами штатов, а в особенности – подзаконными актами Федеральной комиссии по ценным бумагам и биржам (Securities and Exchange Commission, SEC) – SEC Rule, тогда как частные компании (численность которых измеряется миллионами) действуют практически свободно – на основании заключаемых их участниками корпоративных соглашений (shareholders agreements), которые определяют и структуру управления компанией, и компетенцию ее органов, и права и обязанности ее участников. Но и те, и другие являются здесь разновидностями одной и той же, единой организационно-правовой формы businesscorporation – «компания с ограниченной ответственностью на паях» (limited company by shares). Это, в частности, облегчает теоретически возможный выход частных компаний на фондовые биржи, поскольку при этом не требуется изменения их организационно-правовой формы (т.е. проведение реорганизации в виде преобразования). Поэтому и доли участия в их капитале обозначаются единым термином (shares), имея принципиально одинаковый правовой режим.⁸

В отличие от этого, в европейском континентальном праве акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью исторически сложились как два различных, самостоятельных вида юридических лиц (корпораций). Классическую модель акционерного общества как объединения множества мелких ка-

⁸При обращении на фондовых биржах shares обычно именуются stock. Некоторые различия в их правовом режиме известны лишь английскому Закону о компаниях 2006 г. (Company Act 2006): согласно его нормам «акции» публичных компаний (stock) могут быть разделены на части и обращаться в виде дробных акций, а доли в капитале частных компаний (shares) – нет. Соответственно этому исключена и ранее существовавшая возможность их свободной взаимной конвертации.

питалов для ведения крупного бизнеса впервые закрепил французский Торговый кодекс 1807 г. Общества с ограниченной ответственностью появились в известном германском Законе 1892 г. как реакция на ужесточение акционерного законодательства эпохи «грюндерства», имея целью дать возможность мелким и средним предпринимателям создавать не только товарищества с полной ответственностью участников, но и правосубъектные корпорации с самостоятельной имущественной ответственностью, небольшим количеством участников и относительно небольшим капиталом.

При этом акции были изначально предназначены для свободного отчуждения (в основном – с помощью биржевого механизма), а личность акционера в принципе не имела никакого значения. Не случайно французское право традиционно называет акционерные общества «анонимными» (société anonyme, SA). Общества же с ограниченной ответственностью (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH; Société aresponsabilité limitée, SARL) рассчитаны на сохранение некоего «личностного элемента», что неизбежно превращает отчуждение долей участия в них в исключительную ситуацию и существенно осложняет их оборот. В результате этого акции акционерных обществ и доли участия в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью, в отличие от англо-американских shares, являются двумя разными объектами гражданских прав с различным правовым режимом.

В континентальном европейском корпоративном праве система и компетенция органов акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью практически исчерпывающим образом урегулированы императивными нормами закона и не могут составлять предмет корпоративных договоров их участников. Такие договоры могут содержать только условия осуществления участниками корпораций принадлежащих им прав (голосования и/или отчуждения акций/долей) и потому считаются не «корпоративными», а обязательно-правовыми сделками – разновидностями договоров простого товарищества (Syndikatsverträge, или «договорами, связывающими право голоса» – Stimmrechtsbindungsverträge, conventions devote).⁹ Законодательные нормы о них повсеместно отсутствуют,¹⁰ поскольку они в той или иной мере признаются лишь сложившейся судебной практикой.

Таким образом, континентальное европейское и

англо-американское корпоративное право основываются на принципиально различных подходах к определению статуса компаний (корпораций) с ограниченной ответственностью. Европейское корпоративное право императивно определяет статус «объединений капиталов», структуру и компетенцию их органов, поскольку их участники изначально устраняют свою ответственность по долгам таких корпораций, тем самым по сути превращая их в «корпоративный щит» от кредиторов (третьих лиц). Свободное определение порядка управления корпорацией и отсутствие требований к минимальному капиталу считается здесь привилегией, доступной лишь участникам товариществ («объединений лиц»), поскольку они несут неограниченную личную ответственность по корпоративным долгам. Поэтому в европейском корпоративном праве невозможно изменение корпоративным договором императивно определенного законом статуса корпорации, включая компетенцию ее органов.

