



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

**Аналитическая справка
«Привлечение контролирующих должника лиц и бенефициаров к
субсидиарной ответственности»**

*Подготовлено в рамках исследовательского проекта АНО «Центр международных и
сравнительно-правовых исследований»*

*МОСКВА
2017*

Оглавление

Список сокращений.....	3
Основные результаты исследования	4
I. Ответственность третьих лиц по долгам юридического лица-банкрота	12
1. Основания и формы привлечения контролирующего лица к ответственности в случае банкротства компании.....	12
1.1. Великобритания	12
1.2. США	16
1.3. Германия	22
1.4. Нидерланды	31
1.5. Франция.....	34
1.6. Италия	37
2. Понятие, признаки и способы выявления контролирующих лиц.....	39
2.1. Великобритания и США: фактический контроль, а не формальный статус.....	39
2.2. Лицо, контролирующее процессы налоговых выплат по законодательству США	43
II. Реестры бенефициарного владения	47
1. Бенефициарное владение	47
2. Четвертая директива о борьбе с отмыванием денежных средств. Установление общих принципов устройства реестров	49
3. Понятие контролирующего лица в контексте Четвертой Директивы.....	51
4. Действующий реестр бенефициарного владения в Великобритании	53
5. Понятие контролирующего лица в контексте Реестра контролирующих лиц Великобритании.....	59
6. Реестры бенефициарного владения в других странах ЕС	60
Список использованных источников и литературы.....	62
Приложения	69
Закон о банкротстве 1986 г. (Великобритания)	69
Закон об обществах с ограниченной ответственностью (Германия).....	73
Закон об акционерных обществах (Германия).....	76

Список сокращений

Европейский союз – ЕС

Единый государственный реестр юридических лиц – ЕГРЮЛ

Окружной суд штата Делавер – Делаверский суд

Организация экономического сотрудничества и развития – ОЭСР

Aktiengesetz, Закон Германии об акционерных обществах – AktG

Bundesgerichtshof, Федеральный суд Германии – BGH

Company Act 2006 – Закон о компаниях

Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC – Директива 2015/849; Четвертая Директива

Financial Action Task Force on Money Laundering, Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег – FATF

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Закон об обществах с ограниченной ответственностью – GmbHG

Handelsgesetzbuch, Германское торговое уложение – HGB

Insolvency Act 1986 – Закон о банкротстве

Insolvenzordnung, Положение о несостоятельности – InsO

Register of People with Significant Control – Реестр контролирующих лиц

U.S. Internal Revenue Code – НК США

Zivilprozessordnung, Гражданское процессуальное уложение Германии – ZPO

Основные результаты исследования

Предмет исследования – опыт зарубежных правопорядков в вопросах, касающихся:

- 1) форм и условий привлечения третьих лиц к ответственности перед кредиторами банкрота, не получившими полного удовлетворения своих требований, круга лиц, на которых может быть возложена такая ответственность;
- 2) порядка создания и функционирования реестров бенефициаров; возможности их использования для целей привлечения к ответственности по долгам банкрота третьих лиц.

Цель исследования – получение научно подтвержденной информации о том, как указанные вопросы разрешаются в ряде зарубежных правопорядков: прежде всего, в Англии, Германии, Италии, Нидерландах, США и Франции, а также на общеевропейском уровне.

В соответствии с этим при анализе нормативного материала, судебных актов и профессиональной литературы акцент делался на решениях, которые получили признание профессионального сообщества и применяются на практике. Решения, теоретически корректные, но только возможные и не реализованные в конкретной законодательной или правоприменительной деятельности, оставались, как правило, без внимания.

Результаты исследования, приведенные в основной части отчета, могут быть резюмированы следующим образом.

1) а) Все изученные и многие другие правопорядки в некоторых случаях позволяют привлекать третьих лиц (участников, руководителей и др.) к ответственности перед кредиторами обанкротившегося юридического лица, не получившими полного удовлетворения. Вместе с тем, условия такой ответственности, ее объем, формы и порядок привлечения к ней различаются от правопорядка к правопорядку и характеризуются **высокой мерой неопределенности и нестабильности** даже в рамках отдельно взятого правопорядка: подходы, сформулированные судебной практикой, не имеют четких очертаний и устойчивой терминологии, конкурируют между собой, сменяют друг друга; положения законов используют, как правило, оценочные категории, оставляя конкретные вопросы на усмотрение судов.

Причина такого положения кроется, по-видимому, в том, что привлечение участников юридического лица и др. к ответственности по его долгам обладает статусом **исключительного, экстраординарного средства**, применение которого допускается лишь в крайних случаях. На такое отступление от базовых принципов корпоративного права, заключающееся в игнорировании самостоятельной личности юридического лица, зарубежные правопорядки идут только тогда, когда этого требуют запрет злоупотребления правом и обхода закона, добрая совесть или просто справедливость¹. Обращение к этим

¹ Эта мысль проходит красной нитью как через отечественную, так и через зарубежную сравнительно-правовую литературу по теме исследования (см., например: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 182-199 («редкое исключение»); The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach. 2nd ed. / ed. by R. Kraakman [et al.]. Oxford: OUP, 2009. P. 139-141 («extreme

понятиям – верный признак того, что речь идет об отказе от применения устоявшихся общих правил (норм закона, судебных доктрин, мнений, господствующих в литературе) в угоду справедливости для конкретного случая, настолько специфичного, что приложение к нему общей меры привело бы к результату, кающемуся несправедливым.

Иногда накапливается столь богатый опыт работы с такими необычными ситуациями («трудными делами»), что его удается обобщить, сами ситуации типизировать, а соответствующие решения формализовать в качестве четко определенного института со своими сферой и последствиями применения. В данном же случае этого (возможно, пока) не произошло. Разнообразные критерии, концепции, термины, метафоры, которыми оперируют суды изученных правопорядков, настолько пестры, не согласованы между собой, бессистемны и даже противоречивы, что становится очевидно – это не столько правила, которыми суды руководствуются при принятии решений, сколько аргументы, к которым суды обращаются, когда это требуется для обоснования решений, принятых интуитивно, из чувства справедливости. Если какой-то уровень формализации данной сферы регулирования и достигнут на сегодняшний день, то это скорее уровень не четких правил, а подвижной системы: речь идет **не столько об условиях и основаниях привлечения к ответственности, сколько о факторах**, которые могут или должны учитываться в какой-то мере при рассмотрении вопроса о привлечении к ответственности, но не предопределяют исчерпывающим образом решения.

По каким именно причинам возложение ответственности по долгам обанкротившегося должника на его участников не оформилось в определенный правовой институт с четкой сферой применения, сказать сложно: возможно, еще не накоплен достаточный опыт или не произошло его полноценное осмысление, возможно, мы имеем дело с действительно экстраординарным инструментарием, который сопротивляется формализации, будучи призван сохранять за судом большую свободу усмотрения для сглаживания шероховатостей регулирования в самых вопиющих, а значит, не поддающихся типизации, «трудных» случаях.

Кроме того, препятствием на пути к формализации в данном случае служит, вероятно, понимание той опасности, которую таит в себе слишком широкое применение соответствующих инструментов: чем чаще правопорядок будет игнорировать самостоятельность юридического лица по отношению к его участникам, тем менее надежным и предсказуемым средством контроля за рисками и их ограничения будет юридическое лицо. Четкое же закрепление типов ситуаций, когда такая ответственность наступает, например, в законе, не только повышает уровень правовой определенности, но и превращает привлечение к ответственности из экстраординарного инструмента в более или менее повседневный. Это тем более верно применительно к установлению в законе презумпций, основная функция которых – перераспределить неблагоприятные последствия неустранимой неопределенности: например, в случае сомнений удовлетворять требования кредиторов юридического лица к его участникам, а не отказывать в их удовлетворении. Так,

circumstances»); Vandekerckhove K. *Piercing the Corporate Veil*. Kluwer Law International, 2007. Passim («ultimum remedium»)) и повторяется в большинстве изученных судебных решений.

если, к примеру, итальянский законодатель и закрепляет опровержимую презумпцию осуществления руководства хозяйственным обществом со стороны определенных категорий лиц (прежде всего, мажоритарных акционеров), то остальные условия привлечения таких лиц к ответственности (конфликт интересов и нарушение стандартов корректного управления хозяйственным обществом) нуждаются в специальном доказывании.

Не исключено, что сохранять статус крайней меры привлечению участников юридического лица к ответственности по его долгам в развитых правовых порядках помогают эффективно работающие институты уголовного права.

1) б) Изученные правовые порядки едины в том, что **ни наличия формальных отношений** между обанкротившимся юридическим лицом и другими лицами (руководителями, участниками), **ни фактического контроля** других лиц над юридическим лицом **недостаточно** для возложения на этих лиц **ответственности** перед кредиторами юридического лица. **Необходимым условием** такой ответственности повсеместно **является упречность поведения** (противоправность, недобросовестность) контролирующего лица². Редкие отклонения от этого общего подхода, например, в правоприменительной практике США, объясняются, вероятно, неполнотой мотивировок соответствующих судебных актов, не упоминающих об очевидной для суда упречности поведения ответчика.

Законодательство **Великобритании**, хотя и предусматривает основания возложения ответственности по долгам юридического лица на третьих лиц, но делает это зачастую в таких **общих выражениях**, что речь идет не столько о четком разрешении законодателем релевантных материально-правовых вопросов, сколько о **делегировании их судам**.

Так, ст. 213 Закона о банкротстве 1986 г. позволяет суду обязать любого, кто намеренно вел дела компании с мошенническими, обманными целями, внести имущественный вклад в конкурсную массу, определяемый судом по своему усмотрению. Аналогичная санкция закреплена и в ст. 214 этого закона для руководителя компании (в т.ч. «теневых директоров»), который, зная о неизбежности банкротства, не предпринял необходимых мер для минимизации потерь кредиторов. Суды лишь изредка находят основания для удовлетворения требований, вытекающих из этих статей.

Кроме того, третьи лица могут быть привлечены к ответственности перед кредиторами юридического лица, если, действуя в качестве его руководителей (в т.ч. «теневых»), причинили ему вред (ст. 212 Закона) или после его ликвидации вследствие банкротства создали организацию под аналогичным именем (ст. 216-217).

² Аналогичное обобщение к концернам или корпоративным группам в праве национальных европейских государств и ЕС см., например: Haar B. Corporate Group Law // The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann. Oxford: OUP, 2012. Vol I. P. 413.

Что же касается редких отступлений от принципа отделения юридического лица от его участников, допускаемых судебной практикой без опоры на закон, то британские специалисты констатируют их неясность, противоречивость, неопределенность и т.п.³

В США вопросы, связанные с игнорированием самостоятельности юридического лица, разрешаются штатами, а не на федеральном уровне. **Практика** привлечения третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица **богата, но** колеблется, варьируется от штата к штату, внутренне не согласована и даже противоречива, не демонстрирует общих тенденций развития. **В аналогичных делах принимаются различные решения**⁴.

Так, суды по-разному отвечают на вопросы о возложении на руководство юридического лица фидуциарных обязанностей не только перед этим юридическим лицом, но и перед его кредиторами, или обязанности минимизировать потери кредиторов юридического лица ввиду его банкротства.

Доктрины, которыми оперирует судебная практика, хотя и носят разные наименования, принципиально друг от друга не отличаются: к ответственности по долгам юридического лица может быть привлечен тот, кто, обладая **чрезмерным контролем** над ним и действуя **недозволенным образом** (противозаконно или недобросовестно), **причинил вред** кредиторам этого юридического лица. В отдельных решениях достаточным признавался чрезмерный контроль, а вопрос о дозволенности поведения осуществляющего его лица не исследовался.

Неопределенность используемых здесь понятий отчасти устраняется посредством формулирования «тестов», т.е. перечней критериев, которые учитываются при вынесении решения относительно возможности проигнорировать самостоятельность юридического лица и привлечь к ответственности по его долгам третьих лиц в каждом конкретном случае. Подобные тесты аккумулируют в себе **наиболее явные признаки** ситуаций чрезмерного контроля, однако **не связывают суд**, который волен констатировать отсутствие такой ситуации, несмотря на наличие тех или иных ее признаков, или, наоборот, сделать вывод о наличии чрезмерного контроля там, где собранные в тесте критерии или часть из них не выдерживаются.

К числу признаков чрезмерного контроля относят, в частности: исключительное или преобладающее участие контролирующего лица в подконтрольном; совпадение персонального состава руководителей обоих лиц; финансирование подконтрольного лица со стороны лица контролирующего; заключение этими лицами договоров, ставящих в более выгодное положение контролирующее лицо, и многие другие⁵.

³ Обзор точек зрения см.: Vandekerckhove К. Op. cit. P. 69.

⁴ См., например: ibid. P. 78, 93 (в том числе со ссылками на американских специалистов).

⁵ Примеры таких перечней можно найти не только в решениях американских судов и зарубежной литературе, но и в публикациях отечественных авторов – см., например: Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 7. С. 93; Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покровы //

Помимо случаев недостаточной капитализации юридического лица его участниками и смешения (непрозрачного разграничения) имущества или сфер деятельности юридического лица и его участников, право **Германии** допускает привлечение участников к ответственности по долгам юридического лица по праву концернов и вследствие подрыва существования этого лица (доведения юридического лица до банкротства).

Материнская компания, которая, во-первых, руководит деятельностью дочерней и, во-вторых, делает это без учета собственных интересов этой последней, думая лишь об интересах концерна либо других его членов, должна возместить дочерней компании причиненный ей этим ущерб. Опосредованная охрана предоставляется тем самым и интересам кредиторов дочерней компании.

За подрыв существования юридического лица отвечает участник, который, действуя осознанно и вразрез с добрыми нравами, лишил его имущества или иначе сделал невозможной его полноценную хозяйственную деятельность, что привело к банкротству этого юридического лица.

Также и здесь ведущая роль в развитии этой сферы правового регулирования принадлежит судам, практика колеблется между различными подходами, а указанные инструменты находят применение лишь в исключительных случаях.

Суды **Нидерландов** в некоторых случаях привлекают участника к ответственности по долгам юридического лица, если этот участник фактически осуществлял руководство его деятельностью, выполняя в действительности функции директора, и проигнорировал интересы кредиторов подконтрольного ему лица.

Законом специально предусмотрена ответственность за грубые ошибки директора в управлении юридическим лицом, приведшие к банкротству. Если *de facto* полномочия директора осуществлял участник, то этой ответственности подлежит и он.

Кроме того, одно лицо может быть привлечено к ответственности по долгам другого, если они по сути являются единой компанией. Признаками этого служат, например, влияние одной компании на другую, создание у третьих лиц впечатления, что перед ними единая организация, смешение имущества, идентичность участников и (или) директоров, адресов, использование похожих бланков и т.д.).

