

Е. А. Суханов

Московский государственный университет

РОЛЬ УСТАВНОГО КАПИТАЛА В КОРПОРАЦИЯХ*

Традиционный, или «консервативный» (европейский), подход к уставному капиталу

Уставный капитал выражает самую сущность юридического лица как «персонифицированного имущества» – закрывая личное имущество учредителей / участников от требований третьих лиц (кредиторов), юридическое лицо должно одновременно предоставлять им и возможности для удовлетворения их имущественных требований, иначе с таким субъектом гражданского оборота невозможно иметь дело.

Поэтому континентальная правовая традиция исходит из того, что «тот, кто не вносит в создаваемую корпорацию минимальный капитал, по существу, учреждает ее за счет кредиторов, а тот, кто не хочет вносить в ее капитал денежные средства, учреждает ее, как минимум, опасной для кредиторов», а попытки «занизить» его говорят либо о неплатежеспособности компании, либо о злоупотреблениях ее менеджмента (и / или участников / учредителей).

Отсюда – традиционно разный подход любого квалифицированного законодателя к «хозяйственным товариществам» («объединениям лиц», «партнерствам»), в которых сохраняется полная ответственность участников их личным имуществом по общим долгам, и к «хозяйственным обществам» («объединениям капиталов», компаниям, или business corporation), участники которых рискуют только утратой своих вкладов в имущество юридического лица: их «огра-

ниченная ответственность имеет свою цену» в виде обязательных требований к составу вкладов в имущество корпорации, поддержанию его на определенном уровне, соблюдению обязательных предписаний относительно защиты интересов кредиторов и мелких «вкладчиков», публичности ведения дел и пр.

Создание и функционирование товариществ стимулируется путем предоставления им:

- 1) значительных налоговых льгот;
- 2) отсутствия требований к минимальному уставному капиталу;
- 3) возможности самостоятельно определять внутреннюю структуру управления (организацию ведения общих дел).

«Общества» (корпорации), напротив, лишены каких-либо налоговых льгот и обязаны иметь императивно определенный законом уставный («твердый») капитал и предусмотренную законом структуру управления.

В результате этого «хозяйственные общества» (акционерные и с ограниченной ответственностью) в Германии и Австрии составляют примерно 15 % от общего числа предпринимателей (основная их часть – индивидуальные предприниматели и полные и командитные товарищества), в США корпорации составляют лишь около 20 % от общего числа предпринимателей (хотя здесь на их долю приходится более 80 % торгового оборота), и лишь во Франции и Великобритании – около половины (соответственно 43 и 58 %), тогда как в России

* Доклад проф. Е. А. Суханова на научно-практической конференции «Проблемы модернизации гражданского права: реформа законодательства о юридических лицах» (Новосибирск, 26 апреля 2012 г.).

3,2 млн хозяйственных обществ «противостоят» примерно 1 200 хозяйственных товариществ.

Стремление предпринимателей к ограничению или исключению ответственности при сохранении свободы организации общего бизнеса и получении налоговых льгот также вполне оправдано, но в развитых правовых системах оно достигается с помощью различных модификаций юридической конструкции коммандиты (в Европе коммандитарием становится юридическое лицо, а в США в 90-е гг. прошлого века появляются limited liability partnership (LLP) – коммандиты без коммандитария, но с ответственностью участников, как минимум, по долгам, вызванным их собственными действиями).

В России же в отсутствие каких бы то ни было налоговых льгот теперь начнут появляться «хозяйственные партнерства» без уставного капитала, но с секретным «соглашением об управлении партнерством», определяющим как реальную структуру его управления, так и роль в нем любых третьих лиц, не являющихся его участниками.

Для чего «хозяйственному обществу» необходим уставный капитал?

Во-первых, он создает «порог серьезности» (*Seriositätsschwelle*), позволявший «отсекать» от создания компаний лиц, которые не хотели или были не в состоянии внести минимальный капитал, хотя бы отчасти препятствуя этим «легкомысленному или мошенническому учреждению» компаний.

Континентальный «принцип твердого (уставного) капитала» проистекает из давних традиций европейского торгового сословия с присущими ему «принципом осторожности» и «положением уважаемого купца», составляя важную «часть континентальной правовой культуры», иногда рассматриваемую даже в качестве «культурного достижения первостепенного значения». Очевидно и то, что обычный «инвестор» не станет финансировать деятельность компании, в которую сами ее учредители (участники) не вложили никаких средств.

Необходимость учредителей / участников корпораций делать реальные имущественные вклады в уставный капитал и тем самым брать на себя некоторую часть предпринимательского риска придает идее

уставного капитала «воспитательную функцию, содействующую осуществлению хозяйственной деятельности с сознанием ответственности за ее результаты (*verantwortungsbewusste Wirtschaften*)», как было сказано в официальном обосновании изменений германского Закона об обществах с ограниченной ответственностью в 1980 г. В силу этого наличие уставного капитала подтверждает соблюдение «требования солидного ведения предпринимательской деятельности» (*ein Gebot solider Unternehmensführung*), побуждая учредителей корпорации наделить ее минимальным собственным капиталом и публично обозначить его размер в уставе.

Во-вторых, он обеспечивает определенную защиту кредиторов путем установления законодательных требований к размеру уставного капитала, его увеличению и уменьшению, порядку оценки неденежных вкладов, а также запретами необоснованных выплат участникам общества и приобретения обществом собственных долей (акций).

