

Ответственность господствующего предприятия по обязательствам зависимого общества с ограниченной ответственностью по праву ФРГ

Нанаева Э. А.*

Российские юристы, исследовавшие проблемы гражданско-правовой ответственности основных обществ (товариществ) по долгам дочерних обществ, уже не раз обращали внимание на правовые положения германского Акционерного закона от 1965 г.¹, регулирующие так называемое «право концернов»². Однако малоизвестен тот факт, что в законодательстве Германии урегулирована только ответственность господствующего предприятия перед акционерными обществами как зависимыми предприятиями. В германском Законе об обществах с ограниченной ответственностью соответствующие нормы отсутствуют. Тем не менее право связанных предприятий в организационно-правовой форме обществ с ограниченной ответственностью существует.

И хотя разработка кодифицированного права концернов для данной организационно-правовой формы осталась на стадии проекта новеллы Закона об обществах с ограниченной ответственностью 1971/1973 гг. с предложениями по дополнению права концернов³, в литературе преобладает мнение о целесообразности отказа законодателя от кодификации права концернов для обществ с ограниченной ответственностью, дабы предоставить судебной практике и научной доктрине воз-

* Нанаева Этель Азизбековна — аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ.

¹ См. текст Акционерного закона ФРГ от 1965 г. (далее «АЗ ФРГ»), а также Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью в Книге 2 «Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах». М., 2005.

² Белоусов О.В. Правовые формы предпринимательских объединений по законодательству ФРГ и России. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; Иванов И.Л. Гражданско-правовая ответственность лиц, участвующих в управлении акционерным обществом, в праве России и Германии. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.

³ BT-Drucks. 6/3088 = 7/253 (цит. по: Habersack, M. in: Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 20).

можность разработать такие правила, которые бы наиболее полно отвечали потребностям участников таких отношений⁴.

Актуальность исследования видов ответственности господствующего предприятия по долгам дочернего общества с ограниченной ответственностью по праву Германии обусловлена тем, что анализ законодательного решения вопроса гражданско-правовой ответственности основного общества (товарищества) по обязательствам дочернего общества в российском праве вызывает, на наш взгляд, обоснованные сомнения со стороны отечественных правоведов⁵. В этой связи представляется необходимым исследовать опыт других стран, в частности опыт Германии, где «право концернов» не только кодифицировано, но и продолжает успешно развиваться благодаря научным разработкам и судебной практике. Судебная практика ФРГ в последнее время все больше выступает в качестве неофициального источника права.

В настоящей статье будет рассмотрена ответственность господствующего предприятия по долгам зависимых обществ с ограниченной ответственностью как в договорном концерне, так и при фактической зависимости, а также в так называемом «квалифицированном фактическом концерне».

I. Ответственность господствующего предприятия в договорном концерне

Правовые положения АЗ ФРГ в §§ 291-310 применяются в отношении дочерних обществ с ограниченной ответственностью только частично. Предпосылками применения §§ 291-310 АЗ являются, во-

⁴ Цит. по К. Шмидту, § 17 I. 1.: Попытки кодификации были предприняты в проектах Закона об обществах с ограниченной ответственностью 1969 и 1971/1973 гг. Комиссия предпринимательского права поставила вопрос о кодификации в 1980 г., в 1992 г. эта проблема обсуждалась на Немецком конгрессе юристов. По мнению профессора К. Шмидта, законодатель поступил правильно, не опередив развитие практики. Текст упомянутых проектов: BT-Drucks. 6/3088 = 7/253 (цит. по: Habersack, M. in: Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 20).

⁵ Например, Авилов Г.Е., Суханов Е.А. Юридические лица в современном российском гражданском праве. Вестник гражданского права. № 1. 2006. Том 6. С. 24. При этом указанные здесь авторы не видят в разработанной Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 г. (Закон. 2006. № 9. С. 15-31) адекватного решения данной проблемы, указывая в качестве аргумента на то, что в этой концепции отсутствует даже упоминание о необходимости развития регламентации взаимоотношений «материнских» и «дочерних» акционерных обществ (Авилов Г.Е., Суханов Е.А. Op. cit. Сноска 20).

первых, схожая ситуация в случае с акционерным обществом и обществом с ограниченной ответственностью и, во-вторых, отсутствие аспектов, специфичных именно для общества с ограниченной ответственностью и препятствующих применению по аналогии правил, изначально разработанных для акционерных обществ⁶.

Заключение договора о подчинении (§ 291 АЗ ФРГ) играет не меньшую роль, чем в акционерном договорном концерне. Если договор о подчинении с дочерним акционерным обществом в первую очередь ведет к возникновению у господствующего предприятия права давать указания правлению дочернего общества согласно § 308 абз. 1 АЗ ФРГ, то значение договора о подчинении с зависимым обществом с ограниченной ответственностью заключается в другом. В отличие от акционерного общества, в котором правление руководит обществом под свою собственную ответственность (§ 76 абз. 1 АЗ ФРГ) и не обязано выполнять чьи-либо указания, в обществе с ограниченной ответственностью участники имеют право давать указания управляющему согласно § 37 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью. Поэтому господствующее предприятие, уже являющееся участником общества с ограниченной ответственностью, с заключением договора о подчинении к уже имеющемуся праву давать указания управляющему как участник приобретает возможность давать невыгодные для зависимого предприятия указания, служащие интересам господствующего предприятия или связанных с обоими предприятиями других предприятий (§ 308 абз. 1 АЗ ФРГ)⁷. Кроме того, право давать указания переходит от всех участников к тому из них, кто является господствующим для общества предприятием⁸.

