



Создание концернов в праве Германии: роль соглашений о контроле

В.Д. Федчук

*Кандидат юридических наук,
профессор Всероссийской академии внешней торговли*

Соглашения о контроле, выступающие в качестве базиса для создания договорных групп компаний (концернов) в праве Германии, чаще всего имеют форму соглашений о доминании или соглашений о передаче прибыли. Объектом таких соглашений могут быть обязательства по переводу одной компанией всей своей прибыли другой компании (*Gewinnabführungsvertrag*), о переводе части своей прибыли или прибыли каких-то своих предприятий другим компаниям (*Teilgewinnabführungsvertrag*), об объединении в пул своих прибылей с прибылями других компаний (*Gewinngemeinschaft*), о сдаче своего предприятия в лизинг (*Betriebspachtverträge*) или передаче управления им какой-либо третьей стороне (*Betriebüberlassungsverträge*).

Понятие «соглашение между связанными предприятиями» толкуется в праве Германии весьма широко и включает в себя не только указанные соглашения, но также целый ряд других соглашений, некоторые из которых включены в §292 Акта об акционерных обществах 1965 г. (в дальнейшем – Акт)¹ под наименованием «Иные соглашения предприятий». К таковым не относятся, однако, соглашения о подчинении единому руководству.²

Практику использования компаниями соглашений о контроле следует определить как регрессивную, поскольку в настоящее время они применяются все реже и реже; причину, как представляется, следует искать в коммерческой и судебной практике. В своих решениях по ряду дел Верховный Суд определил такие соглашения как ничтожные, поскольку они превращают зависимую компанию в «бессильный инструмент контролирующего предприятия».³

В праве Германии по прежнему широко признается принцип, согласно которому компания не может подчинить себя внешнему контролю единственно в силу консенсуального соглашения. Следует отметить, что соглашение о контроле в настоящее время понимается не как гражданско-правовой договор, а как организационный акт (*organisatorische Regelung*), ведущий к изменениям в статусе зависимой компании; соглашение о контроле составляет часть конституции зависимой компании. Это созвучно решениям Верховного Суда, в которых соглашение об управлении определено как консенсуальный договор.

Имеется ряд требований к форме соглашения о контроле. Оно должно быть заключено в письменной форме и утверждено на общем собрании зависимой компании решением, принятым квалифицированным большинством в 3/4 голосов; в уставе компании может быть установлены более высокие и дополнительные требования. Уведомление о соглашении и гарантиях, предлагаемых акционерам зависимой компании, должно быть дано при созыве общего собрания. Каждый акционер наделен правом на получение на этом собрании информации об обеих компаниях.⁴ Соглашение о контроле вступает в силу после его регистрации в том же Коммерческом Реестре, в котором зарегистрирована зависимая компания.⁵

Обязательные к исполнению указания

В соответствии с положениями соглашений о контроле, контролирующая компания имеет право давать обязательные указания контро-



лируемой компании;⁶ в первую очередь эти указания касаются управления контролируемой компанией. Совет директоров контролируемой компании обязан исполнять практически все указания контролирующей компании, даже те, которые противоречат интересам его компании.⁷

Согласно положениям соглашения о контроле контролирующее предприятие вправе потребовать от членов совета директоров зависимой компании руководствоваться при осуществлении их деятельности его указаниями. Последние не вправе отказать ему в этом, даже если выполнение этих указаний может привести к причинению убытков зависимой компании, если только не является очевидным, что их выполнение не принесет каких-либо явных выгод контролирующему предприятию, этой зависимой компании или иному предприятию, входящему в эту же группу компаний.⁸

Указания контролирующей компании могут также касаться использования активов зависимой компании, что не противоречит §§ 57-58, 60 и 291 (3) Акта, из которых следует, в частности, что указанные активы должны покрывать номинальный капитал. Статутный резерв и свободные резервы не могут быть возвращены акционерам; последние наделены правом на участие в прибыли пропорционально номинальной стоимости их акций. Германские суды и законодатели понимают указанные параграфы как запрещающие скрытое распределение прибыли (*verdeckte Gewinnausschüttung*), которое, как предполагается, имеет место при всех обстоятельствах, когда встречное удовлетворение, данное компанией, является непропорционально высоким по сравнению со встречным удовлетворением, данным акционером. Контролирующее предприятие, не нарушая указанных положений, вправе давать руководству контролируемой компании указания о переводе ее ликвидных активов для целей финансирования другого предприятия в группе, о поставке ему товаров или оказании услуг по заниженным ценам, что ведет к причинению убытков последней, о передаче его деятельности, торговых марок или инвестиций какой-либо другой компании, входящей в эту же группу компаний.