Законодательство **Франции** предусматривает специальное основание для привлечения к ответственности перед кредиторами юридического лица-банкрота лиц, фактически осуществлявших управление этим лицом, и допустивших при этом ошибки. Закон оперирует рядом абстрактных понятий, делегируя тем самым эту сферу регулирования судам. Кроме того, ответственность перед кредиторами может быть возложена на то лицо, которое не отграничило должным образом собственное имущество от имущества

Вестник ВАС. 2013. № 12. С. 9-10; Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покрова: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 18-19.

юридического лица-банкрота, или использовало юридическое лицо для прикрытия собственной предпринимательской деятельности. Банкротство должника распространяется в этих случаях и на такое лицо.

В **Италии** законом предусмотрена ответственность лиц, руководящих деятельностью хозяйственного общества в нарушение принципов корректного управления и действующих при этом в собственных интересах или интересах другого лица, перед кредиторами управляемого юридического лица. Эта ответственность носит субсидиарный характер. Солидарно с управляющими ответственность несут лица, которые осознанно извлекли выгоду из допущенных управляющими нарушений. Ответственность таких лиц ограничена размером полученной ими выгоды.

1) в) Определяя **круг лиц**, которые могут быть привлечены к ответственности по долгам обанкротившегося юридического лица, изученные зарубежные правовые порядки придают решающее значение не формальному статусу соответствующего лица (его должности, объему полномочий и т.п.), а его **фактической роли в руководстве** деятельностью этого юридического лица. Это означает, что ответственность на такого фактического руководителя («de facto директора», «теневое руководство» и т.п.) может быть возложена и тогда, когда его формальный статус сам по себе не позволял принимать ключевые для юридического лица решения, или когда он формально вообще не участвовал в руководстве деятельностью юридического лица. Так, к ответственности привлекают лиц, занимающих положение, аналогичное положению коммандитистов в российском праве, и даже кредиторов. По аналогичной методологии в США определяется лицо, контролирующее уплату организацией налогов: лицо, фактически осуществлявшее такие полномочия, может быть оштрафовано в размере непогашенной налоговой задолженности этой организации.

Вынося решения по таким спорам, суды предпринимают **обобщения относительно требуемой степени контроля** («доминирование») и его **предметных сфер** (назначение и смещение сотрудников, распоряжение средствами на банковских счетах, самостоятельное определение направлений деятельности и др.). Однако и здесь уровень обобщения и типизации ситуации фактического контроля, необходимый для формулирования четких правил на будущее, едва ли достигнут.

2) а) В целях борьбы с легализацией денежных средств, полученных незаконным путем, финансированием международного терроризма и иной преступной деятельностью, в частности, в налоговой сфере, Европейский Союз возложил на национальные правовые порядки стран-членов ЕС обязанность создать **реестры бенефициарного владения** (собственности) (**Четвертая Директива**). Речь идет о повышении доступности информации о том, кто в конечном счете стоит за той или иной хозяйственной деятельностью, несет связанные с ней риски и извлекает из нее прибыль.

Общие принципы функционирования таких реестров, установленные Директивой, подлежат конкретизации и развитию в национальных правовых системах, что уже происходит в настоящее время. Так, в Великобритании реестр уже заработал, в других странах процессы создания реестров находятся на финальной стадии.

Соответствующий нормативный материал относится в первую очередь к следующим вопросам:

- понятие бенефициарного владения;
- содержание реестра;
- форма реестра (реестров);
- порядок предоставления информации в реестр;
- обязанности бенефициара и контролируемого им лица по обеспечению достоверности содержащихся в реестре сведений;
- ответственность за нарушение этих обязанностей;
- порядок доступа к реестру;
- основания и порядок ограничения доступа к определенным сведениям или к сведениям об определенном бенефициаре.

Наметившиеся расхождения между национальными подходами и споры в связи с созданием реестров касаются, прежде всего, степени их открытости, которая поддавалась бы согласованию с принципом неприкосновенности частной жизни, а также включения в реестры информации о бенефициарном владении посредством трастов.

2) б) Проведенное исследование **не позволило обнаружить** следов обсуждения профессиональным сообществом возможности **использования реестров** бенефициарного владения для **целей установления контролирующих лиц**, подлежащих привлечению к ответственности по долгам юридического лица-банкрота.

Одна из причин такой ситуации очевидна – **процесс** использования реестров бенефициаров в Европе **только начинается**.

Кроме того, следует иметь в виду, что такие реестры, хотя и могут **способствовать выявлению** контролирующих лиц для указанных целей, но не **содержат данных, достаточных** для выводов о фактическом осуществлении контроля, и тем более об упречности поведения контролирующего лица.

3) Вместе с тем проведенное сравнительно-правовое исследование богатого зарубежного опыта позволило обнаружить **высокую степень общности подходов** типологически разных правопорядков, относящихся к общему праву, романской и германской ветвям континентально-европейской правовой семьи.

Во-первых, все изученные правопорядки оставляют вопросы привлечения третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица на **усмотрение судов**. Национальные законодатели либо вовсе воздерживаются от регулирования этой сферы, либо

ограничиваются закреплением самых общих положений, основная функция которых – официально признать допустимость такой ответственности в исключительных случаях, предельно абстрактно зафиксировать ее условия и делегировать выработку конкретных правил о ней судам.

Во-вторых, судебная практика и литература, обобщая и критически оценивая накопленный правоприменительный материал, выполняют работу по накоплению и систематизации типичных случаев привлечения третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица. Результат этой деятельности – **перечни факторов, или признаков**, которые, хотя и не предрешают исхода дела, но по крайней мере заслуживают того, чтобы суд при рассмотрении споров этой категории принял их во внимание.

I. Ответственность третьих лиц по долгам юридического лица-банкрота

1. Основания и формы привлечения контролирующего лица к ответственности в случае банкротства компании

1.1. Великобритания

В Великобритании основания привлечения к ответственности контролирующего лица в случаях банкротства определены Законом о банкротстве 1986 года. При этом банкротство – чуть ли не единственная ситуация, когда в Англии допускается возложение имущественной ответственности на ее недобросовестных руководителей⁶. Лишь в редчайших случаях, не поддающихся систематизации, суды отступают от принципа самостоятельности юридического лица по отношению к его участникам без опоры на закон⁷.

По праву Великобритании ликвидатор, администратор, управляющий конкурсной массой вправе от имени общества принудительно взыскивать в судебном порядке по любому исковому требованию общества к должностному лицу, в том числе и не связанному с несостоятельностью⁸. Такие лица представляют интересы кредиторов, тем самым зачастую кредиторы не напрямую направляют иск, а обращаются к ликвидатору, который уже непосредственно подает иск.

Закон о банкротстве устанавливает четыре основания привлечения участников и других контролирующих лиц к ответственности.

Во-первых, ст. 213 Закона о банкротстве 1986 устанавливает, что ответственность налагается на любое лицо в компании в случае, если истцу удастся доказать, что действия данного лица в период ликвидации имели своей целью обмануть кредиторов или совершались с иными обманными, мошенническими целями.

Примером такого действия будет считаться внесение дополнительных личных средств в активы организации, чтобы скрыть ее неплатежеспособность. Если в судебном разбирательстве будет установлено, что было совершено действие, направленное на обман кредиторов, то суд по заявлению ликвидаторов может обязать виновное лицо внести вклад в активы ликвидируемой компании, причем ответственность, то есть размер данного вклада, ничем не ограничена, она полностью определяется по усмотрению суда исходя из личности правонарушителя и обстоятельств конкретного дела.

Важно отметить, что несмотря на почти полное единство терминологии, «мошенничество» («fraud») в банкротстве – это не эквивалент «мошенничеству» в уголовном праве

⁶ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. С. 194-195.

⁷ Общий обзор случаев прокалывания корпоративной вуали, предусмотренных законом или допускаемых судебной практикой, см., например: Vandekerckhove K. Piercing the Corporate Veil. Kluwer Law International, 2007. P. 67-76.

⁸ Bernard S. Black. Legal Regulation of the Liability of Members of Management Organs: An Analysis of International Practice) Alpina Publishers, 2010. P.180-181.

Великобритании⁹. Существуют серьезные процессуальные различия, в зависимости от употребления слова «мошенничество», в уголовном или гражданско-правовом смыслах. В вышеупомянутом случае использования понятия «мошенничество» можно выделить следующие особенности. Во-первых, бремя доказывания лежит на обеих сторонах спора, что в целом характерно для гражданского процесса Великобритании. Во-вторых, дело может быть инициировано только после начала ликвидации компании. Это обусловлено тем, что мошеннические действия лица должны быть совершены непременно в ликвидационный период. В-третьих, что опять-таки обусловлено сущностью гражданского процесса, обе стороны процесса – частные лица, в отличие от «мошенничества» в уголовном праве, где стороной обвинения выступает Корона.

Примером привлечения лица к ответственности по ст. 213 Закона о банкротстве 1986 является дело *Re William C Leitch Bros Ltd [1932]*. Компания продолжала осуществлять торговую деятельность в ликвидационный период, несмотря на явную неплатежеспособность. В суде было установлено, что зная об отсутствии средств для исполнения обязательств, компания тем не менее продолжала на себя их брать, не предупреждая контрагентов о ликвидационных процессах. Ответственное лицо суд обязал произвести существенную выплату в активы общества. В частности, суд постановил: «Если компания продолжает вести бизнес и брать на себя долги в то время, когда есть сведения, что не существует разумной перспективы того, что кредиторы когда-либо получают оплату этих долгов, в целом это правильный вывод о ведении бизнеса компанией с намерением обмануть кредиторов».

Следует подчеркнуть, что неуплата налогов и невнесение других обязательных платежей (корпоративных, на добавленную стоимость, страховых взносов) в некоторых случаях может рассматриваться как презумпция ведения мошеннической экономической деятельности, что может также повлечь последствия по ст. 213 Закона о банкротстве¹⁰. Примерами подобной ситуации являются дела *Re L Todd (Swanscombe) Ltd [1990] BCLC 454* и *Re Cyona Distributors Ltd [1967]*, где суд постановил признать лиц, не уплативших налоги, ответственными за мошенническую торговлю.

Тем не менее данная статья редко применяется в силу того, что весьма тяжело доказать, что действия ответчика имели своей целью именно обмануть кредиторов, а не были попыткой избежать банкротства или поправить положение дел в компании¹¹. В данном случае большую роль играет субъективный фактор, нежели объективный, так как усмотрение судьбы в подобной ситуации велико.

Подводя итог, необходимо еще раз отметить, что взыскание осуществляется в пользу активов компании, которые будут использованы для удовлетворения требований всех кредиторов. Вероятно, это обусловлено тем, что только ликвидатор имеет право подать подобный иск (конкретный кредитор лишен подобного права по ст. 213), действуя тем

⁹ Stephen Griffin, *Company Law Fundamental Principles* LLB, M.Phil, 2006. P. 337.

¹⁰ Ibid. P. 338.

¹¹ Campbell Chr. *International Liability of Corporate Directors*. Lulu.com, 2007. P. 283.

самым в интересах всей компании в целом. Кроме того, легко заметить, что вовремя поданное заявление о банкротстве снизит риски ответственности, так как проинформирует кредиторов о финансовом состоянии компании.

Во-вторых, в соответствии со **ст. 214 Закона о банкротстве 1986** ответственность налагается на руководителя компании в случае установления, что он не предпринял всех возможных мер, чтобы избежать банкротства. В отличие от предыдущего основания, только руководителя компании (в т.ч. «теневого директора») возможно привлечь к ответственности по ст. 214. При этом должны быть соблюдены следующие условия: общество находится в процессе ликвидации; руководитель еще до начала процедуры банкротства знал о её неизбежности; руководитель не принял разумных и добросовестных мер для минимизации убытков кредиторов.

Примером такого неблагоприятного поведения руководителя компании может являться ситуация, когда вместо того, чтобы минимизировать эффект потенциального банкротства, руководитель выписывал премии, необоснованно увеличивал зарплаты¹². В случае удовлетворения подобного иска суд обяжет «неблагоприятного» руководителя внести собственное имущество в активы общества. Объем его ответственности суды определяют ориентируясь на размер потерь компании, вызванных поведением директора после того, как он должен был понять, что у компании нет шансов избежать банкротства (см., например: *Re Purpoint Ltd* [1990] BCC 121)¹³.

Применяя данную статью, суды вновь сталкиваются со сложностями при установлении вины. Истец (ликвидатор) должен доказать, что руководитель определенно точно предвидел неплатежеспособность своей компании – зачастую это невозможно. Например, в деле *Re Sherbourne Associates Ltd* [1995] BCC 40 истец не смог доказать, что в соответствующий момент банкротство было неизбежным и предвидимым, а действия ответчика (руководителя компании) были неблагоприятными, в связи с чем в иске было отказано.

В-третьих, в соответствии со **ст. 212 Закона о банкротстве** ответственность налагается на лицо, виновное в потере денежных средств или иного имущества, неисполнении своих обязанностей, злоупотреблении полномочиями, которые обнаружились в процессе ликвидации.

Если в процессе ликвидации выяснится, что причиной банкротства компании стали неправомерные действия любого лица, наделенного управленческими полномочиями, то иск в отношении такого лица может быть подан ликвидатором, управляющим или любым пострадавшим лицом. Примерами такого неправомерного поведения может являться нарушение своих обязанностей или злоупотребление полномочиями в отношении компании. Если в суде будет установлено, что противоправные действия лица напрямую повлекли неплатежеспособность компании, то суд должен признать такое лицо

¹² Stephen Griffin, *Company Law Fundamental Principles* LLB, M.Phil. 2006. P. 341.

¹³ Ibid. P. 343.

ответственным за потерю денежных средств, а также обязать его возместить весь причинённый ущерб либо внести любую сумму, размер которой определяется по усмотрению суда, в активы компании¹⁴.

Для удовлетворения иска требуется соблюдение трех условий. Во-первых, необходимо доказать наличие причиненного ущерба, причиной которого стали действия руководителя; во-вторых, данный ущерб должен быть причинен именно компании, а не ее кредиторам; и в-третьих, неправомерные действия, которые стали основанием иска, должны были быть предприняты до процесса ликвидации, но смогли быть обнаружены уже в процессе ликвидации.

При этом стоит отметить, что если оспариваемые решения лица были подтверждены советом директоров, то в этом случае лицо ответственности не подлежит. По решению суда размер ответственности директора может быть меньше фактически причиненного компании ущерба.

В-четвертых, в ст. 216-217 Закона о банкротстве 1986 установлен запрет на использование названия обанкротившейся компании, а также названия, схожего с ним до степени смешения, лицами, связанными с функционированием этой компании в прошлом. Так называемый «синдром феникса». Запрещено использовать название обанкротившейся компании в течение 12 месяцев с момента начала процедуры банкротства.

То есть законодатель налагает ограничения на ситуацию, когда должник (или его аффилированные лица) с целью избегания необходимости выплачивать долги своим кредиторам предпринимает процедуру ликвидации, а затем параллельно этому воссоздает (подобно перерождению мифической птицы Феникса) практически точную копию только что ликвидировавшейся компании. Данная ситуация рассматривалась в деле *Archer Structures Ltd v Griffiths [2004] BCC 156*: ответчик был признан виновным за создание компании с названием «MPJ Construction Ltd» спустя менее чем 12 месяцев с момента инициирования процедуры банкротства своей предыдущей компании «MPJ Contractors Ltd».