В случае коллизии права господствующего предприятия давать указания (§ 308 абз. 1 АЗ ФРГ) и такого права участников общества с ограниченной ответственностью согласно § 37 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью преимущество отдается первому праву, так как общее собрание участников необходимым большинством одобрило заключение договора о подчинении за исключением случаев, когда решение тех или иных вопросов относится к исключительной компетенции общего собрания участников⁹.

⁶ Emmerich/Sonnenschein/Habersack. Konzernrecht. 7. Auflage. München. 2001. § 32 II. 2. a. S. 480.

⁷ Emmerich/Sonnenschein/Habersack. Op. cit. § 32 II. 2. a. S. 481.

⁸ Op. cit.

⁹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack. Op. cit. § 32 III. 1. S. 491.

В отношении ответственности господствующего предприятия действуют те же правила, что и в случае с акционерным обществом в качестве зависимого предприятия: применяется § 302 АЗ ФРГ. § 302 абз. 1 АЗ ФРГ гласит: «Если имеется договор о подчинении или договор об отчислении прибыли, то другая сторона обязана компенсировать любой годовой убыток, который возникнет в период действия договора, если только этот убыток не возмещается путем изъятия из иных накоплений прибыли сумм, отчисленных в них в течение срока действия договора». То же относится и к положению § 303 АЗ ФРГ, направленному непосредственно на защиту кредиторов зависимого предприятия. Согласно § 303 абз. 1 АЗ ФРГ, при прекращении договора о подчинении или договора об отчислении прибыли господствующее предприятие должно предоставить обеспечение кредиторам зависимого предприятия, если кредиторы в течение шести месяцев после публикации записи о регистрации прекращения договора заявили о себе другой стороне с этой целью.

Несмотря на длительную практику применения по аналогии отдельных правовых положений Акционерного закона в отношении договорных концернов с участием общества с ограниченной ответственностью в качестве зависимого общества в литературе было высказано мнение, согласно которому §§ 302, 303 АЗ не подлежат применению в указанном случае¹⁰. В качестве обоснования данной позиции выдвигается, в частности, тезис об отсутствии оснований для применения данных норм по аналогии: между акционерным обществом и обществом с ограниченной ответственностью есть существенное различие в разграничении компетенции между органами: только акционерное общество имеет «автономный орган управления»¹¹, тогда как участники общества с ограниченной ответственностью могут оказывать непосредственное влияние на ведение дел общества управляющим посредством своего права давать указания (§§ 37 абз. 1, 45, 46 № 6 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью). В основе же § 302 АЗ ФРГ лежит принцип единства господства и ответственности: раз в силу § 308 абз. 1 АЗ ФРГ управление зависимым предприятием фактически переходит к господствующему предприятию,

¹⁰ Bitter, G. Das "TBB-Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzern. ZIP 2001, 265 ff. (271-272); также: Ehrlicke, U. Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz. S. 430 ff. и Kübler, Fr. FS-Heinsius. 1991. S. 397 (цит. по: Emmerich, V. in: Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rn. 25 Fn. 42.).

¹¹ Bitter, G. Op. cit. ZIP 2001, 265 ff. (270).

то последнее и должно нести ответственность¹². А поскольку участники общества с ограниченной ответственностью и до установления отношений зависимости имели право давать указания управляющему, то, следовательно, по мнению сторонников данной позиции, в силу различных исходных ситуаций в акционерном обществе и в обществе с ограниченной ответственностью применение § 302 АЗ ФРГ к договорному концерну с участием обществ (товариществ) в иной организационно-правовой форме по аналогии невозможно¹³.

На наш взгляд, нельзя согласиться с указанной точкой зрения. Законодатель намеренно сформулировал общие положения в §§ 15-19 АЗ ФРГ нейтрально по отношению к различным организационно-правовым формам. Поэтому путь к применению по аналогии некоторых норм кодифицированного права концернов в принципе открыт. Различие разграничения компетенций в акционерном обществе и обществе с ограниченной ответственностью хотя и является само по себе существенным, но не оправдывает различного решения вопроса об ответственности в договорном концерне, поскольку, во-первых, внутреннее распределение полномочий в обществе (товариществе) нерелевантно, когда речь идет о регулировании последствий влияния извне. Во-вторых, сторонники критикуемой здесь позиции нивелируют значение § 308 абз. 1 АЗ ФРГ в случае, если зависимым предприятием является общество с ограниченной ответственностью, когда заявляют, что переход полномочий не происходит. Как было упомянуто выше, несмотря на изначальное наличие у участников общества с ограниченной ответственностью права на дачу указаний, право на дачу указаний, возникающее в силу закона – § 308 абз. 1 АЗ ФРГ –

¹² Bitter, G. Op. cit. ZIP 2001, 265 ff. (271).

¹³ Данный вывод касается и товариществ, которые в праве Германии — в отличие от законодательного регулирования в России — могут быть дочерними компаниями. На наш взгляд, имеет место пробел в законодательстве России, который объясняется различным подходом при определении статуса материнской и дочерней компаний. В праве Германии решающим фактором является наличие специфических предпринимательских интересов вне конкретного общества (товарищества) у одного из его участников, в результате чего есть опасность того, что данный участник будет преследовать такие посторонние, чуждые данной компании интересы ей в ущерб (так называемый типичный для концерна конфликт интересов (“Konzernkonflikt”, “Konzerngefahr” — опасность концерна)). Однако различный подход не оправдывает того обстоятельства, что фактически один из участников, к примеру, российского полного товарищества может использовать свое влияние во вред товариществу с единственной целью поддержать другое общество (товарищество), в котором он также имеет (большую) долю участия, чем в полном товариществе.