В англо-американском праве само юридическое лицо (корпорация) чаще всего рассматривается как договор (contractual arrangement) его участников и даже как воплощение целого «комплекса договорных отношений» (pexus of contracts) между участниками, менеджерами, наемными работниками, контрагентами и кредиторами. Центральным звеном в этом комплексе являются договорные (агентские) отношения участников корпорации («инвесторов», «бенефициарных собственников» ее имущества) с ее органами (корпоративным менеджментом), а вовсе не проблема ответственности корпорации перед «внешними» кредиторами (выступающая на первый план в континентально-европейской трактовке сущности корпорации как «корпоративного щита» от «внешних» кредиторов).

Поэтому согласно постулатам «экономического анализа права» (Law & Economics), структура корпорации определяется прежде всего ее «агентскими расходами» (agency costs), т.е. расходами «инвесторов» (shareholders) по контролю за деятельностью ее корпоративного менеджмента, рассматриваемого в качестве их «договорного агента». Названные расходы состоят из издержек по контролю за деятельностью менеджеров (monitoring costs) и издержек по предоставлению последними «гарантий своей лояльности» и по предотвращению потенциальных убытков от некачественного менеджмента (indirect monitoring costs). Общий размер допустимых издержек определяется участниками «корпоративной сети контрактов» исключительно на добровольной (договорной), т.е. рыночной основе. Поэтому всякое вмешательство государства в формирование структуры корпоративных отношений считается заведомо избыточным, ибо может повести лишь к созданию та-



⁷Законами отдельных штатов ограниченная ответственность участников LLP регулируется по-разному (см., например: Bungert H. Gesellschafts rechtinden USA. 3. Aufl. München, 2003. S. 28 - 29).

⁹См., например: Vavrovsky N. Stimmbindungsverträge im Gesellschaftsrecht. Wien, 2000. S. 10 - 13.

¹⁰За исключением появившихся в 2003 г. в Гражданском кодексе Италии двух статей (2341-bis и 2341-ter), посвященных корпоративно-правовым соглашениям в акционерных публичных компаниях.

ких органов контроля, расходы на содержание которых превысят возможные убытки.

С этой точки зрения императивная регламентация статуса корпорации является ненужной и даже вредной, поскольку наиболее эффективное контролирующее действие оказывают сами рыночные отношения. Отсюда – требования всемерной «либерализации» и последовательного «дерегулирования» корпоративных отношений, а также постулаты о договорно-правовом характере статуса корпораций, который должен оформляться исключительно диспозитивными нормами (на основе принципа свободы договора), т.е. главным образом по усмотрению их участников. В действительности все это касается прежде всего частных (непубличных) компаний, ибо полная свобода организации публичных компаний, выступающих на фондовых биржах и иных организованных финансовых рынках, как показала предпринимательская практика, чревата слишком большой опасностью злоупотреблений. Поэтому для наиболее крупных (публичных) компаний не только сохраняется, но фактически усиливается императивное регулирование их деятельности.

Европейское корпоративное право основано на требовании обязательного соответствия структуры управления предпринимательскими корпорациями с ограниченной ответственностью участников императивным предписаниям закона. Это служит защите интересов не только их миноритариев, получающих право на прямое участие в управлении делами корпорации, но и кредиторов (третьих лиц), имеющих четкое представление о порядке принятия корпоративных решений, в том числе тех, которые впоследствии могут быть оспорены (например, о даче органами корпорации согласия на совершение крупных сделок и сделок с заинтересованностью).

Практика давно показала, что европейский подход является не менее, а более надежной защитой от различных злоупотреблений со стороны «корпоративного менеджмента». В частности, он не требует столь значительных издержек, как американская система «последующего контроля», основанная на неукоснительном соблюдении требования платежеспособности компании (постоянно подтверждаемой дорогостоящей системой бухгалтерской отчетности) и дополняемой возможностью судебного «прокалывания корпоративной маски» (piercing of the corporate veil), т.е. возложения ответственности по долгам корпорации на личное имущество ее участников, в том числе в случаях установления «недокапитализации» ее имущества (или «неадекватной капитализации» – inadequate capitalization), «допущенной» учредителями при ее создании¹¹ (что во многом лишает смысла отсутствие минимального капитала при создании корпорации).