В случае признания лица виновным по данной статье, оно будет обязано возместить все оставшиеся долги предыдущей компании, то есть любой неудовлетворенный кредитор будет иметь право взыскать свой долг с такого лица. При этом имеются исключения: в случаях, если а) лицо продаст бизнес в период его ликвидации, или б) суд разрешит использование схожего имени, то ответственность по ст.216-217 Закона о банкротстве будет исключена.

Резюме

За редкими исключениями привлечение третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица допускается лишь в случаях его банкротства. Ст. 213 Закона о банкротстве 1986 г. позволяет суду обязать любого, кто намеренно вел дела компании с

¹⁴Fiona Tolmie, Corporate and Personal Insolvency Law, Cavendish Publishing Limited, 2003. P.215.

мошенническими, обманными целями, внести имущественный вклад в конкурсную массу, определяемый судом по своему усмотрению. Аналогичная санкция закреплена и в ст. 214 этого закона для руководителя компании (в т.ч. «теневого директора»), который, зная о неизбежности банкротства, не предпринял необходимых мер для минимизации потерь кредиторов. Кроме того, третьи лица могут быть привлечены к ответственности перед кредиторами юридического лица, если действуя в качестве его руководителей (в т.ч. «теневых»), причинили ему вред (ст. 212 Закона) или после его ликвидации вследствие банкротства создали организацию под аналогичным именем (ст. 216-217).

1.2.США

В США законодательно не установлены специальные основания для предъявления исков к директорам¹⁵. В целом институт субсидиарной ответственности не развит ни в общем праве, ни в статутном. Примеры привлечения контролирующих лиц в банкротстве можно проследить лишь через прецедентное право США, в особенности через практику штата Делавер.

Была попытка установления ответственности за усугубление банкротства (*Deepening Insolvency*), и даже такая практика находилась, но в деле *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst and Young LLP [2006]* Делаверский суд не признал «усугубление» банкротства в качестве основания для иска.

Риск личной ответственности сохраняется, однако, в случаях обвинения директора в нарушении своих фидуциарных обязанностей. Сначала практика исходила из того, что при стабильном финансовом положении директор несет фидуциарные обязанности по отношению к фирме, а когда она входит в «зону несостоятельности», то директор несет эти обязанности уже перед кредиторами¹⁶. Но Делаверский суд постановил, что даже приближение к «зоне несостоятельности» не меняет общие фидуциарные обязанности директора/должностных лиц по отношению к компании.¹⁷ Вследствие этого, в отличие от английского права, несообщение кредиторам о несостоятельности не будет основанием привлечения лица к ответственности, так как фидуциарные обязанности у контролирующего лица имеются только по отношению к компании, а не к кредиторам. Однако Федеральные правила процедуры банкротства требуют, чтобы кредиторам было направлено уведомление о добровольной процедуре банкротства или о принятии распоряжения об оказании помощи в недобровольном случае¹⁸.

То есть даже при банкротстве директор обязан соблюдать свои фидуциарные обязанности, как и раньше. При этом Суд подчеркнул, что иск о нарушении фидуциарных обязанностей

¹⁵ Bernard S. Black, *Legal Regulation of the Liability of Members of Management Organs: An Analysis of International Practice* (Alpina Publishers, 2010) p.180-181

¹⁶ *Odyssey Partners, L.P. v. Fleming Companies, Inc.*, 735 A.2d 386, 417. 1999

¹⁷ *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* (Del. Ch, 2006)

¹⁸ Rule 2002. Federal Rules of Bankruptcy Procedure

можно предъявлять только от имени корпорации, а не на прямую от кредиторов. Данный подход схож с английским подходом к предъявлению исков к контролирующим лицам.

Законодательство штата Делавер вообще допускает ограничение личной ответственности директора за ущерб в случае нарушения фидуциарной обязанности (Кодекс штата Делавер (Delaware Code), Раздел 8, § 102 (b) (7)). Также широко практикуется страховка директоров/должностных лиц¹⁹. В целом в США крайне тяжело привлечь к личной ответственности контролирующее лицо.

Конкретные основания и обстоятельства привлечения варьируются от штата к штату.

Суды обычно ссылаются на триаду обязанностей должностных лиц и директоров перед своими кредиторами или акционерами²⁰: обязанность проявлять должную заботу (the duty of due care), обязанность быть преданным интересам компании (the duty of loyalty) и обязательство добросовестного поведения (the duty of good faith)²¹:

- должная забота требует, чтобы директора/должностные лица проявляли тот уровень заботы, которого требуют сложившиеся обстоятельства. Это означает, что директора и должностные лица должны быть осведомлены обо всей существенной информации и использовать ее для принятия решения. Примером проявления данного принципа является дело *Graham v Allis-Chalmers Mfg Co.* (188 A.2d 125 1963);
- преданность интересам компании предполагает, что интересы корпорации и ее акционеров имеют приоритет над любыми конкурирующими интересами. То есть директора должны избегать любого конфликта между своими обязанностями по отношению к фирме и своими интересами. Примером грубого нарушения принципа преданности интересам компании является незаконное присвоение корпоративных активов. Ответственное за это лицо будет полностью отвечать по долгам фирмы, если такие его действия привели к банкротству (см., например: *US West Inc v Time Warner Inc.*, 1996);
- принцип добросовестного поведения требует от директоров действовать с честными целями, стремиться к самому полному воплощению интересов корпорации, ее благополучию. Однако в большинстве штатов должностные лица и директора находятся под защитой «правила бизнес-суждения» (business judgment rule), которое предполагает презумпцию того, что директор действует во благо фирмы²². Примером нарушения данного принципа является ложное заявление о платежеспособности компании, которое влечет за собой полную ответственность лица, нарушившего обязательство добросовестного поведения.

¹⁹ Ian Youngman, *Directors' and Officers' Liability Insurance: A Guide to International Practice*, Woodhead Publishing, 1999. P.144-152.

²⁰ *Cede & Co v Technicolor Inc*, 634 A.2d 345, 361 (Del., 1993).

²¹ American Bar Association, *Insolvency and fiduciary duties: advising directors and officers when the company cannot pay its bills*, Annual Meeting San Francisco, CA; p. 58.

²² Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010. P. 372.

Суд может привлечь к личной ответственности директора/должностное лицо на основании нарушения одного из таких обязательств. Сейчас существует тенденция к увеличению фидуциарных обязанностей директоров и должностных лиц неплатежеспособной корпорации перед кредиторами корпорации²³.

Например, более чем 120 лет назад в деле *Sanford Fork & Tool Co v Howe, Brown & Co, (157 US. 1895)* суд постановил, что не существует обязательства директора прекратить функционирование фирмы в свете надвигающейся неплатежеспособности, так как такая доктрина препятствует развитию практически любого нового предприятия. В этом можно проследить отличие от Великобритании, где в соответствии с ст. 213 Закона о банкротстве в подобной ситуации лицо бы признавалось ответственным.

В относительно недавнем деле *Nelson v Emerson, (Del. Ch. May 6, 2008)* было установлено, что должностные лица и директора могут отдавать предпочтение конкретным кредиторам, и это не будет нарушать фидуциарные обязанности добросовестного поведения до тех пор, пока предпочтение не мотивировано корыстными интересами. То есть вполне правомерна ситуация, когда должник полностью возмещает долг одному конкретному кредитору, а не пропорционально каждому из них.

В отличие от законодательства Англии, где ст. 214 Закона о банкротстве устанавливает ответственность за непринятие разумных мер для сведения к минимуму потерь кредиторов, в США данное основание очень спорно, разные суды обосновывают разные позиции. Некоторые считают, что у должностных лиц и директоров нет обязанности минимизировать потери кредиторов, даже если корпорация неплатежеспособна. Подобный подход закрепился в деле *Pinnacle Labs, LLC v Goldberg, (W.D. Wis. Sep. 5, 2007)*. В то же время с 1953 года с дела *N.Y. Credit Men's Adjustment Bureau v Weiss 3(N.Y. 1, 7, 110 N.E.2d 397, 398 1953)* существует противоположный подход, утверждающий наличие такой обязанности у всех должностных лиц компании, неисполнение которой делает лицо ответственным соразмерно причиненному ущербу.

Одним из ключевых прецедентов, задавших направление дальнейшей практики, стало решение по делу *Lowendahl v. Baltimore Ohio r.r. Co.* Здесь признание получила т.н. инструментальная доктрина и были сформулированы основные факторы, подлежащие учету при привлечении третьих лиц по долгам юридического лица.

В течение многих лет до своей смерти в 1929 году Либертус Ван Боккелен (далее – Либертус) занимался прибыльным бизнесом по экспорту и импорту продуктов питания, главным образом между Южной Америкой и Соединенными Штатами. Его бизнес осуществлялся в двух основных подразделениях – Буэнос-Айресе и Нью-Йорке, а последний офис находился под руководством его брата Уолтера Ван Боккелена (далее – Уолтер).

²³ North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla (Del. Ch, 2006)

В январе 1929 года Либертус взял кредит у истца на сумму 50 000 \$, который был засвидетельствован Уолтером.

В феврале 1929 года Либертус умер. Уолтер взял на себя активное управление бизнесом, 9 августа 1929 года вдова Либертуса передала Уолтеру купчую на весь бизнес, его активы. Долги фирмы на тот момент составляли более 490 000 долларов.

Суд установил, что Уолтер делал все, чтобы добиться процветания фирмы. Для реконструкции бизнеса (еще по задумке умершего Либертуса) Уолтеру требовались обширные инвестиции. С этой целью 5 октября Уолтер впервые обратился к ответчику (Железнодорожная компания), которого очень заинтересовал предложенный проект, так как Железнодорожная компания хотела использовать торговые линии фирмы Уолтера в будущем для своих целей. Для реализации проекта требовалось 1 500 000 долларов. Банковский анализ, произведенный по заказу ответчика, также показал потенциальную прибыльность проекта. Было решено создать новую корпорацию, на что был получен кредит Банка Манхэттена.

Уолтер Ван Боккелен был избран президентом и получил пятилетний контракт на 25 000 долларов в год. Для реализации проекта в полной мере 14 октября 1929 года была создана Van Bokkelen, Inc. (дочерняя компания новой Корпорации), которой по сделке 1 ноября 1929 года были переданы некоторые активы на сумму 152 000 \$ и почти все обязательства бывшей компании Либертуса, в том числе обязательство перед истцом.

Истец вскоре подал иск о возмещении ущерба (*Lowendahl v. Van Bokkelen, Inc.*), в котором суд постановил в пользу истца, но ответчик с мая 1930 по добровольной процедуре стал банкротом и соответственно не мог возместить убытки истца.

Затем истец подал еще одну жалобу, но теперь к ответчику, что стало предметом рассмотрения данного дела в первой инстанции. Ссылаясь на незаконность сделки по передаче обязательств, и что именно недобросовестное поведение ответчика стало причиной убытков, истец требовал признать ответчиков ответственными по всем долгам Van Bokkelen, Inc.

Суд первой инстанции поддержал истца и признал ответчика ответственным по всем долгам Van Bokkelen, Inc., так как, по мнению суда, с самого создания Van Bokkelen, Inc. ответчик доминировал и контролировал всю его предпринимательскую деятельность, являясь единственным владельцем акций. Кроме того, Van Bokkelen, Inc. являлась инструментом для достижения целей ответчика (создание новой корпорации без долгов), вследствие чего как отдельное юридическое лицо Van Bokkelen, Inc. не существовала.

Ответчики подали апелляцию на данное решение суда первой инстанции.

Во-первых, они оспорили юрисдикцию суда, так как Van Bokkelen, Inc. была признана банкротом, а значит данное дело должно было рассматриваться в специальном суде. (U.S. Code, tit. 11, § 110.). Но сославшись на решения судей в аналогичных делах (*Connell v.*

Walker (291 U.S. 1, 5); Dushane v. Beall (161 U.S. 513)), суд отказал в удовлетворении жалобы на данном основании.

Во-вторых, они сослались на правило *res adjudicata*, вытекающее из решения по делу *Lowendahl v. Van Bokkelen, Inc.*, но суд отказал в удовлетворении и этой жалобы, так как истец не оспаривал материальную часть того дела, а значит он имел право обращения в федеральный суд. Решения в деле *Lowendahl v. Van Bokkelen, Inc.* обязательны только для сторон того спора, и не могут ограничивать стороны в их праве на иск против других лиц.

Рассматривая иск по существу, суд постановил, что сам по себе контроль посредством простого владения большинством или даже всем основным фондом и наличием права для избрания должностных лиц и директоров не обосновывает ответственности. Ответственность должна зависеть от осуществления доминирования и наличия контроля настолько полного, что у дочерней компании не будет собственной воли, и она будет эксплуатироваться как простой отдел материнской компании акционера.

Суд сослался на несколько аналогичных дел:

1. *Berkey v. Third Avenue R. Co.* В соответствии с данным делом в расчет при определении самостоятельности дочерней компании также должны браться принципы добросовестности и справедливости.
2. *Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transportation Co.* Наличие акций еще не означает контроль над дочерней организацией. Отсутствие самостоятельности может быть обусловлено тем, что дочерняя компания не участвует в принятии решений в отношении себя самой. Все решения принимаются не консенсусом с материнской компанией, а путем императивных решений материнской компании.
3. *In United States v. Reading Co. (253 U.S. 26)*. Независимость компании может быть оспорена, если владельцы акций используют эту компанию в качестве инструмента для достижения своих целей.
4. *New York Trust Co. v. Carpenter*. Решение о привлечении корпорации к ответственности по долгам другого лица, в силу осуществляемого данной корпорацией контроля, должно быть основано на принципе справедливости.

Наиболее обоснованной судья в данном деле признает **инструментальную теорию**, в соответствии с которой корпоративная вуаль с дочерней компании может быть снята в случаях, когда:

- материнская компания осуществляет такой контроль над дочерней, что игнорируются корпоративные формальности и решения управляющих должностных лиц, или же вообще невозможно идентифицировать дочернюю компанию отдельно от материнской;

- вышеуказанный контроль используется недобросовестно с целью ввести кредитора в заблуждение;
- такие неправомерные действия материнской компании причинили убытки или вред кредиторам.

Исходя из инструментальной теории, указанной выше, суд, используя тест, созданный Ф.Дж. Пауэллом (F.J. Powell) в его известном исследовании «Материнская и дочерняя корпорации», где он предложил трехфакторный тест, предусматривающий критерии обоснованности снятия корпоративной вуали, устанавливает, что для снятия корпоративной вуали, истцу необходимо было доказать следующие элементы:

1. полное доминирование не только в финансовой сфере, но и при принятии решений по направлениям развития бизнеса;
2. такой контроль должен был использоваться ответчиком для совершения неправомерных действий, нарушения юридических обязанностей или прав истца; а также
3. вышеуказанный контроль и нарушение обязанностей должны причинить ущерб истцу.