у одного господствующего предприятия, одновременно являющегося одним из участников, возникает, во-первых, только у участника — господствующего предприятия, а во-вторых, позволяет давать указания, идущие вразрез с интересами зависимого общества.

В силу вышеназванных аргументов применение отдельных норм §§ 311-318 АЗ ФРГ по аналогии следует считать правильным.

II. Ответственность господствующего предприятия в фактическом концерне

В отсутствие законодательного регулирования вопрос о применении норм АЗ ФРГ по аналогии долгое время был и остается предметом обсуждения и неугасающего внимания со стороны немецких специалистов. Немаловажную, если не основную, роль в развитии принципов ответственности господствующего предприятия сыграл Верховный суд Германии по гражданским делам, а именно II Сенат, к чьей компетенции отнесены вопросы корпоративного права.

В отличие от договорного концерна, в фактическом концерне господствующее предприятие не имеет права давать указания в силу § 308 абз. 1 АЗ ФРГ. Кроме того, в отличие от акционерного фактического концерна здесь не подлежат применению и без того менее строгие по сравнению с §§ 57, 58 и 60 АЗ ФРГ правила о сохранении уставного капитала в обществе с ограниченной ответственностью (§§ 30, 31 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью)¹⁴.

Применение норм §§ 311-317 АЗ ФРГ по аналогии¹⁵ в отношении фактического концерна с участием общества с ограниченной ответственностью является спорным пунктом в германском праве. Против такого применения данных норм были выдвинуты существенные аргументы.

Так, противниками применения норм Акционерного закона было указано на то, что, поскольку §§ 312-315 и 318 АЗ ФРГ предполагают наличие независимого от указаний участников органа управления и обязательного совета директоров, которых в обществе с ограниченной ответственностью нет¹⁶, данные нормы, а, следовательно, и §§ 311 и 317 АЗ ФРГ не подлежат применению даже по аналогии¹⁷. Кроме

¹⁴ Bälz, U. Verbundene Unternehmen. AG 1992. S. 293.

¹⁵ См. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 29 III. 2. а. S. 446.

¹⁶ Управляющий обязан выполнять указания участников согласно § 37 Закона об ООО, который не предусматривает образование совета директоров.

¹⁷ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 29 III. 2.a. S. 446.

того, данные нормы, как отмечается сторонниками этого преобладающего в литературе мнения, не должны быть применены в целях превентивной защиты из-за так называемой привилегирующей функции § 311 АЗ ФРГ: эта норма фактически наделяет господствующее предприятие «привилегией» давать невыгодные для зависимого предприятия указания. Именно эту «привилегию» и не должно иметь господствующее предприятие, поскольку тогда оно будет поставлено перед выбором либо легитимировать свое влияние путем заключения договора о подчинении, либо отказаться от оказания влияния вообще¹⁸. Поэтому применению подлежат общие принципы и институты права обществ с ограниченной ответственностью, в частности принципы ответственности господствующего предприятия как участника общества в результате нарушения своей фидуциарной обязанности¹⁹.

Согласно противоположному мнению²⁰, структура общества с ограниченной ответственностью отнюдь не препятствует применению по аналогии правовых положений §§ 311, 317 АЗ ФРГ, которые единственные адекватно реагируют на данную ситуацию²¹. Кроме того, правила о сохранении уставного капитала согласно §§ 30, 31 Закона ФРГ об ООО не исключены, как это имеет место в договорном концерне (§ 291 абз. 3 АЗ ФРГ). Но основным аргументом выступает следующий: преобладающее мнение в литературе, представленное выше, предлагает применять вместо §§ 311, 317 АЗ ФРГ принципы фидуциарной обязанности, которую несут участники общества как по отношению друг к другу, так и по отношению к обществу. Однако права требования, возникающие в результате нарушения господствующим предприятием как участником зависимого общества своей фидуциарной обязанности, во-первых, принадлежат либо миноритарному участнику, но не обществу, либо обществу, которое — из-за сильного положения господствующего предприятия — не будет требовать от него возмещения убытков. Напротив, §§ 311, 317 АЗ ФРГ дают возможность зависимому обществу реализовать собственные права требования. Тем более что в отсутствие сторонних участников, т.е. в так называемом обществе одного лица, права требования в результате нарушения фидуциарной обязанности требовать никто осуществлять не будет²².

¹⁸ Schmidt, K. Gesellschaftsrecht. § 39 III. 2. b. S. 1218.

¹⁹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 30 II. 1. S. 449.

²⁰ Bälz, U. Verbundene Unternehmen. AG 1992, 293; Bruns, P. Op. cit. S. 1502

²¹ Bälz, U. Verbundene Unternehmen. AG 1992, 293-294.

²² Bälz, U. Verbundene Unternehmen. AG 1992, 293.

В пользу параллельного применения принципов ответственности в силу нарушения фидуциарной обязанности господствующего предприятия перед самим дочерним обществом свидетельствуют различные возможности, которые предоставляют механизмы §§ 311 и след. АЗ, с одной стороны, и признание фидуциарной обязанности господствующего предприятия перед дочерним обществом, с другой стороны. Так, нормы закона не защищают дочернее предприятие от мер по его реструктуризации, которые в конечном итоге способны нанести не меньший, если не больший вред, чем уменьшение его имущественной массы. Если господствующее предприятие само использовало шанс зависимого предприятия заключить удачную сделку, нарушив таким образом свою фидуциарную обязанность, то оно обязано передать зависимому предприятию полученную прибыль²³. Если нарушение законных интересов зависимого предприятия только предстоит, то оно вправе требовать от господствующего предприятия не предпринимать соответствующих действий²⁴. Примечательно, что в случае неправомерного присоединения зависимого предприятия к концерну господствующего, первое вправе требовать возвращения в исходное положение²⁵. Эти и другие требования могут быть предъявлены управлением зависимого предприятия.