В-третьих, система «твердого капитала» в корпоративном праве континентальных европейских стран традиционно рассматривается как «ключ» к распределению правомочий (компетенции) внутри компании, определяющий структуру внутрикорпоративного управления. Так, необходимость контроля за размером (состоянием) капитала корпорации предопределяет ряд важнейших правомочий общего собрания, а в странах германской правовой системы – еще и создание наблюдательного совета.

Более того, установление в интересах «миноритариев» правил о компетенции и порядке созыва общего собрания (а в странах с германской системой корпоративного права – введением в структуру управления наблюдательных советов), а также права участников общества на информацию, в том числе о серьезных убытках, на преимущественную покупку акций (долей) при увеличении уставного капитала, на оспаривание решений общего собрания и т. п. позволяет, в-четвертых, говорить о гарантиях интересов «миноритарных участников».

В частности, вклады участников корпорации, составляющие ее уставный (твердый) капитал, четко отличаются от ее прибыли (дохода) и не распределяются между участниками, что препятствует созданию «финансовых пирамид» путем привлечения

все новых «вкладов» и «вкладчиков» (явление, известное в корпоративном праве как *Agiotage* или *Agio*), что, в конечном счете, служит защите интересов этих последних.

В-пятых, при создании корпорации уставный капитал поддерживает ее деятельность и препятствует «соскальзыванию» в банкротство, а при ее дальнейшем функционировании он играет роль «сигнальной лампочки», «загорающейся» при ухудшении экономического состояния общества и свидетельствующей о необходимости соответствующих дополнительных действий со стороны его менеджмента и участников.

При этом никто никогда не утверждал, что такой капитал, который, разумеется, подвержен различным рискам так же, как и всякое имущество, участвующее в предпринимательском обороте, сам по себе обеспечивает защиту от банкротства и гарантирует полное удовлетворение требований всех кредиторов.

В-шестых, в развитых правовых системах «твердый капитал» выполняет защитную функцию даже в отношении менеджмента и контролирующих участников корпораций, которые находятся в ликвидации или в банкротстве: при строгом соблюдении ими всех требований в отношении формирования и сохранения такого капитала исключается их дополнительная ответственность перед кредиторами собственным имуществом и никто не сможет потребовать от них «участия в формировании конкурсной массы» в силу общего принципа «риск несут кредиторы».

Наконец, в-седьмых, традиционное и существенное различие в размерах минимального уставного капитала для акционерных обществ и для возникших исторически гораздо позднее обществ с ограниченной ответственностью позволяет переводить мелкий и средний бизнес из акционерной формы в форму компаний с ограниченной ответственностью.

Таким образом, минимальный уставный капитал выполняет целый ряд важных функций, направленных на обеспечение нормальной предпринимательской деятельности (разумеется, при том неслучайном условии, что посвященные ему правовые нормы действуют в общей системе законодательства, будучи согласованными с правилами о несостоятельности, положе-

ниями законодательства об учете и отчетности (аудите) и т. п.).

Поэтому требование его отмены как заведомо недостаточного, например, для защиты кредиторов, в германской литературе подверглось язвительной критике: оно приравнивалось к совету человека, который, увидев спортсмена, бегавшего по снегу и в мороз в купальном костюме, предложил снять и его, «поскольку он все равно не согревает». На Второй общегерманской конференции по правовым проблемам несостоятельности была отмечена «логическая ошибочность» названного требования, ибо в действительности из него вытекает необходимость *повышения*, а вовсе не отмены минимального уставного капитала.

Ни в одном из современных европейских правовых систем, а также в актах Евросоюза не подвергается сомнению необходимость законодательного закрепления значительного по размеру минимального уставного капитала для акционерных обществ (в частности, по английскому праву он составляет 50 тыс. фунтов стерлингов), причем в уставах конкретных акционерных обществ он почти всегда превышает.

Современная европейская доктрина исходит из того, что минимальный уставный капитал составляет лишь часть (и, как теперь выясняется, не всегда обязательную) общей концепции «твердого капитала», наряду с требованиями о вкладах в капитал и их денежной оценке, о поддержании его размера на необходимом уровне и о возможностях и последствиях его повышения или понижения.

Требование минимального уставного капитала было введено в качестве дополнения к исторически более раннему требованию минимального размера вклада одного участника и минимального количества участников общества (компаний), до сих пор сохранившегося в ряде западноевропейских правовых систем.

Например, в Швейцарии требование минимального капитала общества с ограниченной ответственностью – не менее 20 тыс. франков – традиционно сопровождается требованием о том, что номинальная стоимость одной доли в его уставном капитале должна быть не менее 100 франков, а минимальная номинальная стоимость 1 акции должна быть не менее 1 сантима (при минимальном капитале акционерного общест-

ва не менее 100 тыс. франков). Даже в Англии, допустившей создание «частных компаний с ограниченной ответственностью» (*private limited company, Ltd.* – аналог континентальных ООО) с уставным капиталом в 1 фунт стерлингов, по давней традиции они и в настоящее время обычно создаются с капиталом в 100 фунтов стерлингов разделенным на 100 долей по 1 фунту стерлингов каждая (иногда утверждается, что такой капитал имеют до 80 % современных английских «*limited*»). Очевидно, что в период зарождения и первоначального действия этой традиции в XIX в. речь шла о весьма значительной сумме, лишь впоследствии резко обесценившейся.