Решение суда:

Единогласно апелляция ответчиков была удовлетворена.

Суд постановил, что истец не смог доказать наличие всех трех фактов в отношениях между ответчиком и Van Bokkelen, Inc. в период до совершения неправомерной сделки. Ответчики не знали истца, а значит тем более не намеревались его обмануть. На момент свершения сделки (1 ноября 1929 года) у Уолтера были все основания полагать, что Van Bokkelen, Inc. не обанкротится, но кризис 30-х годов повлиял на финансовую ситуацию как дочерней, так и материнской компании. Кроме того, помимо обязательств на баланс Van Bokkelen, Inc. были переданы и активы. Но самое главное, истцу не удалось доказать полное доминирование ответчика над Van Bokkelen, Inc.

Резюме

В США вопросы, связанные с игнорированием самостоятельности юридического лица, разрешаются штатами, а не на федеральном уровне. Практика привлечения третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица богата, но колеблется, варьируется от штата к штату, внутренне не согласована и даже противоречива, не демонстрирует общих тенденций развития. В аналогичных делах принимаются различные решения.

Так, суды по-разному отвечают на вопросы о возложении на руководство юридического лица фидуциарных обязанностей не только перед этим юридическим лицом, но и перед его

кредиторами, или об обязанности минимизировать потери кредиторов юридического лица ввиду его банкротства.

Доктрины, которыми оперирует судебная практика, хотя и носят разные наименования, принципиально друг от друга не отличаются: к ответственности по долгам юридического лица может быть привлечен тот, кто, обладая чрезмерным контролем над ним и действуя недозволенным образом (противозаконно или недобросовестно), причинил вред кредиторам этого юридического лица. В отдельных решениях достаточным признавался чрезмерный контроль, а вопрос о дозволенности поведения осуществляющего его лица не исследовался.

Неопределенность используемых здесь понятий отчасти устраняется посредством формулирования «тестов», т.е. перечней критериев, которые учитываются при вынесении решения относительно возможности проигнорировать самостоятельность юридического лица и привлечь к ответственности по его долгам третьих лиц в каждом конкретном случае. Подобные тесты аккумулируют в себе наиболее явные признаки ситуаций чрезмерного контроля, однако не связывают суд, который волен констатировать отсутствие такой ситуации несмотря на наличие тех или иных ее признаков, или наоборот, сделать вывод о наличии чрезмерного контроля там, где собранные в тесте критерии или часть из них не выдерживаются.

К числу признаков чрезмерного контроля относят, в частности: исключительное или преобладающее участие контролирующего лица в подконтрольном; совпадение персонального состава руководителей обоих лиц; финансирование подконтрольного лица со стороны лица контролирующего; заключение этими лицами договоров, ставящих в более выгодное положение контролирующее лицо, и многие другие.

1.3.Германия

Смещение имущества (*Vermögensvermischung*)

О смещении имущества можно говорить, когда определенные предметы (речь может идти не обо всей имущественной массе) не достаточно точно принадлежат одной или другой имущественной сфере. Федеральный суд Германии (*Bundesgerichtshof*, *BGH* – высшая судебная инстанция; далее – *BGH*) говорил по этому поводу²⁴: «Ясное разграничение имущества общества и участников общества, подтверждаемое бухгалтерскими книгами, принадлежит к неотъемлемым предпосылкам ограничения ответственности; предписание о сохранении капиталов, направленное на защиту кредиторов общества (§30²⁵ Закона об обществах с ограниченной ответственностью (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, *GmbHG*; далее – *GmbHG*), основывается прямо на том, что образовывается самостоятельная имущественная база общества, и остается закрепленным

²⁴ *BGH*, *ВВ* 1985, 77

²⁵ См. приложение.

ограничение размера собственного имущества участника. Отсюда следует, что когда принадлежность имущества не различима, то дальнейшее существование ограниченной ответственности участников проблематично». Соответственно, такое предметное смешение имущества ведет к расширению предметной ответственности.

В деле об автокране²⁶ суд указывает на то, что только тогда, когда разграничение частного имущества и имущества общества прикрывается с помощью непрозрачного ведения бухгалтерии или каким-то иным способом, а защита капитала из-за этого становится не поддающейся контролю, возможна пронизывающая ответственность. Но для этого BGH требует выдержать следующие предпосылки: во-первых, привлечены к ответственности могут быть только те участники, которые знали о смешении имущества, что доказано, или это должно было быть очевидно для них. Во-вторых, BGH требует, чтобы данные участники находились в положении, дающем им возможность влияния на факт смешения имущества, тогда они могут быть ответственными за это, то есть речь идет о единственном участнике общества или о мажоритарных участниках. Ответственность, независимая от вины, в этом случае выводится из аналогии с §128 Германского торгового уложения (Handelsgesetzbuch, HGB; далее – HGB), когда участники лично отвечают по обязательствам товарищества перед кредиторами как солидарные должники²⁷.

Такое понимание BGH поддерживает далее в одном из банкротных дел²⁸. Здесь был предъявлен иск лично к управляющему мажоритарному участнику обанкротившегося ООО. У ООО отсутствовал бухгалтерский учет, поэтому имущественные отношения общества были не прозрачны. BGH считал, что были налицо предпосылки пронизывающей ответственности из-за смешения имущества: «По мнению судебной практики Сената, личная ответственность участника возможна, когда разграничение имущества общества и личного имущества участника прикрывается нечистым ведением бухгалтерского учета или иным способом; тогда не может функционировать предписание о сохранении капитала (§30 GmbHG), которое определяет соблюдение необходимого баланса для ограничения ответственности имуществом общества (§13 II GmbHG²⁹). Это может оправдать в исключительных случаях предоставление в распоряжение кредитору кроме фонда ответственности, который больше действительно не охраняется, личного имущества участника»³⁰.

Для акционерных обществ недостаточно вышеупомянутых предпосылок в похожих случаях. Основание для этого то, что каждое изъятие имущества участником выше балансовой прибыли (Bilanzgewinn) незаконно, т.е. вмешательство в имущество, которое необходимо для покрытия долгов, ведет к прямой обязанности выплатить обратно то, что

²⁶ BGHZ 95, 330 = BB 1985, 2065 = NJW 1986, 188

²⁷ Roth H., Weller M.P. Handels- und Gesellschaftsrecht. 7 Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2010. S. 234.

²⁸ BGH, ZIP 1994, 867.

²⁹ См. приложение.

³⁰ Arnim C. U.S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U.S.-amerikanischen Corporation. Berlin. NZG, 2000. S. 5-6., Ahnis E., Kuhlmann J. Konzern- und Umwandlungsrecht. 4 Aufl. Rot: C. F. Müller, 2016. S. 210.

было изъято (Rückzahlungsverpflichtung) (§§57, 62 Закона об акционерных обществах (Aktiengesetz, AktG; далее - AktG)³¹.

От обсуждаемого выше случая надо отличать смешение сфер, влекущее наступление ответственности (Sphärenvermischung). В этой группе случаев участник не проводит достаточного разграничения между сферами деятельности общества, которое он представляет в обороте, и своей собственной. Тогда участнику должны вменяться самому совершенные сделки. Но это не случай пронизывающей ответственности, а ответственность за создание видимости (Rechtsscheinhaftung)³².

Отношения зависимости и господства

Правопорядок рассматривает юридическое лицо в качестве самостоятельного носителя прав и обязанностей, поэтому оно и в правовых отношениях действует как носитель собственных интересов. Но не во всех случаях это так, иногда интересы одного лица могут быть подчинены интересам другого, но только одного этого факта не будет достаточно. BGH в решении о сборных домах говорит: «Господство одного юридического лица над другим еще не ведет к пронизывающей ответственности, поскольку само такое господство еще не угрожает интересам кредиторов... Существует в литературе..., как и в судебной практике... единое мнение о том, что подчиненность одного предприятия другому в рамках концерна не затрагивает его самостоятельности, не затрагивает даже тогда, когда есть налицо так называемое соединение с утратой юридического лица (Organschaft), то есть полное экономическое и организационное присоединение (Eingliederung)»³³. Ответственность господствующего предприятия (ответственность по праву концернов) рассматривается только тогда, когда оно не принимает во внимание собственные интересы зависимого общества³⁴. Речь идет о так называемой квалифицированной зависимости.

Квалифицированная зависимость, обязывающая к возмещению убытков, возникает, когда:

– между зависимыми и господствующими организациями был заключен договор о господстве (Beherrschungsvertrag) или договор об отчислении прибыли (Gewinnabführungsvertrag) (§291 AktG³⁵);

– хотя и нет указанных договоров, но господствующая организация имеет устойчивую руководящую власть в отношении зависимого общества так, как будто между ними есть договор (так называемый квалифицированный фактический концерн)³⁶.

Первый случай квалифицированной зависимости регулируется предписаниями §§15-19, 292, 302, 303 AktG³⁷. Вместе с тем важно понимать, что это пронизывающая

³¹ Arnim C. Op. cit. S. 5-6.

³² Roth H., Weller M.P. Op. cit. S. 234.

³³ BGH, NJW 1977, 1449, 1451.

³⁴ Arnim C. Op. cit. S. 5.

³⁵ См. приложение.

³⁶ Schmidt K. Gesellschaftsrecht. 4 Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns Verlag KG, 2002. S. 238-239.

³⁷ См. приложение.

ответственность, которая урегулирована законом. Отмечается, что в техническом смысле это не собственно пронизывание, но его прямая альтернатива³⁸.

Второй случай квалифицированной зависимости выводился из судебной практики. Вопрос, существуют ли особые правила для квалифицированного фактического концерна, оставался спорным с момента появления этой правовой конструкции. С 1986 года по 2001 год, между делами Autokran и Bremer Vulkan, судебная практика пыталась выработать концепцию понимания квалифицированного фактического концерна.

Второй гражданский Сенат BGH (одна из судебных коллегий Федерального суда Германии), в компетенцию которого входит право обществ, не подхватывает изначально эту идею. Но потом одобряет в последующих решениях (Autokran³⁹ – Tiefbau⁴⁰ – Video⁴¹) обязанность выравнивания потерь (Verlustausgleichspflicht) в квалифицированном фактическом концерне. Это вызвало возражения в особенности среди юристов средних предприятий. Говорили, что пришел конец ограничению ответственности в обществах с ограниченной ответственностью. Критика ответственности в виде выравнивания потерь (Verlustausgleichshaftung), между прочим, была вызвана тем, что предлагалось рассматривать в качестве «господствующего предприятия» в том числе и физическое лицо⁴².

Резкая критика в науке и практике приводит BGH в деле о «ТВВ»⁴³ от 29.03.1993 к тому, что предпосылки ответственности в виде выравнивания потерь (Verlustausgleichshaftung) в результате квалифицированного фактического концерна были им отклонены. После этого контролирующее предприятие отвечает только по аналогии с §§302, 303 AktG⁴⁴, т.е. как будто между предприятиями есть договоры, предусмотренные §291 AktG. Власть концерна используется в том смысле, что не принимаются соразмерно во внимание собственные интересы зависимого общества, так, что не компенсируются причиненные ему убытки через единичные меры покрытия (Einzelenausgleichmaßnahmen). Длительное и всеобъемлющее осуществление управленческой власти не должно создавать презумпции, будто не принимались во внимание интересы зависимого общества. Истец должен наоборот представить и доказать обстоятельства, которые говорят в пользу такого предположения, при этом суд может ему дать доказательственные послабления (Beweiserleichterungen⁴⁵)⁴⁶.

³⁸ Schmidt K. Op. cit. S. 239.

³⁹ BGHZ 95, 330 = BB 1985, 2065 = NJW 1986, 188

⁴⁰ BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800

⁴¹ BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142

⁴² Hirte H. Kapitalgesellschaftsrecht. 6 Aufl. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum, 2009. S. 370.

⁴³ BGH, 29.03.1993 - II ZR 265/91

⁴⁴ См. приложение.

⁴⁵ В Германии в соответствии с Гражданским процессуальным уложением (Zivilprozessordnung, ZPO, далее – ZPO) действуют строгие правила доказывания, но в некоторых случаях допускаются послабления. Например, по §287 ZPO в споре, касающемся возникновения и размера убытков (т.е. если указанное не доказано точно), суд может принять определенное решение с учетом всех обстоятельств на основании внутреннего убеждения.

⁴⁶ Hirte H. Op. cit. S. 370.

С принятием решения по делу Bremer Vulkan⁴⁷ судебная практика отбрасывает прежний подход, распространявший ответственность по праву концернов на ООО, и официально провозглашает только ответственность господствующего предприятия за вмешательство, подрывающее жизнеспособность общества.

Недостаточная капитализация общества

Самое известное раскрытие этого термина дал Peter Ulmer⁴⁸: «Общество находится в состоянии недостаточной капитализации, когда его собственного капитала не хватает на то, чтобы в пределах желаемой или фактической сделкоспособности определенного вида и определенного объема удовлетворить среднесрочные или долгосрочные финансовые потребности, принимая во внимание существующие методы обеспечения капиталом, но не через получение кредита третьих лиц».

Недостаточная капитализация может быть а) номинальной или б) материальной.

а) О номинальной говорят, когда недостаточность собственного капитала покрывают с помощью чужого капитала, т.е. происходит замещение собственного капитала общества (случаи, когда участник общества дает ему заем). Такие действия участника могут привести к неблагоприятным последствиям, в том числе и к банкротству. Но в данном случае для привлечения участника к ответственности также можно обойтись без пониживания, поскольку для этого случая в законе есть специальные правила: §§39, 44а, 135, 143 Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung, InsO, далее – InsO). В частности, §39 InsO абз.1 п. 5 устанавливает, что такой участник общества попадет в пятую (последнюю) очередь кредиторов. Такое правило не действует в отношении участника общества, который не управлял им, а также, если его вклад в капитал был менее 10%. §44а устанавливает, что третье лицо, которое выдало заем обществу под, например, поручительство или залог его участника, перед тем, как иметь возможность удовлетворения из конкурсной массы, обязано выдвинуть своим требования против участника. При удовлетворении требований третьего лица участником, последний станет кредитором пятой очереди в соответствии §39 InsO абз.1 п. 5. §§135, 143 InsO предусматриваются определенные случаи, когда такое положение участника может быть оспорено. Таким образом, ужесточается ответственность участника за номинальную недостаточную капитализацию общества без обращения к пониживанию⁴⁹.

б) О материальной недостаточной капитализации говорят, когда необходимое вложение капитала не состоялось полностью. Но речь идет не о пониживающей ответственности, в

⁴⁷ BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99

⁴⁸ Цит. по: Schmidt. K. Op. cit. S. 240.

⁴⁹ Schmidt A. (Hrsg.). Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. 3 Aufl. Münster: ZAP-Verlag, 2009. S. 536-551, 567-572, 1325-1373, 1413-1444; Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова // Вестник ВАС. 2013. № 12. С. 21-22;

таких случаях она строится на базе деликта. Такое основание для защиты кредиторов заслуживает преимущества перед резким инструментом пронизывания⁵⁰.