Таким образом, при заключении договора о подчинении между господствующим предприятием (независимо от его организационно-правовой формы) и обществом с ограниченной ответственностью первое несет обязанность по возмещению годового дефицита последнего. В данном случае действуют также иные положения АЗ ФРГ, если их применимости не препятствуют особенности обществ с ограниченной ответственностью. Господствующее предприятие — в отличие от основного общества (товарищества) по праву России — не отвечает перед кредиторами по сделкам, заключенным зависимым предприятием²⁶. При фактической зависимости господствующее предприятие

²³ BGH WM 1978, 1205 (цит. по: Emmerich/Habersack/Sonnenschein. Op. cit. § 30 IV. 1. a) S. 456).

²⁴ Emmerich/Habersack/Sonnenschein. Op. cit. § 30 IV. 1. a) S. 457.

²⁵ Emmerich/Habersack/Sonnenschein, § 30 IV. 1. a) S. 457.

²⁶ Только в редких случаях такая ответственность непосредственно перед кредиторами дочернего общества может быть возложена на господствующее предприятие, если выполнены предпосылки применения так называемой доктрины «снятия корпоративной вуали». Рассмотрение этой доктрины выходит за рамки настоящей статьи и является предметом диссертационного исследования автора.

отвечает согласно §§ 311, 317 АЗ ФРГ по аналогии, а также согласно принципам ответственности в силу нарушения фидуциарных обязанностей участника зависимого предприятия.

III. Ответственность господствующего предприятия в «квалифицированном фактическом концерне»

Как было показано выше, в законодательстве Германии предусмотрены две модели ответственности материнской компании, причем выбор той или иной модели ответственности зависит от того, был ли заключен договор о подчинении (договорной концерн) или же отношения материнской и дочерней компаний ограничиваются тем, что материнская компания является владельцем акций или доли в уставном капитале дочерней компании (фактическая зависимость или фактический концерн²⁷). При этом регулирование ответственности в фактическом концерне (§§ 311-317 АЗ ФРГ) предполагает возможность определения, вычленения конкретной меры воздействия господствующего предприятия на зависимое, в результате которого зависимым предприятием было совершено то или иное невыгодное действие (бездействие) или невыгодная сделка. Только в этом случае возможна компенсация в отношении каждой отдельной меры воздействия.

Но существуют случаи, когда воздействие не поддается количественному определению, так что невозможно определить и размер подлежащей компенсации. Для таких случаев характерна особо высокая степень интенсивности влияния господствующего предприятия, которая типична для договорных концернов, в которых наличествует право на дачу указаний (§ 308 абз. 1 АЗ ФРГ). Такой случай получил название квалифицированного фактического концерна²⁸. Как научная доктрина, так и судебная практика²⁹ отреагировали на данный пробел законодательства практически единогласным решением применять не нормы о фактическом концерне, а положения о договорном концерне (§§ 291-

²⁷ Следует особо отметить, что для фактического концерна необязательно наличие предпосылок концерна в смысле § 18 АЗ, а достаточно простой зависимости в смысле § 17 АЗ, на что указывает также профессор Шмидт: Schmidt, K. Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik. JZ 1992, 856ff. (858). См.: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 31 I. 3. S. 465.

²⁸ Впервые понятие «квалифицированный фактический концерн» было использовано в 1972 г.: Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform Bd. II, 1972, S. 49ff. (Цит. по: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. § 28 I, S. 437.)

²⁹ BGHZ 95, 330, 343, 344 (цит. по: Bruns, P. Op. cit. S. 1502. Fn. 87.).

310 АЗ ФРГ), в частности § 302 АЗ ФРГ. Иначе господствующее предприятие, не заключившее договор о подчинении, оказалось бы в более привилегированном положении по сравнению с господствующим предприятием, заключившим такой договор и подпадающим, таким образом, под действие положений §§ 302 и след. АЗ ФРГ.

Однако неудовлетворенность в отношении как правового обоснования, так и отдельных вопросов применения разработанной формулы привела к тому, что судебная практика³⁰ отказалась от данной концепции ответственности и сменила ее на другую концепцию ответственности, которая некоторыми правоведами квалифицируется как разновидность ответственности в результате «снятия корпоративной вуали» («Durchgriffshaftung»)³¹. Новая концепция получила в немецком праве название «Existenzvernichtungshaftung» и означает ответственность за действия, направленные на уничтожение общества (также «Bestandshaftung»)³². При этом под уничтожением общества понимается доведение общества до состояния неплатежеспособности, так что оно более не в состоянии исполнить собственные обязательства.

Истцом в деле против членов органов управления обанкротившегося концерна «Bremer Vulkan» было Федеральное агентство по специальным делам, связанным с объединением Германии³³. Члены органов управления были привлечены к личной ответственности в результате растраты выделенных денежных средств, использованных не по целевому назначению.