Необязательность минимального уставного капитала при сохранении общего требования «твердого капитала» в последние годы продемонстрировало французское право. Закон от 1 августа 2003 г. впервые в континентальной Европе снял законодательное требование минимального уставного капитала для ООО, но одновременно сохранил требования к составу, порядку увеличения и уменьшения их капитала и долей их участников. Теоретически во Франции появилась возможность создать ООО с уставным капиталом даже менее 1 евро: согласно буквальному тексту закона, единственным ограничителем является стоимость каждой из его долей, которая должна быть не менее 1 евроцента.

Однако на практике, согласно статистике парижского торгового суда, из примерно 3 тыс. ежемесячно создаваемых ООО свободу определения размера уставного капитала используют лишь менее $\frac{1}{5}$ (560). При этом он хотя и формируется в размере, меньшем традиционных 7 500 евро, но его средний размер составляет 3 тыс. евро и *никогда* – 1 евро, а большинство учредителей после создания ООО значительно повышает первоначально объявленный размер капитала. Важным стимулом для этого служит негативное отношение судебной практики к недостаточному капиталу мелких и средних компаний, обычно рассматриваемому в качестве нарушения обязанностей добросовестного ведения дел и основания для удовлетворения в процессе банкротства иска к руководству общества со стороны представителя кредиторов, ликвидатора и / или прокуратуры о полном или частичном удовлетворении требований креди-

торов за счет личного имущества управляющих или участников общества.

В Германии с 2008 г. возможно создание «предпринимательского общества с ограниченной ответственностью», минимальный уставный капитал которого может быть «менее 25 тыс. евро» (т. е. до 1 евро включительно). Но при этом необходимо, во-первых, иметь обязательный резерв в размере 25 % годовой прибыли (дохода), используемый исключительно на увеличение уставного капитала до достижения им 25 тыс. евро; во-вторых, до этого момента его учредители / участники несут неограниченную личную ответственность по долгам компании.

Таким образом, в действительности все европейские правовые порядки придерживаются системы «твердого капитала»; более того, фактически требование минимального уставного капитала в них либо косвенно вытекает из законодательных предписаний, либо обеспечивается контролем публичной власти за способностью капитала реализовывать указанную в учредительных документах цель деятельности. В правовых порядках, формально не основанных на системе «твердого капитала», установлены обязательные требования к вкладам участников корпораций, также выполняющие защитные функции.

Американская, или «либеральная», система регулирования правового режима имущества корпораций

В американском корпоративном праве отказ от уставного капитала компаний последовал в 1979 г., при подготовке изменений в Модельный закон о коммерческих корпорациях 1946 г., опубликованных в 1984 г. в виде «модернизированного» Модельного закона о коммерческих корпорациях (*Revised Model Business Corporation Act – RMBCA*).

Любопытно, что этот «модельный закон» готовился и изменялся не Национальной конференцией разработчиков единообразного права штатов (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), а Американской ассоциацией адвокатов (*American Bar Association*), и потому формально не считается «единообразным правом» (*uniform law*) рекомендательного характера, хо-

тя фактически и выполняет аналогичные функции.

Законодательство большинства штатов восприняло все основные положения *RMBCA*, которые и составляют основу предложений об отмене уставного (твердого) капитала. В американской литературе он рассматривается как «пережиток» или «ненужный остаток» экономики XIX в., который необходимо заменить «договорным» обеспечением, самостоятельно получаемым контрагентами корпорации.

Основной задачей капитала корпорации здесь считается ограничение возможностей «распределения имущества» корпорации между ее членами с целью его сохранения для случаев несостоятельности. При этом в американском праве неплатежеспособность (*insolvency*) не влечет обязанности открывать конкурсную процедуру, что отличает эту категорию от собственно банкротства – *bankruptcy*.

С этой целью используется «критерий состоятельности» (*Solvency test*), при отсутствии которого корпорациям запрещено «распределение имущества» между участниками. Законом он сформулирован как «двухступенчатый»:

1) первую «ступень» составляет «тест на ликвидность», или проверка «добросовестной неплатежеспособности» (*equity insolvency test*), который должен гарантировать, что после такого «распределения» компания при обычном течении дел будет по-прежнему в состоянии в срок платить по своим обязательствам. Последствием его несоблюдения становится «добросовестная неплатежеспособность» (*equitable insolvency*), при которой отсутствует необходимость прибегать к конкурсной процедуре, но возможна ликвидация компании;

2) вторую ступень составляет «балансовый тест» (*balance sheet test*), в результате которого компания должна гарантировать, что общая сумма ее активов покрывает общую сумму ее долгов. Последствием его нарушения становится «банкротная неплатежеспособность» (*bankruptcy insolvency*), связанная с необходимостью проведения конкурсной процедуры.

Это различие важно для директоров («менеджмента») компании, которые могут быть привлечены к дополнительной личной имущественной (а в ряде случаев – админи-

стративной и даже уголовной) ответственности за ненадлежащее ведение ее дел:

- в первом случае речь идет о необходимости проявления директорами обычной заботливости;
- во втором – о необходимости использования надежного критерия для проверки состоятельности компании, чтобы обезопасить себя от возможных требований кредиторов.