В решении⁵¹ от 4.05.1977 речь шла о случае, в котором предприятие по изготовлению сборных домов создало ООО с минимальным капиталом в 20000 DM, установленным законом, что для производства недостаточно. Поэтому необходимое оборудование предоставлялось в распоряжение обществу его единственным участником, который осуществлял управление им. В данном случае BGH отметил, что само по себе господство никак не нарушает интересы кредиторов, даже в том случае, если единственный участник общества является управляющим лицом. Здесь же BGH сказал: «При обсуждении имеется ли злоупотребление юридическим лицом... надо учитывать, как участник покрывает необходимость общества в деньгах через заем, можно ли его упрекнуть в факте недостаточной капитализации общества. Данная точка зрения основывается на действующем праве обществ, которое предписывает только определенный минимальный капитал»⁵². В рамках этого дела BGH не нашел оснований для привлечения к ответственности участника.

По вопросу об ответственности участников за недостаточную материальную капитализацию ранее частично расходились позиции трех немецких судов – Федерального суда Германии (BGH)⁵³, Федерального суда по трудовым спорам (Bundesarbeitsgericht BAG – высшая судебная инстанция в системе трудовых споров; далее – BAG)⁵⁴, Федерального суда по социальным вопросам (Bundessozialgericht, BSG – высшая судебная инстанция в системе споров, связанных с социальными вопросами; далее – BSG)⁵⁵. Первые два отклонили пронизывающую ответственность за простую недостаточную капитализацию (bloßer Unterkapitalisierung). BAG обосновывал такую позицию непонятностью термина пронизывающая ответственность и соответственно предпосылок такой ответственности, а равно объективной трудностью определения необходимой капиталовооруженности. По-другому этот вопрос решается BGH в отношении квалифицированной недостаточной капитализации (qualifizierte materielle Unterkapitalisierung), в данном случае BGH соглашается с ответственностью из §826 BG. BSG же считает, что должно существовать «некое соотношение между существующими финансовыми потребностями, определяемыми желаемой или фактической сделкоспособностью, и собственным капиталом, которым общество отвечает».

В литературе тоже существуют такие мнения, поддерживающие подобную позицию BSG. Но приводятся и аргументы против. В частности, обращается внимание на сложность определения потребностей в капитале ex ante. Главный аргумент против ответственности из-за недостаточной материальной капитализации состоит в том, что в законе отсутствует

⁵⁰ Schmidt. K. Op. cit. S. 241-242.

⁵¹ BGH, 04.05.1977 - VIII ZR 298/75

⁵² Arnim C. Op. cit.. S. 4.

⁵³ BGHZ 68, 312 (315), BGH NJW-RR 1999, 2809.

⁵⁴ BAG ZIP 1999, 878.

⁵⁵ BSG NJW-RR 1995, 730, BSG NJW-RR 1997, 94 (95).

какое-либо предписание о размере собственной капиталовооруженности ООО⁵⁶, но есть только положение о минимальном капитале.

С принятием решения по делу Gamma⁵⁷ от 28.04.08 BGH исключает окончательно материальную недостаточную капитализацию из группы случаев пронизывающей ответственности, по сути, поддерживая свою прошлую позицию. BGH отметил четко, что вопрос о пронизывающей ответственности при недостаточной материальной капитализации не ставится, так как для признания таковой не хватает законных оснований (Legitimationsbasis). Она не соответствует воле законодателя, не позволяет сформулировать состав ответственности способом, обеспечивающим законность. Более того, ответственность участников мыслима только как деликтная, а именно – в случае умышленного причинения вреда, нарушающего добрые нравы (§826 Германского гражданского уложения (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB; далее - BGB)). Вопрос, должен ли §826 BGB распространяться на недостаточную капитализацию как на отдельный подвид ответственности в рамках такого параграфа или он поглощен ответственностью, подрывающей жизнеспособность общества, BGH оставил открытым. Но, по всей видимости, теперь ответственность за квалифицированную недостаточную капитализацию объясняется все-таки через ответственность, подрывающую жизнеспособность общества.⁵⁸

Ответственность за подрыв жизнеспособности общества

«Переориентация судебной практики на ответственность, подрывающую жизнеспособность общества, произошла после фундаментального доклада Röhrich'a»⁵⁹, который положил начало отказу от концепции квалифицированного фактического концерна ООО. Ответственность за подрыв жизнеспособности общества утверждается в судебной практике после решения BGH по делу Bremer Vulkan^{60,61}.

Как уже говорилось в предыдущем разделе, данный состав рассматривается в рамках деликтной ответственности в соответствии с §826 BGB. Но такое вмешательство не предполагает, что оно всегда должно выполняться участником лично. По мнению судебной практики, может отвечать также тот участник, который только лишь согласен с выводом имущества. С другой стороны, в деле Bremer Vulkan BGH отклонил ответственность управляющего органа господствующего общества (Organwarter einer beherrschender Gesellschaft) за вмешательство, подрывающее жизнеспособность общества, хотя в этом конкретном случае он (орган) был не просто согласен с таким вмешательством, но и лично его осуществил⁶².

⁵⁶ Schult L. Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung. München: Herbert Utz Verlag, 2009. S. 109.

⁵⁷ BGH, 28.04.2008 - II ZR 264/06.

⁵⁸ Schult L. Op. cit. S. 110.

⁵⁹ Wagner G. Existenzvernichtung als Deliktstatbestand. In: Heldrich A., Prölss, Koller I. (Eds.). Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. München: Verlag C.H. Beck, 2007. S. 475.

⁶⁰ BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99.

⁶¹ Wagner G. Op. cit. S. 475.

⁶² Ibid. S. 479-480.

Предпосылки ответственности за вмешательство, подрывающее жизнеспособность общества⁶³:

1) участник или участники общества должны лишить общество имущества. Понятием «имущество общества» охватывается не только балансовое имущество, но и деловые возможности и ресурсы (Geschäftschancen und –ressourcen). Это то, с чем мы связываем возможность общества планомерно продолжать свою деятельность и получать выручку с оборота (Umsatzerlöse);

2) причинная связь с банкротством общества. Изъятие имущества должно быть причиной банкротства общества или должно вести к усугублению его положения, причем достаточно серьезному;

3) противоречие добрым нравам. Оно существует и с этим соглашается BGH, когда участник изымает имущество общества и переводит его в свою имущественную сферу (непосредственно или опосредованно), и вместе с тем это ведет к уменьшению имущественной массы, которая доступна для удовлетворения кредиторов;

4) вина участника. Предпосылка вины считается выполненной, когда участник осознает, что им самим или с его согласия причиняется вред имуществу общества;

5) вред общества. Он определяется путем сравнения фактического имущественного положения обанкротившегося общества с гипотетическим имущественным положением без вмешательства, подрывающего жизнеспособность общества. Упущенная выгода определяется путем издержек, которые не понесло бы общество в связи с открытием и продолжением банкротного процесса, если бы не такое вмешательство;

б) ограничение ответственности. Размер вреда, который подлежит возмещению, ограничивается величиной, необходимой для удовлетворения требований кредиторов или для покрытия издержек банкротного процесса. Участник может доказывать, что вред кредиторам не идентичен номинальной стоимости (Nennwert) их требований. Для обоснованности полной номинальной стоимости требований кредиторы достаточно установления того факта, что было вмешательство, подрывающее жизнеспособность общества. Это потом проблема участника – установить и доказать, что вред, причиненный кредиторам, был меньше⁶⁴.

До решения по делу «Trihotel⁶⁵» признавалось, что вопрос о пронизывающей ответственности не может рассматриваться, когда в отношении имущества общества открыт банкротный процесс, то есть закреплялась субсидиарность такого требования по отношению к требованию из §§30, 31 GmbHG. Кредитор мог обратиться с притязанием к участнику только после закрытия процесса, а также в случаях, когда он не откроется вовсе из-за недостатка имущества у общества. От такого понимания BGH сейчас отказывается и

⁶³ Roth H., Weller M.P. Op. cit. S. 236-237; Baumbach A., Hueck A. GmbHG. 19 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2010. S. 292-295; Kroh J. Der existenzvernichtende Eingriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. S. 62-94.

⁶⁴ Wagner G. Op. cit. S. 478.

⁶⁵ BGH, 16.07.2007 - II ZR 3/04.

вместо этого разъясняет, что притязание на возмещение убытков из вмешательства, подрывающего жизнеспособность общества, в отношении притязания из §§30, 31 GmbHG не субсидиарно – признается конкуренция притязаний⁶⁶.

Для кредиторов это означает, что если общество попадает в банкротство в результате такого вмешательства, то притязание на возмещение убытков общества в отношении участника может осуществить только банкротный управляющий. Кредитору непосредственный доступ к имуществу участников общества невозможен, он извлекает пользу только косвенно через осуществление внутреннего притязания⁶⁷. Если дело не дошло до открытия банкротного процесса – в особенности из-за недостатка имущества – кредитору на законных основаниях (Grundlage eines Titels) попадает в залог внутреннее право требования общества в отношении участника, которое кредитор может требовать передать себе. В этих случаях также исключается непосредственное пронизывание⁶⁸.

В решении по делу «Sanitary»⁶⁹ BGH признал ответственность из деликта на основании §826 BGB при нарушении предписаний о ликвидации. Участник общества (внутренняя ответственность) отвечает тогда, когда он, игнорируя запрет, установленный в §73 Abs.1 GmbHG, наносит вред имуществу общества, которое направлено на удовлетворение интересов кредиторов⁷⁰.

Резюме

Охрана интереса кредиторов юридического лица в том, чтобы имуществу и хозяйственной деятельности этого лица не наносился ущерб действиями его руководителей и участников, опосредовано достигается через применение правил о концернах или группах компаний. Право концернов, закрепленное законом и развитое судебной практикой, возлагает на контролирующих лиц обязанность возмещать зависимым от них юридическим лицам ущерб, причиненный им управленческими решениями, которые принимались в интересах группы компаний или в интересах других компаний группы, вразрез с интересами зависимого лица.

Наряду с этим в судебной практике получили распространение подходы, позволяющие привлекать третьих лиц к ответственности перед кредиторами юридического лица-банкрота. Современная практика исходит из возможности возложить ответственность перед кредиторами юридического лица-банкрота на его участников, которые лишили это юридическое лицо имущества или иным образом нанесли вред его хозяйственной

⁶⁶ Schwerdtfeger A. Fachanwaltskommentar. Gesellschaftsrecht. 2. Aufl. Köln: Heymanns Verlag, 2010. S. 627. Eisenhardt U., Wackerbarth U. Gesellschaftsrecht II. Recht der Kapitalgesellschaften: Mit Bezügen zum Bilanz-, Insolvenz- und Kapitalmarktrecht. Grafrath: C. F. Müller, 2013. S. 104.

⁶⁷ Fuchs M., Pauker W., Baumgärtner A. S. Delikts- und Schadensersatzrecht. 9. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 2016. S. 182

⁶⁸ Schwerdtfeger A. Op. cit. S. 627

⁶⁹ BGH ZIP 2009, 802.

⁷⁰ Roth H., Weller M.P. Op. cit. S. 238.

деятельности в противоречие с добрыми нравами, спровоцировав тем самым банкротство этого юридического лица или существенно усугубив его плачевное состояние.

1.4. Нидерланды⁷¹

В Нидерландах коммерческие компании с ограниченной ответственностью имеют юридическую личность, которая отличается от личности ее участников (статья 2:5 ГК Нидерландов). По общему правилу участники нидерландских компаний с ограниченной ответственностью не отвечают по долгам компании за пределами их вклада; также директора не несут личную ответственность за долги компании. Вместе с тем, в определенных ситуациях такая ответственность все-таки существует.

Деликт

Со времен известного решения *Osby* в Нидерландском Верховном Суде в 1981 году общая тенденция рассмотрения ответственности участников по долгам компании строится на основе правил о деликте. Деликт рассматривается как принципиальная основа для привлечения к ответственности участников третьими лицами. В указанном выше деле центральным был вопрос, можно ли контролирующую компанию (*Osby Sweden*) привлекать к ответственности перед кредитором ее дочерней компании, которой она полностью владела (*Osby Netherlands*), когда контролирующая компания предоставила кредит дочерней и получила все имущество последней, актуальное и будущее, в качестве обеспечения. Было решено, что *Osby Netherlands* создает видимость финансово-устойчивой корпорации, хотя в действительности она не имеет имущества для удовлетворения кредиторов. Верховный Суд посчитал, что контролирующая компания может отвечать по деликту перед кредитором дочерней компании, когда такая компания оказывает влияние на управление дочерней компанией, учитывая размер ее требований и обеспечения и учитывая развитие деятельности дочерней компании. На момент создания обеспечения контролирующая компания знала или должна была предвидеть, что имуществу новых кредиторов это может причинить вред из-за недостатка имущества, несмотря на это не была проявлена необходимая забота об остальных кредиторах.

До дела *Osby* Верховный Суд воздержался в деле *Etba* от похожего типа ответственности в отношении банка. В этом деле Суд признал ответственным его за проведение кредитной политики, создающей видимость платежеспособности своих должников, что ввело в заблуждение третьих лиц, кредиторов. В деле *Osby* такая ситуация сложилась в отношениях между материнской и дочерней компаниями. Сходство фактов и аргументов поразительное, но решения разные.

После решения Верховного Суда по делу *Osby* возникает идея, что контролирующая компания может иметь юридическую обязанность принимать во внимание интересы

⁷¹ Этот раздел основан на: Vandekerckhove K. *Piercing the Corporate Veil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. P. 33-38.

кредиторов своей дочерней компании. Два аспекта играют здесь важную роль. Первый. Нарушение обязанности должной осмотрительности в отношении кредиторов часто будет зависеть от того, знала или должна была знать контролирующая компания, что ее действия или бездействие могли навредить кредиторам дочерней компании. Второй зависит от степени вовлеченности контролирующей компании в управление дочерней компанией. Когда контролирующая компания активно влияет на каждодневное управление дочерней компанией, она может быть рассмотрена как квази-директор, в этом качестве она может быть связана такими же обязательствами, как и официальный (формальный) директор и может подвергаться такой же ответственности в случае нарушения обязательств. Следуя за этими рассуждениями, большое количество дел, касающихся снятия корпоративной вуали, решалось на основе правил о деликте. Такие дела имеют в основе нарушение интересов кредиторов через продолжение ведения убыточной деятельности, практику выборочных платежей, необоснованный отказ платить кредиторам, способы распределения прибыли, создание видимости платежеспособности, нарушение разумных ожиданий третьих лиц и так далее.