Суд постановил, что основным средством защиты против злоупотреблений участников является соблюдение норм о сохранении уставного капитала в §§ 30, 31 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью, и только в случае, если данная мера не поможет, возможно привлечение к личной ответственности единственного участника общества с ограниченной ответственностью. В немецкой

³⁰ BGHZ 149, 10ff. = BGH ZIP 2001, 1874 («Bremer Vulkan») vom 17.9.2001.

³¹ Ответственность материнской компании в результате так называемого «снятия корпоративной вуали» является предметом отдельного рассмотрения в рамках диссертационного исследования автора.

³² До разработки новой концепции Верховный суд по гражданским делам в нескольких решениях изменял концепцию ответственности господствующего предприятия при квалифицированной фактической зависимости: дело «Autokran» (BGHZ 95, 330 ff.), дело «Tiefbau» (BGHZ 107, 7 ff.), дело «Video» (BGHZ 115, 187 ff.), дело «TBB» (BGHZ 122, 123 ff.). Рассмотрение этих решений выходит за рамки настоящей статьи и является предметом диссертационного исследования автора.

³³ Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben.

литературе спорным является вопрос, распространяется ли данная концепция ответственности исключительно на общества с ограниченной ответственностью с единственным участником или также на общества с несколькими участниками. В решении говорится об ответственности единственного участника, но не в качестве господствующего предприятия. Следовательно, к ответственности отныне могут быть привлечены не только так называемые «участники-предприниматели» (“Unternehmensgesellschafter”), владеющие долями участия в двух и более обществах (товариществах), но и участники, не имеющие долей участия в других компаниях (“Privatgesellschafter”). Круг ответственных лиц, таким образом, значительно расширился. В этой связи нельзя не согласиться с аргументом, что для кредиторов доведенного до состояния неплатежеспособности общества все равно, с какой целью участник общества совершил действия, приведшие к уничтожению общества: для финансирования частных целей или в интересах другого предприятия³⁴.

Верховный суд больше не опирается на нормы права концернов Акционерного закона, в том числе и на понятие господствующего предприятия только в отношении обществ с ограниченной ответственностью с единственным участником. Только в отношении таких обществ можно с уверенностью сказать, что Верховный суд отказался от фигуры квалифицированного фактического концерна или особой концепции ответственности по обязательствам общества с ограниченной ответственностью.

Следовательно, на наш взгляд, пока нельзя констатировать полный отказ судебной практики от применения правовых положений §§ 302, 303 и других АЗ ФРГ по аналогии в отношении так называемого квалифицированного концерна.

С другой стороны, данное решение суда не содержит каких-либо свидетельств того, что суд при разработке новой системы ответственности строго дифференцирует общества, состоящие из одного участника, и общества, состоящие из нескольких участников. Поэтому судьба квалифицированного фактического концерна, а точнее, вопрос применения норм Акционерного закона о договорном концерне, в частности §§ 302 и 303 АЗ ФРГ, еще не решена Верховным судом окончательно.

Некоторые немецкие правоведы указывали на нецелесообразность правил, разработанных в отношении ответственности в «квалифици-

³⁴ Hoffmann, J. Das GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer-Vulkan”-Urteil. NZG 2002, 70.

рованном фактическом концерне» или в отношении самой фигуры «квалифицированного фактического концерна», еще в период становления данной правовой фигуры³⁵, хотя преобладающее мнение в доктрине поначалу не было склонно ставить под вопрос целесообразность существования аналогии с законодательными правилами ответственности в договорном концерне.

Тем не менее после решения по делу “Bremer Vulkan” сформировавшееся в немецкой литературе преобладающее мнение склонно рассматривать как отжившую свой век многолетнюю практику применения норм Акционерного закона, регулирующих ответственность в договорном концерне (§§ 302, 303 АЗ ФРГ или «право договорного концерна»), по аналогии в отношении ситуаций, в которых, несмотря на отсутствие договора о подчинении, один правосубъект оказывает на предпринимательскую деятельность другого правосубъекта недопустимо сильное и интенсивное влияние («квалифицированный фактический концерн»), не поддающееся количественному определению и компенсации.

Однако данная позиция не убедительна. Во-первых, следует учитывать, что в состоянии фактической зависимости, квалифицированной особенно высокой, недопустимой с правовой точки зрения степенью влияния одного предприятия на другое, может оказаться не только общество с ограниченной ответственностью, но и акционерное обще-

³⁵ Altmeppen, H. Abschied vom “qualifizierten faktischen Konzern”. 1991. S. 73 ff. (цит. по: Hoffmann, J. Das GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer-Vulkan”-Urteil. NZG 2002, 69 Fn. 18).

³⁶ В литературе высказывается мнение, что такая защита может быть обеспечена миноритарным участникам благодаря признанным в немецком праве фидуциарным обязанностям участников по отношению друг к другу, в связи с чем решение по делу “Bremer Vulkan” следует распространить и на общества с несколькими участниками. (см. Hoffmann, J. Das GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer-Vulkan”-Urteil. NZG 2002, 72-73). В результате нарушения такой обязанности соблюдать интересы миноритарных участников на мажоритарного участника может быть возложена ответственность по возмещению причиненных убытков, при этом в случае уничтожения общества, т.е. доведения до банкротства, миноритарный участник вправе требовать компенсации стоимости своей доли участия на момент начала злоупотребляющего осуществления полномочий по управлению обществом с учетом возможного увеличения стоимости доли участия без такого злоупотребления. Однако, по сути, использование института фидуциарной обязанности было бы призвано заменить собой аналогичное применение § 302 АЗ ФРГ. В данном случае не убедительно прибегать к другим, не относящимся к праву концернов институтам права, только чтобы соответствовать избранной Верховным судом для обществ одного лица концепции ответственности.