Если управляющему совету контролируемого предприятия дано указание заключить сделку, требующую одобрения ее надзорным советом,⁹ и такое одобрение не дано в разумный период времени, управляющий совет обя-

зан уведомить об этом контролирующее предприятие. После того как такое уведомление дано, контролирующее предприятие дает свое указание повторно; одобрение надзорного совета в таком случае уже не требуется. Однако, если само контролирующее предприятие имеет свой надзорный совет, повторное указание может быть дано лишь с одобрения этого совета.¹⁰

В случае заключения соглашения о передаче прибыли, акционеры получают причитающиеся им суммы «адекватной компенсации», размер которых определяется в соответствии со стоимостью принадлежащих им акций; выплаты производятся в форме периодических платежей.¹¹ При заключении соглашения о контроле или о передаче прибыли контролирующая компания обязана выплатить контролируемой компании компенсацию за годовые потери, возникшие в период действия соглашения.¹² Для достижения этой цели контролирующая компания создает резерв, за счет которого она могла бы, в случае необходимости, производить причитающиеся с нее платежи.¹³

По общему правилу, соглашения о контроле заключаются между зависимыми компаниями; случаи их заключения между независимыми компаниями весьма редки. К этим отношениям нормы Акта применяются лишь в том случае, если зависимым предприятием является публичная компания или партнерство с ответственностью, ограниченной акциями. С учетом различий, имеющих место между режимом публичных и частных компаний, считается, что положения Акта не могут применяться по аналогии к случаям, когда зависимой компанией является частная компания.¹⁴

Иностранная контролирующая компания может заключить соглашение о контроле с публичной компанией, инкорпорированной в Германии; ее полномочия на управление германской компанией следуют непосредственно из положений Акта и конституции этой последней компании. Соответственно, статус контролирующей компании, как субъекта права Германии, в том числе в вопросах компенсации миноритарным акционерам и кредиторам зависимой компании, определяется правом Германии. Применимым же правом к соглашению о контроле, заключенному между немецкой компанией с иностранной зависимой компанией, является право, применимое к иностранной компании.



Обязанность компенсировать убытки

§ 302 Акта предусматривает, что контролирующее предприятие обязано компенсировать зависимой компании любой годовой убыток. Под годовым убытком понимается отрицательный баланс в отчете о прибылях и убытках, ставший результатом того, что фактические записи отражают более низкие показатели, нежели торговые расходы.¹⁵ Он включает в себя не только все уменьшения активов зависимой компании, ставшие следствием выполнения указаний контролирующего предприятия, но также все потери, вытекающие из ведения деятельности, забастовок, несчастных случаев и иных обстоятельств. Контролирующее предприятие не может уклониться от исполнения обязанности по компенсации убытков зависимой компании посредством простого уменьшения капитала зависимой компании по причине потери активов. Годовые убытки не могут быть списаны из статутных резервов зависимой компании или из сумм, переведенных в свои свободные резервы до заключения контракта; они должны быть компенсированы контролирующим предприятием. Однако, для уменьшения годовых убытков, могут быть использованы суммы, переведенные в свободные резервы в период действия контракта.¹⁶

Положение о компенсации годовых убытков предоставляет защиту интересов кредиторов зависимой компании. Если активы этой компании во время действия соглашения о контроле уменьшаются вследствие исполнения обязательств, возникших после его заключения, контролирующая компания обязана перевести эквивалентную сумму на счет зависимой компании. Это значит, что интересы кредиторов этой компании, при условии состоятельности контролирующего предприятия, защищены. Кредиторы не имеют права на предъявление иска к контролирующему предприятию в целях удовлетворения своих требований, однако они всегда могут достигнуть указанного результата посредством присоединения своего требования к иску, предъявленному от имени зависимой компании.

Члены управляющего совета контролирующего предприятия обязаны платить компенсацию зависимой компании, если по их указанию зависимой компанией были совершены действия, которые привели к возникновению убыт-

ков, если только эти действия не являются обоснованными с точки зрения интересов контролирующего предприятия или группы компаний. Требование о выплате компенсации убытков может быть предъявлено акционерами зависимой компании, а также ее кредиторами, если она становится несостоятельной.¹⁷ Последнее требование имеет ограниченное значение, поскольку акционеры и кредиторы обязаны нести процессуальные расходы; к тому же они не имеют возможности выяснить ситуацию внутри группы компаний.