Ответственность директора

Первые такие правила, которые могут привести к ответственности участников по долгам дочерней компании, сформулированы в ст. 2:138 (*naamloze vennootschap*) и 2:248 (*besloten vennootschap*) ГК Нидерландов. Они предполагают возможность привлечения к ответственности директора компании в случаях грубых ошибок в управлении, которые являются важной причиной банкротства этой компании. Контролирующие компании попадают в сферу действия указанных положений закона через распространение на них правил о фактических директорах (*de facto* директорах), т.е. о лицах, фактически осуществляющих полномочия исполнительного органа, в действительности таковыми не обладая. Контролирующая компания может быть рассмотрена как фактический руководитель, когда она имеет прямое влияние на управление дочерней компанией и когда в реальности *официальное* управление дочерней компанией не принималось в расчет.

Помимо этой специфической ответственности в случаях с банкротством контролирующая компания, которая действует в качестве официального директора своей дочерней компании, подвергается общей ответственности директоров, которая предусматривается в праве компаний. В качестве дополнения ст. 2:11 ГК Нидерландов предполагает, что директора контролирующей компании, которые самостоятельно действуют в качестве директоров в дочерней компании (так называемый второй уровень директоров) могут быть подвергнуты схожей ответственности.

Добровольное прокалывание

Добровольное прокалывание допускается по нидерландскому праву, например, путем письма об обеспечении (*comfort letter*) или заявления *keep well*. Особый случай добровольного прокалывания корпоративной вуали предусматривается правом в виде объявления контролирующей компании в опубликованном годовом отчете, что она будет совместно отвечать по долгам дочерней компании в целях освобождения последней от

исполнения своих обязательств (ст. 2:403 НГК). Другой случай находится в ст. 2:94 а и b (naamloze vennootschap) и 2:204 а и b (besloten vennootschap) НГК: если контролирующая компания делает вклад в натуральной форме в капитал дочерней компании или поглощает ее, то она может обойтись без выполнения обязанности описи состояния ее имущества и его аудита, которые необходимо совершить в соответствии с законом, при условии, что она объявит, что будет ответственна по обязательствам дочерней компании в определенный период после поглощения или вноса. Смысл такого положения в том, что третьи лица могут удовлетвориться за счет контролирующей компании, а также получить сведения о годовом отчете и реальности вноса соответственно.

Идентификация (Vereenzelviging) (отождествление)

В ходе идентификации связанные корпорации рассматриваются как одно юридическое лицо, действия и ответственность одной компании могут быть приписаны другой компании. В конкретном деле другое (юридическое) лицо может быть идентифицировано в зависимости от фактических обстоятельств дела.

Из судебной практики могут быть выведены различные факторы, которые по большей части в своих комбинациях, могут быть источником идентификации. Такими факторами могут быть: влияние одной компании на другую, интенсивная вовлеченность в управление корпорацией, создание ожиданий в отношении третьих лиц, смешение имущества, близкое смешение (включает в себя, например, идентичность участников и/или директоров, адресов, использование похожих бланков и так далее). В общем, суд может принять решение об идентичности аффилированных компаний, когда их de-iure независимое существование приводит к злоупотреблению. Таким образом, суд должен оценить, охватывалось ли целью и содержанием конкретного договорного или законного правила при сложившейся ситуации сохранение независимости аффилированных лиц.

Примером использования идентификации может служить решение по делу Heuga Верховного Суда 1994 года. В этом решении, вынесенном в отношении контролирующей компании (Heuga Holding BV), прекратил действие особый корпоративный режим, применяемый в отношении ее 100% дочерней компании, Heuga Nederland, и ее отнесли к контролирующей компании. В указанном случае совет предприятия⁷² Heuga Nederland имел определенную власть в области назначения представителей компании, а также оказывал воздействие на принимаемые ею решения. В группе Heuga такой совет был только у дочерней компании, Heuga Nederland. Контролирующая компания, Heuga Holding, принимает решение, в соответствии с которым совет предприятия Heuga Nederland утрачивал важную часть влияния в группе, без соответствующей консультации с ним (формально таких консультаций не должно быть, поскольку решение принимала не сама дочерняя компания). Верховный Суд счел, что решение контролирующей компании должно быть приписано ее дочерней компании. Обоснование было следующим: во-первых,

⁷² Данная структура действует в соответствии со специальным законом и является органом, представляющим работников, существует наряду с профсоюзами. Имеет определенный набор полномочий, позволяющий оказывать воздействие на управление компанией.

контролирующая компания имела 100% участие в дочерней компании и была ее единоличным директором. Во-вторых, директор контролирующей компании представлял ее саму в качестве участника и директора Heuga Nederland. Таким образом, по мнению Верховного Суда, ясно, что Heuga Holding контролирует Heuga Nederland в таком объеме, что обе компании должны быть идентифицированы (то есть рассматриваться как одна).

Верховный Суд традиционно относится к идентификационной теории сдержанно. Близкое смешение дел само по себе не дает оснований для заключения о необходимости идентификации. Если компания является частью группы корпораций, даже в тех случаях, когда почти все доли участия в ней принадлежат одному участнику и когда он образует с этой компанией экономическое единство, то этого все равно недостаточно для обоснования привлечения к ответственности такого участника за договорные обязательства компании.

Идентификационная теория не обходится без критики в Нидерландах. Некоторые комментаторы предлагают ограничить ее применение редкими случаями, в которых деликтное право не дает решения. В этом смысле деликт – это основа для снятия корпоративной вуали, идентификационный метод должен использоваться лишь как крайняя мера, *ultimum remedium*.

Резюме

Праву Нидерландов известны специальные правила о привлечении руководителя юридического лица (в том числе и чисто фактического, которым может выступать, например, участник) к ответственности перед его кредиторами в случае доведения этого лица до банкротства, а также ряд оснований привлечения третьих лиц к ответственности по долгам юридического лица, напрямую не связанных с банкротством. Кредиторы юридического лица могут получить удовлетворение за счет имущества других лиц на основании общих положений об ответственности руководителя юридического лица (в том числе и чисто фактического), в случаях добровольного принятия такими лицами ответственности за действия юридического лица или настолько тесного слияния разных лиц, при котором справедливость требует их идентификации (квалификации в качестве единого субъекта права). Кроме того, ответственность третьих лиц, осуществлявших фактическое руководство юридическим лицом и проигнорировавших очевидные интересы кредиторов, выводится судебной практикой из общих положений о деликте.

1.5. Франция

Во Франции опосредованное привлечение третьих лиц к ответственности перед кредиторами обанкротившегося юридического лица осуществляется, главным образом, на основании специальных правил об ответственности за недостаточность активов банкрота или посредством распространения банкротства на таких третьих лиц⁷³. Широта сферы

⁷³ Этот раздел опирается в основном на следующие публикации: Kroh J. Op. cit. S. 233-314; Le Gall J.-P., Ruellan C. Droit commercial. Notions générales. 16e éd. Paris: Dalloz, 2014; Moulin P. L'action en insuffisance d'actif //

применения первого из названных инструментов делает излишними поиски дополнительных средств защиты.

Ответственность за недостаточность активов (*responsabilité pour insuffisance d'actif*), пришедшая на смену слегка модифицированному иску о раздутых пассивах (*action en comblement de passif*), урегулирована статьями 651-1 – 651-4 Торгового кодекса Франции.

В соответствии со ст. 651-2 Кодекса суд вправе полностью или в части возложить ответственность перед кредиторами банкротства на его руководителей (в том числе чисто фактических), если ими были допущены ошибки в управлении, ставшие одной из причин недостаточности активов. Хотя требования к ним заявляются от имени и удовлетворяются в пользу банкрота, закон прямо указывает на пропорциональное распределение полученных таким образом средств между его кредиторами.

Для привлечения третьих лиц к ответственности на этом основании необходимо, чтобы

- 1) ими были допущены ошибки в управлении юридическим лицом;
- 2) юридическое лицо не могло полностью расплатиться со своими кредиторами (недостаточность активов);
- 3) недостаточность активов стала следствием в том числе и ошибок в управлении, допущенных третьими лицами (причинно-следственная связь).

Привлечение третьих лиц к ответственности на данном основании не допускается, если ошибки в управлении были допущены ими по простой небрежности⁷⁴.

Целый ряд элементов этого регулирования предполагает конкретизацию со стороны судебной практики, причем судам предоставлено широкое усмотрение. Это касается, прежде всего, понятий ошибки в управлении (*faute de gestion*) и фактического управляющего (*dirigeant de fait*), а также «ослабленной» причинно-следственной связи (достаточно, чтобы ошибка в управлении была одной из причин, усугубила и т.п. («*contribué*») недостаточность активов). Кроме того, судам предстоит наполнить содержанием понятие простой небрежности («*simple négligence*»), которая с недавних пор объявлена недостаточной для привлечения управляющего к ответственности.

Более того, само решение о возложении ответственности на управляющих и о размере такой ответственности оставлено законодателем на усмотрение суда.

Понятие *ошибки в управлении* конкретизируется судебной практикой с учетом обстоятельств конкретных дел (нарушение закона или устава; ошибочные бизнес-решения; некорректное ведение бухгалтерии; бездействие и безразличие к вопросам управления и

<https://heraultjuridique.com/juridique/droit-pratique/laction-insuffisance-dactif-%c2%bd/>;

<https://heraultjuridique.com/juridique/droit-pratique/laction-en-insuffisance-dactif-22/> (дата публикации – 20.04.2017; дата обращения – 31.05.2017); Vandekerckhove К. Op. cit. P. 39-45.

⁷⁴ Это дополнение введено в ходе реформы, проведенной 9 декабря 2016 года.

др.). К типичным ошибкам такого рода могут быть, по-видимому, отнесены и те, которые до реформы законодательства обосновывали банкротство управляющего, причинившего своим поведением вред кредиторам юридического лица-банкрота: управляющий обращался с имуществом юридического лица как со своим собственным; осуществлял предпринимательскую деятельность в собственных интересах под корпоративным покровом; использовал имущество юридического лица в своих интересах или интересах другого лица, бенефициаром которого являлся; злонамеренно и в собственных интересах продолжал убыточную деятельность юридического лица, которая неминуемо вела к банкротству последнего; изымал или прятал активы юридического лица или мошеннически раздувал его активы.

Фактическими управляющими, возможность привлечения которых к ответственности, предусматривалась законодательством о банкротстве начиная с 1967 года, едва ли обозримая судебная практика признает бывших формальных управляющих, участников, материнские общества, кредитующие банки. Фактическим управляющим считают того, кто осуществлял управление, пользуясь при этом полной свободой и самостоятельностью. Бездействия или рекомендаций со стороны третьего лица недостаточно для того, чтобы признать его фактическим управляющим. Фактическое управление имеет место лишь тогда, когда третье лицо активно вмешивается в выполнение задач, возложенных на формального управляющего. Разовое вмешательство достаточным не признается. Для возложения ответственности необходимо идентифицировать те действия, в которых проявлялось фактическое управление: самой возможности его осуществлять – например, большого влияния в обществе, которым обладает единственный участник, или бездействия формального управляющего – для привлечения третьего лица к ответственности в качестве фактического управляющего недостаточно.

Законодатель целенаправленно ослабил требования к *причинно-следственной связи* между ошибками в управлении, допущенными управляющим, и недостаточностью активов юридического лица-банкрота, принимая во внимание известные едва преодолимые трудности, с которыми связано ее доказывание. Закон требует лишь, чтобы ошибка управляющего «сделала вклад» в недостаточность активов, стала по крайней мере одной из ее причин, усугубила ее. Так понимала норму и судебная практика в течение нескольких лет. Однако последние решения высших судебных инстанций ориентируют на другой подход: суд должен возлагать на управляющего ответственность по долгам банкрота лишь в той мере, в какой его ошибки вызвали недостаточность активов.

В соответствии с абзацем вторым ст. 621-2 Торгового кодекса Франции **банкротство должника может быть распространено на другое лицо** в случаях, когда имущество банкрота в должной мере не разграничено с имуществом этого лица или когда юридическое лицо-банкрот имело фиктивный характер, лишь прикрывая предпринимательскую деятельность этого другого лица⁷⁵.

⁷⁵ См. об этом, например: <https://www.latscha-avocats.com/extension-procedure-judiciaire-debiteur/>; <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/extension-procedure-titularite-demande-competence-15354.htm>

Резюме

Пореформенное право Франции предусматривает специальное основание для привлечения к ответственности перед кредиторами юридического лица-банкрота лиц, фактически осуществлявших управление этим лицом и допустивших при этом ошибки. Закон оперирует рядом абстрактных понятий, делегируя, тем самым, эту сферу регулирования судам. Кроме того, ответственность перед кредиторами может быть возложена на то лицо, которое не отграничило должным образом собственное имущество от имущества юридического лица-банкрота или использовало юридическое лицо для прикрытия собственной предпринимательской деятельности.

1.6.Италия

В ходе реформы 2003 года в Италии введено долгожданное регулирование деятельности концернов (групп компаний), включающее правила об ответственности юридического лица, осуществляющего руководство другим обществом, перед участниками и кредиторами последнего⁷⁶.

На основании статьи 2497 Гражданского кодекса Италии юридические лица, осуществляющие руководство деятельностью хозяйственных обществ, непосредственно несут ответственность перед их участниками за снижение доходности и ценности прав участия, а также перед их кредиторами за вред имуществу таких обществ, если действуют в собственных предпринимательских интересах или в интересах другого лица в нарушение принципов корректного управления обществом. Ответственность не наступает, если указанный вред отсутствует, учитывая всю совокупность последствий руководящей деятельности, или если вред был целенаправленно устранен (абзац первый).

Закон возлагает солидарную ответственность на лиц, участвовавших в совершении вредоносных действий, и – в объеме полученной выгоды – на тех, кто сознательно извлек выгоду из таких действий (абзац второй).

Требования к юридическому лицу, осуществляющему руководство деятельностью хозяйственного общества, могут быть предъявлены только в отсутствие удовлетворения со стороны самого хозяйственного общества (абзац третий).

Законодатель намеренно не дал определения понятию группы компаний, оставив его наполнение судам и доктрине с учетом сложившейся практики. Такое решение законодателя позволяет распространить данное регулирование на самые разные ситуации контроля, в том числе чисто фактического, одного юридического лица над другим.

⁷⁶ Раздел опирается в основном на следующий комментарий: Commentario al codice civile. Artt. 2484-2510: Scioglimento e liquidazione. Trasformazione, fusione e scissione / a cura di P. Cendon. Giuffrè Editore, 2010. P. 217-233.

Вместе с тем, законом введена презумпция осуществления руководящей деятельности юридическим лицом, которое обязано сдавать консолидированную финансовую отчетность как глава группы или является контролирующим по смыслу ст. 2359 Гражданского кодекса Италии (ст. 2497 *sexies*). В соответствии со ст. 2359 ИГК контролируемые общества являются:

- 1) общества, в которых другое общество располагает большинством голосов на обычном общем собрании;
- 2) общества, в которых другое общество располагает количеством голосов, достаточным для оказания преобладающего влияния на обычном общем собрании;
- 3) общества, которые находятся под преобладающим влиянием другого общества в силу специальных договорных связей с ним.

Презумпция в силу прямого указания закона является опровержимой.