ство. А решение суда касается исключительно единственного участника в обществе с ограниченной ответственностью. Во-вторых, судом не были и не могли быть учтены интересы миноритарных (сторонних) участников, чьи интересы наряду с интересами самого зависимого общества и его кредиторов также заслуживают защиты³⁶. Нельзя также не отметить, что применение норм Акционерного закона по аналогии в отношении ситуации, фактически равной той, что согласно § 308 абз. 1 АЗ ФРГ возможна только в случае легитимации посредством заключения договора о подчинении, все же ближе и понятней, нежели использование (более) общих принципов права как «снятие корпоративной вуали».

Поэтому, на наш взгляд, говорить об окончательном «прощании с квалифицированным фактическим концерном», а также о приближении системы ответственности к системе ответственности простого фактического концерна³⁷ преждевременно.

Основным вопросом, оставшимся (поначалу) открытым, был вопрос о теоретическом основании нового вида ответственности. Если ранее, согласно решению по делу «ТВВ», таким основанием были нормы Акционерного закона, а именно §§ 302-303 АЗ ФРГ и другие, то теперь привлечение к личной ответственности единственного участника, чей статус господствующего предприятия более не играл никакой роли, было обосновано судом как следствие уничтожающего общества как таковое вмешательства участника (“bestandsvernichtender Eingriff, existenzvernichtender Eingriff”). При этом таким вмешательством может быть как изъятие имущественных средств, так и лишение общества предпринимательских шансов³⁸. Другой предпосылкой ответственности является причинно-следственная связь между действием (бездействием) и уничтожением общества.

Наиболее убедительной, по мнению автора данной работы, является точка зрения, согласно которой теоретическим основанием данного вида ответственности является доктрина «снятия корпоративной вуали» (“Durchgriffshaftung”), причем в виде телеологической редукции § 13 II Закона об ООО, правовым следствием которой является ответственность участников согласно §§ 128, 129 Германского Торгового Уложения по аналогии³⁹. Только такой подход позволяет объяснить

³⁷ Так, например: Hoffmann, J. Das GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer-Vulkan”-Urteil. NZG 2002, 72.

³⁸ BGH Urt. vom 13.12.2004 — II ZR 206/02 = BGH NZG 2005, 177 ff. (178).

возложение ответственности на участника общества с ограниченной ответственностью непосредственно перед кредиторами (“Außenhaftung” как «внешняя ответственность»).

Данный подход был впоследствии подтвержден самим Верховным судом в решениях по аналогичным делам⁴⁰. Примечательно, что в данных решениях Верховный суд распространил действие новой концепции ответственности и на так называемых «косвенных участников», владеющих долями общества, которое является непосредственным участником дочерней компании. Суд особо обращает внимание на то, что в подобных случаях нельзя останавливаться на формально-юридической конструкции, а следует исходить из действительной возможности оказывать влияние.

Открытым пока остается вопрос о том, является ли вина (“Verschulden”) предпосылкой новой концепции ответственности⁴¹. В литературе высказывается мнение, что ввиду упоминания §§ 30, 31 Закона об ООО (правила о сохранении уставного капитала) следует исходить из того, что речь идет о безвиновной ответственности; при этом отмечается, что в силу господства объективного понятия неосторожности в немецком гражданском праве и предположения наличия вины в правовом регулировании нарушений обязательств спор по поводу данного признака не будет играть большой роли на практике⁴².

Несмотря на большую практическую значимость данной фигуры для обществ с ограниченной ответственностью, до недавнего времени считалось, что проблема квалифицированной фактической зависимости может возникнуть и в отношении акционерных обществ в качестве зависимых предприятий⁴³. Однако в связи с изложенным выше представляется, что решение по делу “Bremer Vulkan” не изменило ничего в отношении квалифицированного фактического акционерного концерна⁴⁴.

³⁹ Так, например: Hoffmann, J. Das GmbH-Konzernrecht nach dem “Bremer-Vulkan”-Urteil. NZG 2002, 71.

⁴⁰ BGH Urt. vom 13.12.2004 — II ZR 206/02 = BGH NZG 2005, 177; BGH Urt. vom 13.12.2004 — II ZR 256/02 = NZG 2005, 214 f.

⁴¹ Raiser, Th. Haftung einer Schwester für die Schulden einer anderen Schwester. FS-Ulmer. 2003. S. 493 ff. (503).

⁴² Raiser, Th. Op. cit.

⁴³ Eberl-Borges, Chr. Die Konzernhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht. In: Jura, 2002, S. 762, Fn. 16 m.w.N.; Schmidt, K. Gesellschaftsrecht. § 31 IV. 4. a. S. 967.

⁴⁴ Иначе: Hüffer U. Kommentar zum AktG, § 1 Rn. 26.

Правовые положения Акционерного закона ФРГ, направленные на регулирование групп связанных предприятий, не представляют собой комплексной регламентации. За кадром остались многие немаловажные вопросы, как, например, влияние факта группы на господствующее предприятие, его акционеров и кредиторов. Критике подвержено и то обстоятельство, что господствующее предприятие рассматривается законодателем как лицо, противопоставленное зависимому предприятию, тогда как оно является (в большинстве случаев) участником последнего.

Германский законодатель намеренно воздержался от непосредственного привлечения первого по долгам последнего во избежание факта игнорирования юридической обособленности самостоятельного юридического лица. Это связано не в последнюю очередь с тем значением, которое имеет институт юридического лица в праве ФРГ, а также с большим значением правовых положений, направленных на сохранение уставного капитала.