Кроме того, представляющийся на первый взгляд сугубо прагматическим подход к свободному (договорному) определению статуса и структуры корпорации, который согласно постулатам Law & Economics должен вести к постоянному «сокращению издержек», в действительности не только грозит серьезными издержками для миноритарных участников и многих кредиторов корпорации, имущественные интересы которых он никак не гарантирует, но и не в состоянии объяснить экономический и юридический смысл исторически возникших в европейском праве

корпоративных форм и различий между ними. Ведь он основан на «экономическом анализе» исключительно американского права и никоим образом не учитывает особенности других правовых систем.

В частности, обосновываемая этим учением «идеальная» модель предпринимательской корпорации делает бессмысленным существование европейских обществ с ограниченной ответственностью: будучи «непубличными обществами», они никогда не смогут стать «публичными компаниями» без проведения специальной процедуры преобразования (не требующейся для «частных», или «закрытых» корпораций англо-американского права). При этом в континентальном европейском праве давно учитываются различия в статусе акционерных обществ, акции которых котируются или не котируются на фондовых биржах (börsennotierten и nichtbörsennotierten AG в соответствии с абз. 2 § 3 германского Акционерного закона 1965 г.), но которые в любом случае остаются акционерными обществами, а не превращаются в общества с ограниченной ответственностью. Из этого же исходила и Концепция развития гражданского законодательства РФ, предлагавшая законодательно закрепить различия в статусе публичных и непубличных акционерных обществ,¹² но вовсе не уравнивая непубличные акционерные общества с обществами с ограниченной ответственностью (что фактически произошло в п. 2 ст. 66.3 ГК РФ).

В связи с этим следует отметить, что энтузиасты «экономического анализа права», безоговорочно настаивающие на унификации национального корпоративного права путем внедрения в него американских корпоративных «стандартов», допускают ряд серьезных ошибок. Во-первых, давно известно, что эффективность практически всех институтов, содержащихся в той или иной правовой системе, во многом определяется их тесной взаимосвязью с другими институтами и системой в целом. Так, упрощение порядка создания предпринимательских корпораций и отказ от требования наличия у них минимального уставного капитала в англо-американском праве связан с существованием системы «последующего контроля», в свою очередь базирующейся на жестких требованиях императивных норм публичного права. Игнорирование этих «последующих звеньев» общей системы путем перехода к свободному (договорному) регулированию статуса предпринимательских корпораций способно породить не бурное развитие предпринимательства, а лишь очередную волну корпоративных злоупотреблений. А поскольку невозможно и бессмысленно полностью «копировать» всю формировавшуюся веками систему того или иного национального права, следует отказаться от бесплодных попыток прямого заимствования отдельных законодательных решений, нередко случайно вырванных из общего контекста.

Во-вторых, необходимо напомнить и о том, что содержание законодательных институтов и правовых систем в целом обусловлено не только (а нередко – и не столько) экономическими отношениями, сколько различными особенностями национального и культурно-исторического развития. В качестве очевидного примера достаточно указать на то, что экономически однородные отношения собственности на земельные участки юридически оформляются совершенно по-разному в континентальной Европе (системой вещных прав) и в англо-американском праве

(различными «титлами» – estate и interests- при отсутствии права собственности на них у частных лиц). Такими же историческими причинами вызвано существование в континентальном европейском праве двух самостоятельных видов предпринимательских корпораций – акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, роль которых в англо-американском праве играют также исторически сложившиеся публичные и частные компании. Устранять или «унифицировать» ни те, ни другие виды коммерческих корпораций нет никаких разумных оснований.

Таким образом, в области частного права не существует и не может существовать идеальных законодательных решений, пригодных для всех стран и народов и разработанных исключительно на базе экономических представлений об эффективности права. Исключение могут составить разве что некоторых модельные законы в области международного экономического обмена (т.е. договорного права), да и то потому, что они обычно основаны на глубоком анализе и обобщении соответствующей правоприменительной практики, а не на абстрактных экономических постулатах. Следовательно, рецепция зарубежного правового опыта имеет свои объективные пределы, определяемые не только экономическими соображениями, но и исторически сложившимися и сохраняющимися до сих пор принципиальными различиями европейского континентального и англо-американского права.