Поэтому здесь важную роль играет, с одной стороны, способ оценки активов компании (*RMBCA* допускает применение «любых разумных методов» такой оценки), а с другой – право кредиторов на оспаривание любых действий компании, *объективно* ведущих к появлению у них убытков (для них Модельным законом 1984 г. предусмотрен особый иск, являющийся разновидностью известного «Паулианова иска»).

В связи с этим главной задачей «корпоративного менеджмента» здесь становится предотвращение неплатежеспособности компании, в случае которой только и появляется защита кредиторов («система последующего контроля»), в отличие от континентальной концепции «твердого капитала», олицетворяющей «систему предварительного контроля».

Деятельность директоров (управляющих – корпоративного менеджмента) в американском корпоративном праве во многом определяется *business judgment rule* («внутренними регламентами»). Бремя доказывания предполагаемых нарушений директорами их обязанностей по заботливому ведению дел корпорации возлагается на истца, а директора доказывают соблюдение названных правил (содержание которых неизвестно третьим лицам). Поэтому в американской судебной практике иски к директорам о нарушении названной обязанности достаточно редко предъявляются кредиторами; гораздо более распространены иски участников корпораций к их менеджменту о нарушении «обязанности соблюдать лояльность» по отношению к компании.

Все это ведет к преимущественной защите корпоративным правом интересов участников корпорации, а не ее кредиторов, которые защищаются другими отраслями законодательства (договорным, деликтным, трудовым, законодательством о несостоя-

тельности и банкротстве, о рынке ценных бумаг и др.).

На практике обеспечение своих требований получают в основном экономически сильные кредиторы, например, банки, предоставляющие кредит, или крупные поставщики либо покупатели товаров, что ухудшает положение более слабых кредиторов (например, граждан-потребителей и наемных работников компании), не говоря уже о требованиях из деликтов, которые невозможно заранее обеспечить, а также о требованиях налоговых органов.

Система «последующего контроля» и ответственности директоров компании нуждается в серьезном «юридическом сопровождении» и в силу этого неизбежно связана с большими судебными издержками (не случайно на европейском континенте расходы на правовую помощь являются несопоставимо более низкими, чем *legal costs* в США).

Поэтому-то она активно поддерживается не столько крупным бизнесом, лишь формально не заинтересованным в «транзакционных издержках» по формированию и поддержанию «твердого капитала», сколько выражающими его и свои собственные интересы «корпоративными юристами». К этому добавляются расходы по страхованию ответственности менеджмента, которые также вынуждена нести компания.

В результате такие постоянные расходы корпорации, неизбежно возникающие при системе «последующего контроля», обычно значительно превышают ее возможные разовые расходы, необходимые при системе «предварительного контроля» (минимальный уставный капитал, расходы на регистрацию компании и независимую оценку неденежных вкладов), т. е. обеспечивают не снижение, а рост «транзакционных издержек», не предоставляя взамен никаких особых преимуществ.

Кроме того, американские суды гораздо чаще европейских прибегают к процедуре «прокалывания корпоративной маски» (*piercing of corporate veil*), привлекая к ответственности перед кредиторами и миноритариями корпораций их менеджмент и контролирующих участников (в судебной практике США ежегодно имеет место до четырех тысяч подобных случаев), поскольку с позиций «прагматического реализма» «отрыв» корпорации от ее участ-

ников рассматривается как простая фикция (хотя и здесь «снятие корпоративной маски» в целом представляет собой скорее исключение, чем правило).

Следует также отметить наличие в отдельных американских штатах (Калифорния, Аляска) гораздо более строгих, чем даже европейские, правил относительно обязанности компаний сохранять определенный объем собственного имущества при его частичном «распределении» между участниками.

Так, нормы Корпоративного кодекса Калифорнии 1975 г. требуют, чтобы *после* любого «распределения» имущества корпорации между ее участниками (включая «невыплаченную прибыль») соотношение ее активов и долгов составляло бы минимум 5 к 4, причем все «краткосрочные обязательства» компании должны быть либо полностью покрыты стоимостью ее оборотных средств, либо их соотношение также должно составлять минимум 5 к 4. При этом названные правила ориентируются на достаточно жесткие Общепризнанные принципы отчетности (*Generally Accepted Accounting Principles – GAAP*), исключая, например, учет и оценку таких активов, как «клиента» (*Goodwill*).

Европейская дискуссия об уставном капитале корпораций

При присоединении к Евросоюзу (ранее – ЕЭС) Великобритании и Ирландии, корпоративное право которых отвергало континентальную систему «твердого капитала», возникло серьезное противоречие в содержании отдельных национальных правовых порядков. Попыткой снятия различий стало принятие Евросоюзом (ЕЭС) в 1976 г. Второй директивы о «твердом капитале», распространившей свое действие только на акционерные общества.

Из-под ее действия были выведены континентальные общества с ограниченной ответственностью и их английский аналог в виде *private limited company*. Поэтому Великобритания и Ирландия реформировали только нормы о капитале «публичных компаний» (*public company*, т. е. акционерных обществ в европейском понимании), для которых было введено требование минимального уставного капитала, но оставили в неприкосновенности имущественный режим

«частных компаний» (*private company*). (В англо-американском праве акции АО и доли в ООО обозначаются единым термином *share*, что влечет отсутствие принципиальных отличий в статусе АО и ООО; это деление корпораций предлагается теперь и в российское право.)