Что же касается новой концепции ответственности материнской компании перед дочерним обществом с ограниченной ответственностью в случаях так называемой «квалифицированной фактической зависимости», то необходимо отметить, что судебная практика предпочла типично германской модели ответственности, не знавшей ранее аналогов в праве других стран, модель ответственности, основанной на англо-американской доктрине «снятия корпоративной вуали». В этой связи небезынтересно также отметить, что во многих аспектах в европейском корпоративном праве наблюдается общая тенденция рецепции характерных для англо-американского права институтов и правил и вытеснение ими разработанных в рамках континентального права институтов и правил. В качестве примера можно привести постепенное изменение роли и значения уставного капитала. Так, немецкий законодатель планирует снизить размер уставного капитала общества с ограниченной ответственностью, составляющий на настоящий момент двадцать пять тысяч евро, до десяти тысяч евро⁴⁵. При этом

⁴⁵ См. Проект закона: Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). www.bmj.de. Среди уже опубликованных комментариев проекта и концепции защиты кредиторов объединений капиталов в немецком праве можно назвать следующие: Teichmann, Chr. Zur Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht. NJW 2006, 2444 ff. (2449-2450); Haas, U. Flankierende Maßnahmen für eine Reform des Gläubigerschutzes in der GmbH. NJW 2006, 505 ff.; Römermann, V. Der Entwurf des MoMiG – die deutsche Antwort auf die Limited. GmbHR 2006, 673 ff.

одним из факторов, послуживших импульсом как для реформирования правового регулирования формирования уставного капитала, так и, что справедливо, для пересмотра концепции защиты кредиторов, является судебная практика Европейского суда в отношении свободы перемещения компаний в Европейском союзе⁴⁶.

На примере вышеизложенного видно, что судебная практика сыграла важную роль при формировании существующих видов гражданско-правовой ответственности материнской компании в праве Германии, во многом способствовал становлению права концернов в целом. Официальная доктрина в праве Германии не рассматривает судебную практику в качестве одного из источников права. Тем не менее фактически суды осуществляют правотворческую деятельность по темам, не затронутым либо не до конца разработанным и урегулированным законодателем. Так, в отсутствие законодательного регулирования правовых отношений экономической зависимости обществ с ограниченной ответственностью от господствующих предприятий судебная практика, отчасти опираясь на положения Акционерного закона, сформировала право концернов обществ с ограниченной ответственностью (“GmbH-Konzernrecht”). Суды Германии вводили новые институты права, иногда на основе научных разработок немецких правоведов. В свое время так обстояло дело с признанием ответственности в результате совершения правонарушения в преддверии заключения договора — *culpa in contrahendo* — так называемой преддоговорной ответственности. Разработанная Верховным судом по гражданским делам доктрина «квалифицированного фактического концерна» была недавно отвергнута (на наш взгляд, лишь отчасти) тем же судом, который заменил ее так называемой ответственностью за доведение дочернего общества до гибели — “Existenzvernichtungshaftung”. По сути, суд, первоначально провозгласивший применение определенных положений Акционерного закона по аналогии в отношении не предусмотренных законодателем случаев квалифицированной фактической зависимости⁴⁷, обратился к общим основаниям ответственности, которая

⁴⁶ На это указывает профессор Хаас: Haas, U. “Flankierende Maßnahmen” für eine Reform des Gläubigerschutzes in der GmbH. NJW 2006, 505 ff.; См. судебные решения Европейского суда: “Centros”, от 9.3.1999 – C-212/97; “Überseering”, от 5.11.2002 — 208/00; “Inspire Art”, от 30.9.2003 – C-167/01.

⁴⁷ Напомним, что при такой квалифицированной фактической зависимости, несмотря на отсутствие договора о подчинении, имеет место равное по интенсивности влияние на дочернее общество, которое, как правило, недопустимо, но может быть легитимировано лишь посредством заключения договора о подчинении.

не обусловлена спецификой отношений материнской и дочерней компаний. Правотворческая функция Верховного суда ФРГ не оспаривается как таковая. В этой связи следует также отметить, что немецкие суды ведут постоянный диалог с наукой⁴⁸, что обеспечивает высокий уровень научной проработки тех или иных проблем.

Вопрос признания судебной практики в качестве одного из источников права не является новым для российской правовой действительности. Он был предметом обсуждения как на общетеоретическом уровне, применительно к источникам советского, а затем постсоветского российского права, так и на уровне отдельных дисциплин⁴⁹. Как и в советском праве, в праве современной России судебный прецедент формально не признается как источник российского права. Тем не менее исследователи отмечают изменение фактического отношения к судебной практике, роль которой на фоне возрастающей тенденции признания как источника российского права становится более значимой⁵⁰.

В российской правовой литературе существует точка зрения, согласно которой имеются правовые основания для признания судебной практики, а именно постановлений высших судебных инстанций, источником права⁵¹. Данный тезис обосновывается тем, что именно постановления высших судебных инстанций обеспечивают единообразие практики важнейших норм правовой системы⁵².

Согласно мнению других видных правоведов, не следует придавать судебной практике качество источника права⁵³: суть правосудия и всей судебной деятельности состоит в применении права, т.е. во властной (и общеобязательной) юридической квалификации (в оценке с точки зрения права — в его различении и соотношении с законом) определенного факта (действия, поведения, отношения и т.д.)⁵⁴. В основе

⁴⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht. § 2. I. 2. S. 31.

⁴⁹ Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 535.