Члены управляющего совета контролирующего предприятия несут ответственность перед своим предприятием и зависимой компанией за надлежащее и прилежное управление группой компаний.¹⁸ Тем самым они несут ответственность перед зависимой компанией, если они не предупредили совершение ею действий, причинивших ей убытки.¹⁹ Если члены управляющего совета контролирующего предприятия обязаны уплатить компенсацию зависимой компании, контролирующее предприятие также несет ответственность в соответствии с обычными правилами гражданского права как принципал, от имени которого они действуют (ст. 31 Гражданского уложения - BGB), которая возлагает на ассоциацию ответственность за убытки, причиненные ее надлежаще уполномоченными представителями, а также из ст. 278 BGB, согласно которой должник несет ответственность за ошибки своих законных представителей, допущенные в выполнении ими обязанностей в таком же объеме, как за свои собственные.

Члены управляющего совета и надзорного совета зависимой компании не несут ответственности перед компанией за ущерб, причиненный ей по причине выполнения ими указаний контролирующего предприятия.²⁰ При этом они несут ответственность за выполнение заведомо незаконных указаний, за некачественное выполнение законных указаний и за некачественное управление деятельностью зависимой компании в случаях, когда надлежащие указания не были даны.

Защита интересов миноритариев

Весьма актуальным для права Германии является вопрос о защите прав миноритариев. Акт 1965 г. не дает определения «миноритарным», или «внешним» акционерам (*aussen-*



stehende Aktionäre), но под ними обычно понимаются акционеры зависимой компании и, возможно, компании, в которой контролирующее предприятие имеет мажоритарный интерес. Они обычно понимаются как являющиеся акционерами зависимой компании, иными, чем те, кто имеет прямой или косвенный доход от соглашения о контроле. Миноритарные акционеры зависимой компании имеют возможность выбора, а именно — передать свои акции контролирующему предприятию в обмен на компенсацию или же оставаться акционером зависимой компании под гарантию получения минимального дивиденда (фиксированного или переменного). На наш взгляд предоставление такой гарантии является обязанностью контролирующей компании, хотя §304 Акта каких-либо указаний на сей счет не содержит.

Контролирующее предприятие обязано, кроме того, приобрести акции миноритарных акционеров по требованию последних, выплатив им адекватную компенсацию в размере, указанном в соглашении.²¹ Если контролирующее предприятие является независимой германской публичной компанией или партнерством с ответственностью, ограниченной акциями, оно обязано само выпустить акции в обмен на акции, предложенные ему в случае слияния. Отдельные незначительные суммы могут быть выплачены наличными.

Если контролирующее предприятие является независимой германской публичной компанией или партнерством с ответственностью, ограниченной акциями, которое находится под контролем другой германской публичной компании или партнерства с ответственностью, ограниченной акциями, акционеру зависимой компании должны быть предложены акции в третьей компании в обмен на его акции или, по выбору контролирующего предприятия, решение вопроса осуществляется посредством наличного платежа.²²

Во всех случаях акционеру должно быть предложено разрешение проблемы посредством осуществления наличных платежей. Тем самым разрешение проблемы посредством осуществления наличных платежей является надлежащим в тех случаях, когда контролирующее предприятие не является публичной компанией или партнерством с ответственностью, ограниченной акциями, регламентируется нор-

мами иностранного применимого права или является зависимым от какого-либо третьего предприятия, которое не является ни публичной компанией, ни партнерством с ответственностью, ограниченной акциями.²³

Период действия соглашения о контроле

Как правило, в соглашениях о контроле не указывается период действия контроля; в каждом конкретном случае соглашение прекращается в любое время любой из сторон, имеющей надлежащие на то основания. Прекращение осуществляется посредством направления другой стороне письменного уведомления.²⁴ В качестве надлежащих для целей прекращения контракта обстоятельств понимаются любые обстоятельства, возникновение которых исключает смысл действия соглашения о контроле. Прекращение соглашения о контроле одной из сторон может быть обоснованным в случае, если одна из сторон совершает серьезное нарушение его положений, особенно если есть основания полагать, что такое нарушение может повториться. Также надлежащим основанием для прекращения соглашения о контроле считается ситуация, при которой происходят резкие изменения в экономическом положении сторон соглашения, что может привести к отрицательным последствиям для одной из них. Зависимая компания всегда считается имеющей надлежащие основания для прекращения соглашения о контроле, если у нее имеются сомнения в платежеспособности контролирующего предприятия. В принципе соглашение о контроле, подобно любому другому соглашению, может быть прекращено по соглашению сторон, однако такие случаи в истории встречались не часто. В качестве иных оснований для прекращения соглашения о контроле могут также служить ликвидация одной из сторон, интеграция зависимой компании с контролирующим или любым другим предприятием, слияние этих двух сторон, конверсия акций зависимой компании, ведущая к изменениям в ее активах. В случае прекращения соглашения о контроле контролирующее предприятие обязано представить гарантии погашения требований кредиторов зависимой компании.²⁵ Действие соглашения о контроле прекращается после внесения в реестр соответствующей записи.²⁶