Наиболее целесообразным становится поэтому использование иностранных законодательных решений и правовых конструкций, имеющихся в близких или сходных правовых порядках, путем их приспособления к соответствующим институтам национальной правовой системы. Для российского права таковыми были и остаются континентальные европейские правовые порядки германского типа, близкие ему не просто исторически, но и, можно сказать, генетически, поскольку большинство обобщающих цивилистических понятий и конструкций (правоотношение и субъективное право, сделка и ее недействительность, вещное право, юридическое лицо и т.д.) были во многом восприняты еще в XVIII – XIX вв. из наиболее передового для того времени германского (пандектного) права и германской кодификации гражданского права.

Наконец, в-третьих, следует отметить, что некоторые из современных энтузиастов «экономизации гражданского права», объявившиеся теперь и среди юристов, иногда упрекают своих коллег в том, что «для них юридический инструментарий часто оказывается превыше экономических реалий».¹³ Им стоит напомнить о том, что еще согласно Дигестам Юстиниана «право получило

¹³Юрист компании. 2012. № 9. С. 5.

свое название от [слова] «справедливость», ибо согласно превосходному определению Цельса право есть искусство доброго и справедливого» (ius est ars boni et aequi – D.I.1.), а вовсе не искусство снижения различных экономических издержек. Иначе говоря, надо учитывать, что право, в том числе гражданское, имеет глубокую нравственную основу, а от судьбы или иного правоприменителя стороны ждут справедливого разрешения своего спора, а не «эффективного распределения» transaction costs.

Е.А. Суханов: Американдық ағылшын және континенттік еуропалық тәсілдерге қарсы корпоративті құқықты дамыту үрдістері .

Мақалада корпоративті құқықты қазіргі кезде дамытудың бірқатар жалпы үрдістері: кәсіпкерлік корпорациялардың жаңа және аралас түрлерін құру және кәсіпкерлік қызметті ұйымдастыруда коммандиттік серіктестіктердің рөлін арттыру, ішкі корпоративтік бақылауды жетілдіру, ағылшын-американдық корпоративті-құқықтық құрылымның ықпалының күшеюі баяндалады. Еуропалық континенттік және ағылшын-американдық құқықта корпорациялардың мәртебесі мен түрлерін анықтау тәсілдерінің іргелі айырмашылықтары көрсетілген. «Құқықты экономикалық талдау» тұжырымдамасының негізінде еуропалық құқықта ағылшын-американдық құқықтық тәсілдерді негізсіз рецепциялауға тырысу сынға алынады.

Түйінді сөздер: акциялар (жарғы капиталындағы үлестер), корпорация, компания, корпоративті құқық, корпоративті басқару, коммандиттік серіктестік, көпшілік және жеке компаниялар, тәуелсіз директорлар, дербестікке тексеру, жауапкерлішігі шектеулі серіктестік, заңды тұлға.

Y. Sukhanov: Trends for corporate law development through the lens of Anglo-American and continental European Law.

The article deals with selected general trends for contemporary development of corporate law – new and so called mixed forms of business corporations, increasing of limited partnerships' role in the way of business, enhancement of corporate control, extension of influence of Anglo-American corporate law concepts. The Author stresses fundamental differences in legal status and types of corporations in European continental and Anglo-American law. He criticizes the unreasoned attempts to transplant Anglo-American approaches to European legal systems on the basis of law and economics theory.

Keywords: Shares, corporation, company, law of corporation, corporate governance, limited partnership, public and private company, independent directors, Solvency test, limited liability partnership (LLP), legal person.

¹¹Подробнее об этом см., например: Merkt H., Spindler G. Fallgruppen der Durchgriffshaftung und verwandte Rechtsfiguren // Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Sonderheft 17. Berlin, 2006. S. 247 - 248.

¹²Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. С. 59.