Сомнения в целесообразности «твердого капитала», не обеспечивающего «полную защиту» интересов кредиторов и не гарантирующих компании от банкротства, и возможность перехода к «альтернативным способам защиты интересов кредиторов» впервые возникли в Комиссии ЕС еще в 2001 г.

Вопрос был передан на рассмотрение «Экспертной группы высокого уровня в области корпоративного права» («группы Винтера»). Это группа в своем докладе 2002 г., основанном на положениях американского *RMBCA* 1984 г., указала, что минимальный уставный капитал в современных условиях является не более чем «проверкой на серьезность» при создании компании и не способен выполнять защитную функцию в отношении ее кредиторов, хотя и не создает особых препятствий для предпринимательства. Поэтому законодательные требования к такому капиталу можно сохранить, но не следует ужесточать.

Но одновременно был сделан общий вывод о том, что для Европы необходимо создать новую, «альтернативную концепцию защиты капитала компаний», ориентированную на американские правила, с чем по существу согласилась и Комиссия ЕС в решении от 21 мая 2003 г., признавшая возможной замену «твердого капитала» системой иных, «альтернативных способов защиты» интересов кредиторов.

В апреле 2003 г. британским Советом по стандартам отчетности и Центром корпоративного права Британского института международного и сравнительного права была сформирована группа под руководством Джонатана Рикфорда (*Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, состоявшая как из ученых и практиков, так и из представителей английских министерств и предпринимательских объединений).

В докладе, опубликованном в 2004 г., группа Рикфорда обосновывала требование об отмене Второй директивы и предусмотренной ею системы «твердого капитала» для акционерных обществ как

«чрезмерного», или «избыточного», и предложила заменить европейскую систему «твердого капитала» более эффективными и «дешевыми» способами, прежде всего в виде «системы последующего контроля», ключевым звеном которой должна была стать публичная «проверка состоятельности» компании – известный *Solvency test*. При этом речь шла о его упрощенном варианте, принятом в новозеландском Законе о компаниях 1983 г.:

а) «ориентированный на будущее время ликвидационный тест»;

б) «ориентированный на прошедшее время балансовый тест», который лишь «дополняет» первый тест, допуская «распределение имущества» даже при отсутствии полного «покрытия» обязательств компании ее активами, т. е. еще более либеральный подход, нежели закрепленный американским правом.

Выводы группы Рикфорда были поддержаны правительством Великобритании, которое настоятельно потребовало от Европейской Комиссии ответа на данную инициативу.

С иной позиции выступила рабочая группа «Капитал в Европе» Центра европейского экономического права, созданная германскими специалистами по корпоративному праву с участием других европейских ученых в этой области (из Франции, Австрии, Испании, Италии, Нидерландов, Польши) во главе с известным профессором Боннского университета Маркусом Луттером.

Группа Луттера поставила под сомнение предложения группы Рикфорда относительно «теста на состоятельность»: с одной стороны, этим открывается возможность свободного распределения (выплаты) вкладов участников и создания «ажиотажа» («финансовых пирамид»), а с другой – не предполагается проведение данного «теста» независимым аудитором.

В результате единственным последствием необоснованности результатов *Solvency test* становится личная ответственность осуществившего его менеджмента и обязанность участников корпорации по возврату неправомерно полученного имущества. Альтернативой этой ситуации становится либо дорогостоящее страхование ответственности управляющих компанией, либо привлечение для проведения «теста на

состоятельность» профессиональных оценщиков. И в том и в другом случае денежные и временные затраты заведомо превысят расходы, требуемые «системой твердого капитала».

Было также отмечено, что «система последующего контроля», нацеленная на ситуацию несостоятельности (банкротства) корпорации и связанная с установлением дополнительной ответственности перед кредиторами как ее «корпоративного менеджмента», так и участников, неизбежно подталкивает судебную практику к необходимости «проникновения за корпоративные покровы», т. е., по сути, означает отказ от самой конструкции юридического лица. Иначе говоря, привлекательная возможность создания корпорации-«пустышки» неизбежно оборачивается против своих учредителей (участников), подтверждая невозможность создания и функционирования юридического лица без уставного капитала.

Группой Луттера было обращено внимание и на то, что возможность выплат дивидендов (или иного распределения имущества компании между ее участниками), допускаемая американским корпоративным правом только при превышении, или «избытке» стоимости имеющегося капитала, даже в штатах Делавэр и Нью-Йорк, где зарегистрировано большинство американских корпораций, дополняется обязательным «критерием превышения» имущества компании над ее обязательствами, основанном на понятии «зафиксированного капитала» (*stated capital*), который представляет собой стоимость активов компании за вычетом ее долгов и «фиксированного капитала», что принципиально ничем не отличается от требования минимального уставного капитала.

Однако по своей практической эффективности «критерий фактического превышения» имущества явно уступает европейским правилам о поддержании размера уставного (твердого) капитала, поскольку размер «фиксированного капитала», его оценка и изменения определяются исключительно по усмотрению совета директоров корпорации, а «тест на состоятельность» отнюдь не требует, чтобы размер «нетто-имущества» компании после распределения между ее участниками «превышал ноль» (не допускается лишь отрицательная величина).