⁵⁰ Марченко М.Н. *Op. cit.* С. 538; Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 34-36.

⁵¹ Цыганова Е.М. Судебная практика как источник права // Юридический мир. 2006. № 2; Обыденнов А.Н. Правоположения судебной практики // Журнал российского права. 2002. № 1; Рогожин Н.А. Судебная практика как источник правового регулирования предпринимательской деятельности // Юрист. 2003. № 10 (СПС «Консультант-Плюс»).

⁵² Цыганова Е.М. *Op. cit.*

⁵³ Нерсесянц С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107-109, 110.

⁵⁴ Нерсесянц С. *Op. cit.* С. 110.

такого подхода лежит различие легистского и юридического типа правопонимания⁵⁵. Если для первого типа правопонимания свойственно отождествление права и закона, понимание права как продукта государства, властная принудительность как единственная отличительная особенность права, то для юридического (или либертарно-юридического) типа понимания права, основанного на различении права и закона, характерно признание за правом собственного, т.е. независимого от воли законодателя и властной принудительной силы государственной власти специфического принципа — принципа формального равенства. Под принципом формального равенства понимается «триединство формального равенства субъектов права, свободы и справедливости»⁵⁶. По утверждению сторонников данной точки зрения, именно юридический тип понимания лежит в основе действующей Конституции РФ. Принцип разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную предполагает, что судебные акты имеют обязательную силу исключительно в качестве правоприменительных актов.

В качестве аргументов против признания судебного правотворчества можно привести как недостаток демократической легитимации, имеющейся у парламента, так и противоречие с принципом разделения власти.

С аргументом второй точки зрения, согласно которому признание и соответственно непризнание за судебной практикой правотворческих полномочий отражают различные типы правопонимания, нельзя не согласиться. Однако это согласие, по нашему мнению, предполагает существование таких законодательных актов и правового регулирования общественных отношений, которые бы не оставляли открытых, спорных вопросов, требующих ответа и нуждающихся в дальнейшей разработке. Ввиду многообразия общественных отношений, сопутствующих обстоятельствам, постоянно меняющейся обстановки и ситуаций, баланса интересов лиц, являющихся адресатами правовых норм, нельзя ожидать от законодателя таких законов, которые бы ограничили роль судов исключительно толкованием и применением права. Примечательно в этой связи, что, например, немецкий законодатель зачастую сознательно отступает от правовой регламентации тех или иных правоотношений (как это произошло с правом концернов, в которых дочерним предприятием является общество с ограниченной ответствен-

⁵⁵ См.: Нерсесянц С. *Философия права*. М., 2000. С. 17-20, 24-26.

⁵⁶ Нерсесянц С. *У российских судов нет правотворческих полномочий*. С. 109.

ностью), доверяя дальнейшее развитие и регулирование судебной практике. Более того, на настоящий момент, к сожалению, к названным факторам, как правило, неизменно сопровождающим принятие законов, следует причислить и то обстоятельство, что российское законодательное регулирование во многих случаях не предоставляет той степени защиты прав и зачастую не достигает необходимой степени эффективности⁵⁷, при которых роль судов могла бы быть ограничена правоприменительной деятельностью. Примером тому служит правовая регламентация гражданско-правовой ответственности основного общества согласно ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ⁵⁸. Все это свидетельствует скорее в пользу признания, по крайней мере за актами высших судов, статуса источников права, однако при условии, что речь идет о пробелах законодательства, а суды в своих решениях и постановлениях руководствуются общими принципами права. Следствием обратного подхода было бы лишение того или иного лица правовой защиты, гарантируемой ему Конституцией РФ. Согласно ст. 46 части 1 Конституции РФ, каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Суды не могут отказать в судебной защите в силу отсутствия правовой регламентации. В праве Германии принцип всеобъемлющей гарантии судебной защиты закреплен в ст. 19 абзаце IV в сочетании со ст. 2 абзацем III, ст. 97 абзацем I Основного закона ФРГ.

⁵⁷ Об оценке эффективности правовых норм см.: Кузнецова О.А. Пороки правовой нормы: «Диагностика» и предупреждение // Журнал российского права. 2005. № 3 (СПС Консультант-Плюс).

⁵⁸ В редакции от 05.02.2007.

Liability of Parent Companies on the Obligations of Subsidiary Limited Liability Companies in the German Law (Summary)

*Etel A. Nanaeva**

The German law on groups of companies has often been credited for its differentiated approach to concepts of liability within corporate groups. The relevant provisions of the German Stock Corporation Act of 1965 devise two categories of corporate groups — contractual and factual corporate groups — and apply different liability schemes to each of them. This Article explores some of the most important aspects of liability strategies within corporate groups in which the controlled subsidiary is not a stock corporation but a limited liability company. Part I and Part II summarize the principles of liability in the contractual and factual corporate groups respectively. The significant role of the German courts cannot be underestimated although court decisions are not officially acknowledged as a source of law. Part III analyzes the development of a separate legal doctrine and the change of liability strategy in the so called “qualified factual corporate group” since the recent decision of the Federal Supreme Court is considered to be either the abandonment of the elaborated doctrine and a sign of a new era of liability or just a modification of this doctrine regarding the liability of the only shareholder of the limited liability company. Taking into account some deficiencies of Russian statutory framework regulating the liability of parent companies, judicial decisions should be acknowledged as a further source of law provided that certain requirements are fulfilled.

* Etel A. Nanaeva – post-graduate student of the Chair of International Private and Civil law, MGIMO-University MFA Russia.