Кроме случаев, охватываемых названной презумпцией, закон распространяет действие норм об ответственности юридического лица, осуществляющего руководство другим хозяйственным обществом, на случаи, когда такое руководство осуществляется на основе договора с таким хозяйственным обществом или положений его устава (ст. 2497 *septies*)

Возможность привлечения к ответственности на основании ст. 2497 ГК Италии физических лиц является предметом дискуссии, но господствующее мнение склоняется к положительному разрешению этого вопроса.

Комментаторы закона подчеркивают, что для привлечения к ответственности лиц, осуществлявших руководство хозяйственным обществом, необходимо выполнение сразу двух условий. Во-первых, должен иметь место конфликт интересов контролирующего и контролируемого лица. Во-вторых, лицо, осуществлявшее руководство, должно допустить нарушение принципов корректного управления обществом.

Резюме

В Италии законом предусмотрена ответственность лиц, руководящих деятельностью хозяйственного общества в нарушение принципов корректного управления и действующих при этом в собственных интересах или интересах другого лица, перед кредиторами управляемого юридического лица. Эта ответственность носит субсидиарный характер. Солидарно с управляющими ответственность несут лица, которые осознанно извлекли выгоду из допущенных управляющими нарушений. Ответственность таких лиц ограничена размером полученной ими выгоды.

2. Понятие, признаки и способы выявления контролирующих лиц

2.1. Великобритания и США: фактический контроль, а не формальный статус

Судебная практика стран англосаксонского права показывает, что при определении лица как контролирующего за основу берется та роль, которую он фактически играет в компании.

При этом стоит отметить, что номинальная должность лица не предрешает вывода относительно наличия или отсутствия у него контролирующей роли в компании⁷⁷. Лицо может быть признано контролирующим, независимо от того, какими полномочиями оно обладает в соответствии с уставом или соглашением.

Примером подобной ситуации может являться дело *Holzman v. De Escamilla* California District Court of Appeal [1948]. К ответственности были привлечены ограниченные товарищи, в силу их фактической роли в управлении товариществом. Фабула дела такова: было организовано товарищество с ограниченной ответственностью (LLP) по посевам сельскохозяйственных культур, состоящее из одного генерального партнера (general partner) и двух ограниченных (limited partners). В данной форме товарищества (аналога российского товарищества на вере) ограниченные партнеры (коммандитисты) представляют собой пассивных инвесторов без контрольных полномочий, их ответственность по долгам ограничена величиной вклада в активы товарищества. Контроль над компанией осуществляют генеральные партнеры (полные товарищи), которые лично ответственны за все долги товарищества. Тем не менее в данном деле ограниченные партнеры фактически имели реальный контроль над фирмой, в то время как генеральный партнер только ставил подпись под решениями ограниченных партнеров. Вскоре в процессе банкротства данного товарищества назначенный управляющий подал иск против обоих ограниченных партнеров, на том основании, что непосредственно их деятельность стала причиной банкротства товарищества, а значит они должны нести за это личную ответственность. То есть, несмотря на то, что юридически они были ограниченными партнерами, тем не менее их поведение соответствовало поведению генеральных партнеров. Суд постановил признать ограниченных партнеров виновными, а значит несущими личную ответственность перед кредиторами. Основа постановления была в следующем: ограниченные партнеры могут нести ответственность как генеральные, если будет доказано что они осуществляли значительный контроль над организацией. Свое решение, судья обосновал нижеуказанными критериями, доказывающими контролируемую роль ограниченных партнеров:

- абсолютная власть по управлению средствами фирмы в банках без согласия генерального партнера;
- право ограничивать деятельность главного партнера (отказ подписывать чеки на расходы, предусмотренные генеральным партнером);

⁷⁷ Balouziyeh J. A Legal Guide to United States Business Organizations Springer; 2nd ed. 2013. P. 35.

- право требовать увольнения должностных лиц;
- установление направлений развития бизнеса независимо от мнения генерального партнера.

Более того, например, в соответствии с законодательством Великобритании контролирующим лицом может быть признано лицо, вообще не входящее ни в Совет Директоров, ни в число любых должностных лиц компании, но которое *de facto* в значительной степени вовлечено в управление компанией. Широкое распространение получила категория «теневого директора»⁷⁸, лица которое непосредственно не входит в совет директоров, но в значительной мере участвует в управлении и в руководстве компании в соответствии со ст. 251 Закона о компаниях 2006.

Также представляет интерес в контексте определения контролирующего лица концепция, в соответствии с которой кредитор должника признается контролирующим должника лицом, и соответственно становится ответственным по его долгам⁷⁹.

Такая ситуация имеет место, если, предположим, в обмен на свое «терпение» в случае просрочки выплаты долгов должником, кредитор в силу договора или просто молчаливого согласия должника будет вмешиваться во внутренние дела последнего, ограничивать его сделкоспособность, диктовать свои условия осуществления экономической деятельности.

В случае, если удастся доказать реальное вмешательство кредитора в дела должника и признать его контролирующим лицом должника, который впоследствии стал банкротом, то кредитор будет признан ответственным за все убытки, которые были причинены конкурсной массе/кредиторам в период такого вмешательства.

Примером такой ситуации может являться дело *Credit Managers Association of Southern California v. Superior Court* [1975], рассмотренное апелляционным судом Калифорнии.

В соответствии с фабулой дела, долги компании составляли более 1 млн долларов, но тем не менее она оставалась платежеспособной, хотя и задерживала выплаты кредиторам. Вскоре один из крупнейших кредиторов (*Security Pacific National Bank*) потребовал, чтобы должник нанял определенное юридическое лицо (подконтрольное кредитору) в качестве консультанта, иначе кредитор грозил в кратчайшие сроки применить меры за невыполнение долговых обязательств, которые совершенно точно бы «уничтожили» организацию должника. Нанятое юридическое лицо осуществляло жесткую кредитную политику и инвентаризацию лишь в пользу *Security Pacific National Bank*, в то время как управляющие лица должника потеряли власть в организации. В результате таких действий долги перед этим кредитором были погашены, но должник стал банкротом. Исходя из этой информации,

⁷⁸ Loftus C. Carson, *The Liability of Controlling Persons Under the Federal Securities Acts*, 72 *Notre Dame L. Rev.* 263 (1997). P. 324-325.

⁷⁹ K. Thor Lundgren, *Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor*, 67 *Marq. L. Rev.* 523 (1984).

неудовлетворённые кредиторы предъявили иск к Security Pacific National Bank, утверждая, что его действия привели к полной неплатежеспособности должника.

Решение калифорнийского апелляционного было в пользу истцов. Суд постановил: «Должник помимо своей воли был вынужден нанять юридическое лицо, полностью подконтрольное кредитору, и отдать ему полный контроль в компании. Юридическое лицо полностью вытеснило прежнее управление организации. Исходя из этого, Суд может прийти к выводу, что у данного кредитора такие же обязательства перед другими кредиторами должника, как и у основного должника⁸⁰». То есть, кредитор был признан контролирующим лицом и обязанным выплатить все долги, образовавшиеся с момента найма юридического лица номинально в качестве консультанта. Свое решение о признании кредитора контролирующим лицом суд обосновал следующими критериями:

- а) у лица была возможность изменять решения Совета Директоров и акционеров;
- б) возможность вообще оттеснить Совет Директоров и акционеров от контроля над фирмой.

Подводя итог вышесказанному, можно сказать, что в целом выявление контролирующего лица в компании во многом зависит от критериев, применяемых в каждом конкретном случае. Учитывая большое судебское усмотрение, решение суда в каждой ситуации непредсказуемо. При этом важно отметить, что идентификация лица как контролирующего зависит не от занимаемой должности, а от фактически осуществляемых полномочий.

Для привлечения контролирующего лица к ответственности по долгам лица подконтрольного простого влияния недостаточно: речь должна идти о его полном доминировании над юридическим лицом – доминировании, которое позволяет определять порядок получения доходов и осуществления расходов корпорации, а также основные направления ее деятельности⁸¹.

Долгое время в Великобритании компании отождествлялись с общими собраниями участников (членов)⁸², но затем между юридическим лицом и его членами стала проводиться четкая линия, окончательно установившаяся в известном прецедентном решении *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* [1897] AC 22, в соответствии с которым участники юридического лица не несут личную ответственность по его долгам. Но вскоре вполне обоснованно возникла проблема – конструкция юридического лица стала «щитом» для мошенников, освобождая их от имущественной ответственности. Для борьбы с такой несправедливостью была создана концепция снятия корпоративной вуали, в соответствии с которой конструкция не получает признания со стороны позитивного права при использовании ее со злоупотреблением или недопустимым осуществлением права⁸³.

⁸⁰ Bernard S. Black, Outside Director Liability, Stanford Law School Law and Economics Working Paper No. 319 P. 1089-1091.

⁸¹ Bainbridge S.M, Corporate Law, 2nd ed. Foundation Press. P. 52.

⁸² Gower L.C.B. The Principles of Modern Company Law. London, 1954. P. 123 – 125.

⁸³ Егоров А. В., Усачева К. А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрыва // Вестник Высшего арбитражного суда

Данная концепция применяется с целью выявления субъектов, скрывающихся за корпоративным покровом, чьи интересы реализуются посредством корпоративной структуры⁸⁴.

Субъектами ответственности по обязательствам компании в случае снятия корпоративной вуали как правило выступают, ее участники (члены), однако в таком качестве могут выступать и иные лица, контролирующие деятельность юридического лица, например его директора⁸⁵.

Непосредственно для прокола корпоративной вуали используется система тестов (laundry tests), при этом не существует единого набора. Зачастую судья на основе предыдущей практики сам вырабатывает допустимые критерии. Например, в деле *Laya v. Erin Homes, Inc (S.E.2d 93 1986)* был приведен перечень критериев, среди которых можно выделить следующие из них, которые могут способствовать выявлению контролирующего лица:

- смешано ли имущество компании с частным имуществом потенциального контролирующего лица;
- использовались ли имущество компании для частных целей участника;
- находятся ли все активы компании в руках одного участника;
- нес ли отдельный участник ответственность по долгам корпорации.

Тем не менее, существенная проблема применения доктрины корпоративной вуали заключается в том, что не существует единых стандартов для определения фиктивности юридического лица. Невозможно сделать вывод в какой ситуации судья непременно применит данную концепцию, а в какой проигнорирует, несмотря на всю вариацию предлагаемых тестов⁸⁶.

Основными условиями снятия корпоративной вуали как в Великобритании, так и в США являются:

- а) тотальное доминирование лица над компанией (непосредственно способ контроля уже уточняется в каждом деле);
- б) использование конструкции юридического лица в недобросовестных целях⁸⁷.

Российской Федерации (до 2014, № 9; ныне: Вестник экономического правосудия Российской Федерации). 2013. № 12.

⁸⁴ French D., Mayson S., Ryan C. *Company Law*. Oxford University Press, 1998. P. 140

⁸⁵ Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покровы: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. N 9. – Справочно-правовая система "Консультант Плюс" - С. 7

⁸⁶ *Wm. Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers South, Inc.*, (2d Cir. 1991); *Perpetual Real Estate Services Inc. v. Michaelson Properties* (4th Cir. 1992); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat* (Cal App. 2d 1962)

⁸⁷ Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 7. С. 85, 93.

Но самое главное, чтобы прокалывание корпоративной вуали «соответствовало элементарному чувству справедливости»⁸⁸.

В деле *Dolese v. United States (10th Cir.1979)* в юридическом лице был единственный участник, который использовал юридическое лицо для своих собственных нужд, при этом не осуществляя никаких налоговых выплат в казну США. По иску государства о невыполнении налоговых обязательств суд снял корпоративный покров с юридического лица, сделав акцент на несоблюдении юридических формальностей и использовании конструкции юридического лица для частных потребностей участника. В частности, суд постановил: «если единственный владелец будет пользоваться доходами юридического лица для оплаты своих расходов, откладывая оплату налогов, это создаст лазейку для него». В результате, этот участник нес личную ответственность за неуплату всех налогов компании.

2.2. Лицо, контролирующее процессы налоговых выплат по законодательству США

Интерес представляет, кроме того, известный американскому праву институт лица, которое ответственно за уплату налогов. При этом имеются в виду не механические действия по сбору или хранению налоговой информации, а непосредственно полномочия по решению вопросов налогообложения. Зачастую это лицо совпадает с контролирующим лицом, но функционально оно отделено от него. Для идентификации такого лица создаются определённые критерии, устанавливаемые Федеральным Налоговым Кодексом США.

В соответствии со статьей 6672 НК США, любое лицо, которое должно собирать, добросовестно контролировать и выплачивать любой налог, но которое умышленно не делает этого, или умышленно пытается каким-либо образом уклониться или избежать такого налога или его уплаты, в дополнение к другим санкциям, предусмотренным законом, подлежит наказанию (штрафу), равному общей сумме не собранного, не учтенного или не уплаченного налога.

Таким образом, можно сделать вывод, что лицо, контролирующее налогообложение, в случае невыполнения своих функций, обязано будет возместить казне все неполученные налоги, но в качестве штрафной санкции. Важно, что такое контролирующее лицо идентифицируется исходя из фактически принадлежащих ему полномочий, а не номинальной должности. Статья 6671 (b) НК США устанавливает, что понятие лица, контролирующего налогообложение, включает должностных лиц или сотрудников корпорации, членов или сотрудников товарищества, которые обязаны были выполнять нарушенные обязательства.

Данный институт американской правовой системы во многом был раскрыт и охарактеризован прецедентными решениями федеральных судов. Особенно

⁸⁸ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право.

примечательным является дело *Commonwealth National Bank of Dallas, v. United States of America* (5th Cir. 1982), в соответствии с которым банк-кредитор был признан ответственным за неуплату налогов и оштрафован в размере 100% от всей налоговой задолженности должника-банкрота.

Корпорация X в Техасе работала в качестве субподрядчика, занимаясь конкретными этапами крупного строительства. Руководителем корпорации X являлся Ричард Денни.

Долгое время корпорация X была клиентом Даласского Банка, в котором у фирмы было зарегистрировано два счета: общий оперативный и счет для внутренних выплат. В 1974 году Даласский Банк предоставил кредит корпорации X в размере 400 000 долларов США. С 1976 по 1977 год общий счет фирмы находился в состоянии непрерывного овердрафта. Хотя иногда и поступали различные выплаты, фирма была практически неплатежеспособной, находясь в шаге от банкротства.

В данный период времени чеки на покрытие федеральных налогов на труд корпорацией X не оплачивались, но при этом зарплата всем сотрудникам добросовестно выплачивалась. Сведения о невыплате федеральных налогов имелись у Даласского Банка, так как он управлял счетами корпорации X, в частности сведения имелись у управляющего Банка – Питтмана, лично руководившего счетами корпорации X по оплате чеков и иных расходов.

Будучи в дружеских отношениях с Р. Денни, управляющий банка Питтман зачастую советовал, какие счета необходимо оплатить как можно скорее, а какие могут подождать, тем самым влияя на решения руководителя корпорации X. Было доказано прямое указание руководителя корпорации X (Ричарда Денни) банку на то, чтобы чеки с налогами не оплачивались, по словам Р. Денни: «Правительство может подождать». Данное указание было сделано по совету Питтмана.