Поэтому, даже по словам американских комментаторов, вся эта система напоминает «швейцарский сыр, состоящий главным образом из дырок», тогда как европейская концепция «твердого капитала» создает гораздо более четкий критерий допустимости «распределения» имущества компании между ее участниками.

Учитывая достоинства и недостатки как американского, так и европейского подходов, группа Луттера предложила «дуалистическое» решение: для сохранения определенного имущества компании после распределения его части между участниками необходимо:

- либо составление компанией баланса, соответствующего требованиям Четвертой директивы ЕС о годовой отчетности;
- либо составление баланса по упрощенной системе отчетности (*International Financial Reporting Standards (IFRS)* – Международные стандарты финансовой отчетности, МСФО, допускающие, в частности, учет и распределение не только полученной, но и будущей прибыли), подлежащего дополнительной проверке с помощью «теста на состоятельность».

Такой компромисс связан, однако, с необходимостью кардинального пересмотра законодательства о балансах и отчетах и перехода на иную систему отчетности, что потребует не только серьезных организационных усилий со стороны государственных органов, но и значительно увеличит расходы предпринимателей по их составлению.

Таким образом, выводы группы Луттера позволяют считать установленной невозможность полной замены системы императивных правил о «твердом капитале» системой диспозитивного договорного регулирования, при которой слабо защищенными или вовсе не защищенными остаются слишком многие группы кредиторов – от наемных работников и граждан-потребителей до государственных налоговых органов.

Теоретически возможна комбинация жестких правил о «твердом капитале» с индивидуально-договорным механизмом обеспечения интересов кредиторов, который может выступать в роли дополнительного средства их защиты; однако конкретные формы такой комбинации нуждаются в тщательной разработке.

Кроме того, именно в ситуациях неплатежеспособности (банкротства) традиционная «система твердого капитала», закрепленная Второй директивой ЕС, представляется более эффективной.

Примечательно, что специально проведенный английским исследователем Эндрю Хиксом еще в 1998 г. опрос практиков-специалистов по несостоятельности (банкротству) компаний относительно значимости теоретически возможного установления минимального уставного капитала для английских *private limited company* показал, что две трети опрошенных посчитали эту меру эффективнее любой другой из известных и предложенных им на выбор.

Уставный капитал и управление корпорацией

Система «твердого капитала» в корпоративном праве континентальных европейских стран традиционно рассматривается и как «ключ» к распределению правомочий (компетенции) внутри компании, определяющий структуру внутрикорпоративного управления.

Поэтому отмена требований к твердому (уставному) капиталу ставит вопрос о целесообразности законодательного определения этой структуры и передачи ее формирования на усмотрение самих участников корпорации.

Предлагается широкое использование корпоративных соглашений, которые вместе с внутрикорпоративными «внутренними регламентами» (*business judgment rule*), по мысли отечественных инициаторов этой идеи, призваны полностью заменить «императивное» регулирование статуса компаний (заодно лишив реального значения их публично регистрируемые и доступные для ознакомления уставы) и сделать договорное («диспозитивное») регулирование господствующим как во внутрикорпоративных отношениях, так и в отношениях корпораций с третьими лицами (кредиторами).

Таким образом, следуя этому подходу, традиционное «корпоративное право» должно быть постепенно вытеснено «договорным правом».

По замыслу сторонников этой идеи, корпоративное соглашение должно определять не только распоряжение участниками корпорации принадлежащими им акциями

(долями) (т. е. быть разновидностью обычной гражданско-правовой сделки по распоряжению имуществом), но и структуру и порядок управления делами корпорации, причем в нем необходимо разрешить участие не только самой корпорации в целом, но и ничего не вносивших в ее имущество третьих лиц. Тем самым названное соглашение превращается в особую «корпоративную» сделку, оформляющую уже не отчуждение (переход) имущества, а организацию деятельности корпорации.

При этом не только содержание, но и само наличие такой сделки предлагается сделать «коммерческой тайной», информация о которой недоступна не только третьим лицам (кроме, разумеется, тех из них, кто привлечен к участию в таком секретном соглашении), но даже и некоторым участникам корпорации, например, не участвовавшим в его подписании либо вступившим в корпорацию после его заключения. Эти последние попадают в особую «пикантную» ситуацию – они приобретают акции (доли) по рыночной цене, находясь в полном неведении относительно того, какие реальные возможности управления корпорацией и участия в прибылях и убытках они фактически получают.

Закрытость содержания корпоративного соглашения имеет очевидные и серьезные отрицательные последствия: во-первых, в ряде случаев система управления компанией важна и для третьих лиц, ибо она определяет возможность возложения ответственности, например, на ее директоров («менеджмент»); во-вторых, ее секретность и участие в ней «третьих лиц», не являющихся членами корпорации, открывают путь для различных злоупотреблений.

Ничего подобного, разумеется, нет в европейском континентальном корпоративном праве, которое допускает такие соглашения в качестве гражданско-правовых сделок владельцев акций по распоряжению этим своим имуществом – договоров простого товарищества («договоров о создании консорциума», «пула» или «синдиката»). Ими могут устанавливаться известные особенности в осуществлении права голоса (участия в управлении), но, разумеется, они не являются и не могут быть строго секретными. Такими соглашениями ни в коем случае нельзя менять императивно закрепленную законом структуру корпорации. Безого-

ворочно исключается также заключение «соглашений о голосовании» в интересах третьего лица (в том числе, поскольку эти последние могут расходиться с общими интересами корпорации).