Заключение

В российском законодательстве имеется ссылка на договор между основным обществом и дочерним обществом, в соответствии с которым первое из них имеет право давать последнему обязательные указания.²⁷ На практике, однако, вряд ли кому-либо, за исключением посвященных лиц, посчастливилось ознакомиться с его условиями;²⁸ не удивительно, ведь их наличие может привести к солидарной или субсидиарной ответственности основного юридического лица по обязательствам дочернего, а сами они могут представлять собой надлежащее и достаточное доказательство факта наличия отношений зависимости.²⁹ Кроме того, факт этого самого наличия может служить основанием для возникновения интереса у контролирующих органов государства на предмет существования монополии. Соответственно, более детальная проработка соответствующих статей российского корпоративного законодательства представляет интерес для государства и, мягко говоря, не очень интересна для крупного капитала. Хотя, совпадение интересов возможно, если крупный капитал является государственным. И, конечно же, появление таких статей приветствовалось бы миноритариями и потребителями, защите прав которых в исследуемом аспекте по непонятным причинам в законодательстве и судебной практике РФ уделяется незаслуженно малое внимание.

Примечания:

¹ Акт об акционерных обществах от 6 сентября 1965 г. (с изм. и доп. по состоянию на 27 декабря 2004 г.) (Aktengesetz, AktG).

² § 291(2) Акта 1965 г.

³ RGZ 3.123 at 129 et seq and RGZ 82.308 at 313 et seq and 317.

⁴ § 293 Акта 1965 г.

⁵ § 294 (2) Акта 1965 г.

⁶ Включение в соглашение указанных положений существенно упрощает задачу доказывания факта наличия таких обязательных указаний; в российской арбитражной практике вероятнее всего отсутствуют случаи представления таких доказательств, за исключением, пожалуй, налоговых споров, когда истцом выступает государство (прим.автора). См.,

подр., В.Федчук. Риск и льготы за чужой счет. "Закон", №11, 2004. С.65.

⁷ § 308 Акта 1965 г.

⁸ § 308 (1) и (2) Акта 1965 г.

⁹ § 111 (4) Акта 1965 г. предусматривает, что учредительные документы или надзорный совет могут предусмотреть, что особые типы сделок должны совершаться с одобрения надзорного совета.

¹⁰ § 308 (3) Акта 1965 г.

¹¹ § 304 Акта 1965 г.

¹² § 302 Акта 1965 г.

¹³ § 300 Акта 1965 г.

¹⁴ См.: Emmerich and Sonnenschein. Konzernrecht, 2nd, Verlag CH Beck, München, 1977. P. 233–235.

¹⁵ § 157 (1) № 28 Акта 1965 г.

¹⁶ § 301 № 2 Акта 1965 г.

¹⁷ § 309 Акта 1965 г.

¹⁸ Это следует из § 93 AktG; GmbHG, Article 43; Commercial Code (HGB), Articles 114 and 161 (2) and Civil Code (BGB), Article 708.

¹⁹ Würdinger in Grosskommentar zum Aktiengesetz, pub. De Gruyter, Berlin and New York 1975, Vol. 4. P. 123.

²⁰ § 310 (3) Акта 1965 г.

²¹ § 305 Акта 1965 г.

²² § 305 (2) № 2 Акта 1965 г.

²³ § 305 (2) № 3 Акта 1965 г.

²⁴ § 297 (1) Акта 1965 г.

²⁵ § 303 Акта 1965 г.

²⁶ § 298 Акта 1965 г.

²⁷ Пункт 2 статьи 105 Гражданского кодекса РФ.

²⁸ Автором настоящей статьи были предприняты неоднократные попытки получения хотя бы «типажей» соглашений о контроле. Представители Англии и США были чрезвычайно удивлены моим вопросом: «Это ведь коммерческая тайна !?». В Германии такие типажи получить удалось.

²⁹ Из личного опыта автора следует, что доказать в российском арбитраже факт отношений зависимости практически невозможно, причем такая невозможность следует не только из проблемы нахождения «относимых и допустимых доказательств», но также из основополагающей позиции арбитров, базирующейся на принципе ограниченной ответственности.