Акционерные соглашения как обязательственно-правовые сделки повсеместно считаются обязательными только для их сторон, но не для корпорации в целом (которая и не является их участником). В случае их нарушения одним из участников на него может быть возложена лишь договорная ответственность в виде обязанности компенсировать контрагентам убытки или уплатить заранее согласованную неустойку, но результаты его голосования и принятые корпорацией решения остаются юридически действительными и не могут быть оспорены по этому основанию.

Современная судебная практика Германии и Австрии в ряде своих решений посчитала условия такого соглашения обязательными для общества в целом, если его участниками являются все без исключения участники общества. Однако эта позиция подверглась единодушной резкой критике в литературе, отметившей, что такой подход в конечном счете может привести к возникновению «параллельного регулирования» статуса корпораций их уставами и «корпоративными соглашениями» без соблюдения необходимых «предписаний о публичности» (поскольку содержание последних останется неизвестным для третьих лиц, прежде всего для кредиторов корпорации), а также нарушит традиционный основополагающий принцип «разрыва» личности и имущества юридического лица (корпорации) и ее участников (членов).

Таким образом, в континентальном европейском корпоративном праве регулирование статуса «объединений капиталов» («хозяйственных обществ») «как целое не может оформляться диспозитивным правом, так как его модификации на основе частной автономии и замены отдельных краеугольных камней могут привести к обрушению всего здания правового регулирования».

Участникам корпоративных отношений законодатель предоставляет свободу выбора между различными установленными им моделями (конструкциями), в которых он сочетает императивное и диспозитивное регулирование, что в наибольшей мере соответствует индивидуально определенно-

му уровню защиты интересов всех участников.

Идея свободного выбора между императивно закрепленными законом «моделями управления» корпорацией (например, между «дуалистической», или германской системой, предусматривающей наличие наблюдательного совета наряду с советом директоров, или правлением, и «монистической», или французской системой, в которой наблюдательный совет отсутствует) считается современным международным стандартом в области корпоративного управления и в этом качестве была положена в основу нового Модельного закона об акционерных обществах для стран СНГ 2010 г.

Общие выводы

Сравнительный анализ зарубежного корпоративного права, в том числе сопоставление выводов группы Рикфорда и группы Луттера, позволяет сделать несколько важных общих выводов применительно к спорам об уставном капитале и статусе хозяйственных обществ, развернувшимся в связи с подготовкой проекта новой редакции Гражданского кодекса РФ.

Прежде всего, можно констатировать, - что спор об уставном капитале (его необходимости, составе и минимальном размере) в конечном итоге является спором о самом корпоративном праве – его сохранении или замене договорным правом (корпоративными соглашениями) и даже о необходимости самого юридического лица как «корпоративного щита» – или о широком использовании «снятия корпоративных покровов».

Следовательно, уставный капитал – фундаментальная категория, определяющая сущность юридического лица и его организацию, а отказ от него – это, по существу, отказ от самой конструкции юридического лица и корпоративного права и переход на «свободное» договорное регулирование.

В любом случае очевидна невозможность простой «замены» уставного капитала компании «ограничителем распределения» ее имущества между участниками по типу «теста на состоятельность»: восприятие этой модели потребует широкого выхода за рамки корпоративно-правового регулирования и «вторжения» в сферу других законодательных отраслей: от законодательства

о несостоятельности (банкротстве) и об аудите и финансовой отчетности до законодательства о договорах, трудового и даже уголовного законодательства.

Проблема, следовательно, состоит даже не в возможности отказа от европейских правовых традиций и заимствовании американских правил (что принципиально уже допускается Комиссией Евросоюза), а в необходимости «системного» использования этих последних.

Далее, настойчивые призывы со стороны Минэкономразвития РФ и рабочей группы МФЦ к кардинальной «модернизации» российского корпоративного права вовсе не основаны на каком-то принципиально новом подходе, содержащим некие «инновационные» решения, а в действительности являются всего лишь возобновлением традиционных для современных отечественных реформаторов попыток рецепции в российское гражданское право чужеродных для него американских юридических конструкций.

Иначе говоря, нам не предлагают нечто новое, а в очередной раз навязывают американские правовые институты вместо традиционных европейских подходов

Но должно ли учитываться национальное культурно-историческое развитие правопорядка, или в условиях «глобализации» имеет значение только «экономическая эффективность», определяемая по рецептам *Law and Economics*, весьма сильно напоминающей «вульгарный марксизм», которая предлагает «исчерпывающее» объяснение правовых явлений на базе «теории сокращения издержек» и «эффективных рыночных механизмов» и вырабатывает «идеальные законодательные решения» («модельные законы»), которые затем повсеместно навязываются любым правопорядкам без каких бы то ни было различий (например, как уже отмечалось германскими исследователями, Закон о финансовом лизинге предлагался Международной финансовой корпорацией от Албании через Грузию и вплоть до Китая вне зависимости от какого-либо контекста)?

Требование существенной «либерализации» корпоративного, да и всего гражданского законодательства (в котором некоторые адвокаты, представлявшие МФЦ, настойчиво предлагали закрепить как общую презумпцию диспозитивности его

норм, так и достичь максимальной диспозитивности содержания всех норм корпоративного права) в свою очередь основывается на пожеланиях и представлениях той части отечественного бизнеса, которая, с одной стороны, заинтересована в привлечении в страну любых «инвестиций», независимо от источников их происхождения, а с другой – рассчитывает на эффективную защиту именно своих интересов в условиях столь «благоприятного инвестиционного климата» (который почему-то стараются создать за счет максимальной «модернизации» гражданского, т. е. частноправового регулирования, а не путем кардинального улучшения налогового, таможенного, валютно-финансового, бухгалтерского и иного законодательства, относящегося к публично-правовой сфере).

Мнение этих кругов было озвучено президентом Московской межбанковской валютной биржи Р. А. Аганбегяном: «...в Америке принятие *Sarbanes-Oxley Act* об ответственности директоров¹ привело к тому, что из российских эмитентов на американском рынке за последние годы разместились единицы, потому что уровень ответственности и стоимость страховки таковы, что в Лондоне размещаться выгоднее. Что касается Англии, она сейчас принимает свой так называемый *Bribery Act*², который очень похож на американский *Foreign Corrupt Practices Act* с очень широкими полномочиями. Под него подпадают в том числе компании, которые имеют листинг в Лондоне, их директора, менеджмент и т. д. Это создает для нас, как это ни интересно звучит, уникальные возможности, в том числе для возвращения большей части собственного рынка, ушедшего за рубеж. Но сам по себе он не вернется. У нас регу-

¹ В действительности этот федеральный закон 2002 г., принятый после ряда громких скандалов, связанных с фальсификацией отчетности несколькими крупнейшими американскими энергетическими корпорациями (совершавшейся не без помощи некоторых известных аудиторских фирм), приведшей к многомиллиардным убыткам и закончившейся привлечением к уголовной ответственности их менеджеров, в основном посвящен правилам об обязательном аудите и обязанностях публикации финансовой отчетности; важно также, что он распространяется на все компании, функционирующие на американском рынке, включая иностранные.

² В действительности уже принят английским парламентом в апреле 2011 г.

ляторно так получилось, что создано достаточно большое количество барьеров для доступа инвесторов к нам. ...Законодательная работа по снятию этих барьеров может привести к тому, что возникнет целый ряд магнитов здесь, которые позволят эту ликвидность фактически и рынок вернуть сюда, что послужит очень мощным стимулом развития экономики в России».

Таким образом, высказан недвусмысленный призыв к созданию максимально льготных юридических условий для любых «инвесторов», включая разного рода недобросовестных лиц и откровенных мошенников, которых названные деятели, видимо, считают наиболее подходящими «инвесторами» и «игроками» на отечественном финансовом рынке. Ведь именно «финансовая индустрия», т. е. банковский и биржевой капитал, в наибольшей степени заинтересованы в максимальном притоке «инвестиций» и свободе их использования. Слов нет, в рыночной экономике банки и биржи действительно являются одним из основных «локомотивов» экономического развития, а организуемые ими «финансовые потоки» составляют ее «кровеносную систему».

Но почему именно их групповые интересы должны определять все содержание и развитие не только акционерного, но и общегражданского законодательства, тем более такого его акта, как Гражданский кодекс? Ведь последний в качестве «экономической конституции» по самому своему существу призван закрепить тщательно продуманный и взвешенный баланс частных и публичных интересов, интересов крупного и малого бизнеса, особо защитив «слабую сторону» (граждан-потребителей и корпоративных миноритариев), а также кредиторов («третьих лиц» – всех остальных участников имущественного оборота), и учесть при этом интересы общества и государства в целом.

«Разбалансировка» сложного механизма гражданско-правового регулирования, особенно в нынешних условиях еще не завершившегося в России становления рыночных начал и их правового оформления, может вести лишь к весьма серьезным негативным

последствиям. Нетрудно видеть, чьим узким интересам служит упорно навязываемое отечественному законодательству безграничное расширение диспозитивности в корпоративном праве, ведущее к его постепенной «замене» договорным правом.

Европейский опыт законодательного развития в этой области показывает не только разнообразные возможности противостояния такому эгоистическому подходу, но и неэффективность попыток «сокращения транзакционных издержек» корпораций, в действительности оборачивающихся их постоянным ростом (особенно за счет становящихся необходимыми расходов на «юридическое сопровождение» их деятельности).

Разумеется, зарубежный правовой опыт далеко не всегда может служить бесспорным ориентиром для развития отечественного корпоративного права (хотя именно его в этом качестве все время привносят в законопроектную деятельность наши экономисты и бизнес-адвокаты).

Следует, однако, учитывать не только российские реалии лишь недавно начавшего формирования рыночного хозяйства, но и принципиально различные подходы и пути высокоразвитых зарубежных правопорядков.

На этой основе отечественному законодателю предстоит вновь сделать исторически важный выбор между опробованным многовековым опытом, глубоко продуманным и научно разработанным европейским путем и быстро сформированным подходом, приспособленным к «простым» и «очевидным» рыночным реалиям и «потребностям бизнеса» и его «юридического сопровождения».

К сожалению, первый шаг в «ту» сторону уже сделан в виде принятия федеральных законов о хозяйственных партнерствах и об инвестиционных товариществах. Надо ли идти по этому пути дальше? Ответить на данный вопрос в какой-то мере призвана и настоящая конференция, и принятие нашим парламентом изменений в Гражданский кодекс.

Материал поступил в редколлегию 22.05.2012