К 1977 году налоговая задолженность перед Федеральной Казной США составляла 127500 долларов США. Уполномоченное должностное лицо Налоговой Службы США определило, что корпорация X умышленно не выплачивала налоги. В соответствии с НК США Питтман и банк рассматривались как лица, контролирующие уплату налогов, и были признаны судом первой инстанции ответственными по ст. 6672, так они могли напрямую контролировать и влиять на выплату данного налога.

Наибольшее значение в данном деле имело решение, а вернее обоснование решения апелляционной инстанции. В апелляции Питтману и Банку было отказано, в силу того, что, сославшись на решение по делу *United States v. Graham, 309 F.2d 210, 212 (9th Cir. 1962)*, суд установил, что круг субъектов, несущих ответственность за невыполнение налоговых обязанностей по ст. 6672 не ограничивается только перечисленными в ст. 6671 должностными лицами или сотрудниками корпорации. То есть, по мнению апелляционного суда, ответственное за неуплату налогов лицо может быть за пределами организации (например, кредитор или теневой директор), главное – фактические полномочия лица и его роль в выплате налогов организации.

В деле *United States v. Graham*, 309 F.2d 210, 212 (9th Cir. 1962) было установлено, что понятие «лица, контролирующего процессы выплат налогов», включает в себя должностных лиц и сотрудников (по ст. 6671 НК США), но при этом не исключает других лиц. Понятие «лицо» может толковаться как физическое лицо, траст, товарищество, ассоциация, компания, корпорация. Главное – это истолковать статью так, чтобы включить всех лиц, которые связаны с корпорацией и непосредственно несут ответственность по ст. 6672:

«Цель состоит в том, чтобы разрешить налоговым органам добираться до тех, кто несет ответственность за невыплаты корпорацией налогов. Не имело бы смысла налагать ответственность на тех, кто выполняет механические функции сбора и оплаты, когда такие функции выполняются просто в соответствии с приказами других лиц, чья обязанность – решение вопросов в налоговой сфере».

Таким образом, решая вопрос о признании лица контролирующим налогообложение, судья должен стремиться прорвать организационный щит и наложить ответственность за невыплату налогов на действительно виновное лицо, которое имело реальное влияние на процесс выплаты налогов⁸⁹.

В целом, проблема определения контролирующего лица в налоговой сфере, а также критерии, исходя из которых суд может идентифицировать такое лицо, в прецедентном праве США существуют уже довольно давно. В каждом отдельном деле, судья старается по-своему обосновать свое решение. Ниже приведено несколько примером того, как судьи определяют понятие лица, контролирующего налогообложение:

United States v. North Side Deposit Bank [1983]:

«Ответственное лицо – это лицо, обладающее полномочиями следить за уплатой налогов заемщика, принимать окончательные решения относительно выплат средств заемщика или определять, каким кредиторам должны быть выплачены долги, и сроки этих выплат».

Wilson v. United States. [1958]:

«Ответственное лицо – это лицо, которому принадлежит финальное слово относительно того, какие выплаты и когда стоит совершить».

Liddon v. United States, [1971]:

«Ответственное лицо – это лицо, за которым заключительное слово относительно того, счета каких кредиторов должны быть оплачены».

Newsome v. United States. [1972]:

⁸⁹ К. Thor Lundgren, Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor, 67 Marq. L. Rev. 523 (1984).P. 540-546.

«Лицо ответственно, если оно знает, что удержанные средства используются для других корпоративных целей и, таким образом, добровольно и сознательно рискует невыплатой налогов».

Не существует единого списка критериев для признания лица контролирующим в налогообложении. Зачастую судьи сами создают критерии, которыми руководствуются в отдельно взятом деле. Например, в уже упомянутом деле *Commonwealth National Bank of Dallas, v. United States of America*, в первой инстанции окружным судом штата была сформулирована своего рода инструкция, которой должны руководствоваться судьи при разрешении сходных дел. В частности, данная инструкция содержала признаки контролирующего лица: любое юридическое или физическое лицо, которое связано с корпорацией; имеет доступ к информации о процессе выплаты/невыплаты налогов и принимает окончательные решения о распределении средств корпорации, времени, месте совершения всех выплат, в том числе и налоговых. Такое лицо должно быть признано ответственным за невыплату налогов и на него должен быть наложен штраф в пользу США в размере невыплаченных налогов.

До этого дела относительно четкие критерии признания лица, контролирующего налогообложение, основанные на предыдущей практике, были установлены в деле *Datlof v. United States [1966]*. В соответствии с ними, если лицо отвечает хотя бы несколькими признакам, то оно может быть признано контролирующим. При этом градации «важности» признаков нет, то есть отсутствует четкий ответ на вопрос, сколько признаков считаются необходимыми, чтобы признать лицо таковым, оставляя тем самым широкий простор судейского усмотрения. В данном деле были выделены следующие критерии, заслуживающие внимания:

А. Содержание корпоративного устава непосредственно устанавливает все налоговые полномочия данного лица. Данный критерий стал основанием для признания лица контролирующим налогообложение в деле *United States v. Strebler [1963]*.

В. Право лица, о котором идет речь, подписывать чеки по банковскому счету компании.

С. Факт подписания этим лицом Федеральной налоговой декларации работодателя и других налоговых деклараций фирмы. Примером действия данного критерия для выявления контролирующего лица является дело *Horwitz v. United States (2nd Cir. 1965)*.

Д. Право на осуществление выплат другим кредиторам вместо произведения налоговых выплат в казну Соединенных Штатов.

Е. Идентичность лица, контролирующего налоговые выплаты с лицом, которое контролирует все финансовые дела рассматриваемой фирмы.

II. Реестры бенефициарного владения

Одной из актуальных проблем последнего времени стало повышение доступности и прозрачности информации о бенефициарных владельцах юридических лиц и иных структур⁹⁰. Актуальность данного вопроса обусловлена не только борьбой с легализацией незаконных денежных средств и финансированием международного терроризма, но и стремлением предотвратить уклонение и уход от налогообложения крупных бенефициаров. В Рекомендациях FATF⁹¹, законодательстве ЕС, проектах ОЭСР эта проблематика уже не раз затрагивалась, однако каких-либо действенных шагов по повышению прозрачности бенефициарных владений с целью контроля над налоговыми выплатами так и не было предпринято. Создание публичных реестров обеспечило бы доступ налоговых служб к информации о бенефициарных владельцах, с целью контроля за их налогообложением. Непосредственным шагом к созданию реестров бенефициарных владельцев на европейском пространстве стало принятие The 4th Anti-Money Laundering Directive (здесь и далее – Четвертой директивы о борьбе с отмыванием денежных средств⁹²).

Ключевой вопрос о возможности использования реестров бенефициарного владения в целях привлечения бенефициаров к имущественной ответственности, в том числе в рамках доктрины снятия корпоративной вуали, на данный момент, исходя из доступных источников, нигде не обсуждается. Безусловно, не успела сформироваться и практика за это время, в большинстве европейских стран еще идет процесс создания реестров. В целом это достаточно интересный инструмент для обнаружения истинных (конечных) бенефициаров, но здесь необходимо выработать особый механизм защиты неприкосновенности частной жизни таких граждан⁹³, определить рамки конфиденциальности, определить объем информации, который будет в открытом доступе для всех, если вообще нужно делать его открытым, определить круг лиц, которые будут иметь неограниченный доступ к данной информации.

1. Бенефициарное владение

Термин «бенефициарное владение (собственность)» возникает в англо-американском праве (из трастов), в странах системы *civil law* до принятия Директивы похожих конструкций не

⁹⁰United Kingdom: Financial Sector Assessment Program-Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT) Technical Note P.26-27.

⁹¹ Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег - межправительственная организация, которая занимается выработкой мировых стандартов в сфере противодействия отмыванию преступных доходов и финансированию терроризма, а также осуществляет оценки соответствия национальных систем этим стандартам.

⁹²Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (Директива (EU) 2015/849 Европейского парламента и Совета от 20 мая 2015 о предотвращении использования финансовой системы для целей отмывания денег или финансирования терроризма, о внесении изменений в Регламент (EU) № 648/2012 Европейского парламента и Совета и об отмене Директивы 2005/60/EC Европейского парламента и Совета и Директивы Комиссии 2006/70/EC; далее – Директива 2015/849; Четвертая Директива).

⁹³ Siclari D. The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive. Palgrave Macmillan, 2016. P. 35-37.

существовало. Как отмечают исследователи, единства в понимании этого термина нет как в странах общего права в целом, так и в каждой отдельно взятой стране common law. Английские суды определяют бенефициарное владение таким образом: это владение в свою пользу, хотя и юридически оно может находиться в собственности другого лица (в т.ч. указанного в реестре), которое при этом лишено обычных полномочий собственника, например, если говорить об акциях, то оно может не иметь прав на распоряжение ими или получение выгод от них.

Магистр Университета Лунд (Швеция), Анна Витко в диссертации⁹⁴ о бенефициарной собственности, сделав обобщение американской практики, составила перечень критериев для обнаружения бенефициарной собственности: безусловный и абсолютный контроль над имуществом; руководство собственностью или потребление экономических благ, связанных с ним; риск несения убытков; право требовать выполнения специфических обязательств по контракту; переход выгод и обременений, связанных с обладанием собственностью; получение прироста или снижения стоимости имущества; большее количество или вес атрибутов собственности у лица⁹⁵.

Впервые термин «бенефициарный владелец» на международном уровне появляется в 1966 году в двустороннем договоре (а именно – в Протоколе к нему) между США и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии об избежании двойного налогообложения. Позднее оно фигурировало в других двусторонних соглашениях, где одной из его сторон была страна common law (например, Соглашение между Великобританией и Нидерландами 1968 года, Австралией и Японией 1969 года и некоторые другие)⁹⁶. Затем указанный термин появляется в Модельной налоговой конвенции ОЭСР (Organisation for Economic Cooperation and Development, OECD) 1977 года⁹⁷, а потом и в Типовой Конвенции ООН об избежании двойного налогообложения. В последнем документе термин упоминается лишь в рамках ст. 10-12 (дивиденды, проценты, роялти)⁹⁸. Отмечается, что только в 2011 и 2012 годах в Комментариях к Модельной конвенции ОЭСР была предпринята попытка определения обсуждаемого термина, а именно: «получатель дохода является «бенефициарным собственником» дохода, если он имеет право использовать и извлекать выгоду от полученного дохода и если нет договорных или юридических обязательств передавать полученные выплаты другому лицу»⁹⁹.

⁹⁴ Приводится по: Гидирим В.А. Концепция "бенефициарной собственности" в международном налогообложении. DOI: 10.7256/2306-9899.2014.3.10812

⁹⁵ См об этом: Там же.

⁹⁶ Ротова О. С., Ротов Е. А. Развитие концепции «бенефициарного собственника в международной и российской практике. М.: Дашков и К°, 2015. С. 8-10.

⁹⁷ Хаванова И.А. Налоговые соглашения России [Электронный ресурс] // Экономико-правовой бюллетень. - сентябрь 2013 г. - №9. Доступ из системы ГАРАНТ (дата обращения: 12.04.2017)

⁹⁸ Организация Объединенных Наций [сайт]. URL: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateRu.pdf (дата обращения: 12.04.2017)

⁹⁹ Цит. по: Ротова О. С., Ротов Е. А. Указ. соч. С. 24.

Впервые раскрытие термина «бенефициарный владелец (собственник)» дал Европейский Союз в связи с принятием Четвертой Директивы. Страны ЕС, в том числе и страны континентального права.

2. Четвертая директива о борьбе с отмыванием денежных средств. Установление общих принципов устройства реестров

Европейский парламент и Европейский совет 16.12.2014 согласовали проект Четвертой директивы о борьбе с отмыванием денежных средств. Данная Директива принята на фоне, прежде всего, Рекомендаций Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (FATF), а также Конвенции Совета Европы № 198 об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации преступных доходов и о финансировании терроризма. В мотивах Директивы указано, что реестры должны быть созданы в первую очередь для того, чтобы отслеживать и выявлять преступников¹⁰⁰, скрывающихся за корпоративной структурой, злоупотребляя при этом ее формой. FATF еще в 2012 году рекомендовала странам-участницами изучить обстановку у себя на предмет таких злоупотреблений¹⁰¹.

Согласно данной Директиве в каждом государстве ЕС к 26 июня 2017 года должен быть создан Центральный реестр (Ultimate Beneficial Owner Register), который будет содержать сведения о бенефициарных владельцах всех зарегистрированных на территории данного государства компаний и иных структур, в том числе трастов. Эти списки будут носить открытый характер, то есть ими смогут пользоваться не только представители государственных структур, контрольных организаций и банков, но и (после прохождения определенных процедур) «заинтересованные частные лица».

Директива предусматривает, что информация о таких владельцах должна собираться самими юридическими лицами (их аналогами) и предоставляться на хранение в реестр (п. 1 ст. 30).

Необходимость точной и актуальной информации о бенефициарном владельце, как отмечается в самом тексте Директивы, обусловлена необходимостью в отслеживании преступников, которые, в противном случае, могут скрыть свою личность за корпоративной структурой¹⁰². Кроме того, Директива констатирует необходимость введения реестров для ужесточения контроля в налоговой сфере.

¹⁰⁰ Статья 3 Директивы к преступной относит деятельность, связанную с терроризмом, незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, мошенничеством, посягающим на финансовые интересы ЕС, организованной преступностью, коррупцией, налоговыми преступлениями.

¹⁰¹ Ligeti K., Simonato M. Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU. [Электронный ресурс] Hart Publishing, 2017. URL: <https://books.google.ru/books?id=Y0obDgAAQBAJ&pg=PT327&dq=directive+2015/849&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKewiump7RuOzTAhWEESwKHVv7BOUQ6AEIUjAG#v=snippet&q=beneficial&f=false> (дата обращения: 10.05.17)

¹⁰² Мотив 14 Директивы 2015/849.

Для повышения прозрачности с целью борьбы со злоупотреблениями юридических лиц государства-члены ЕС должны обеспечить хранение информации о бенефициарном владении в центральном реестре, едином для всех компаний. При этом, государства-члены свободны в выборе центрального реестра, которым может являться центральная база данных, торговый реестр или другой центральный реестр, подобно российскому ЕГРЮЛ.

Кроме реестра бенефициарных владельцев, Европейская комиссия в качестве целей на будущее предлагает создание централизованных реестров информации об всех счетах и платежах определенного лица, а также закрепить право доступа к этой информации за налоговыми органами, органами по возвращению активов, антикоррупционными и иными правоприменительными органами¹⁰³.

Помимо установления общих целей и принципов борьбы со злоупотреблениями в финансовой системе Четвертая Директива содержит краткие рекомендации по созданию таких реестров:

Во-первых, вводятся понятия и признаки бенефициарного владельца, о которых будет сказано позднее.

Во-вторых, устанавливаются принципы доступа к информации, хранящейся как в центральном реестре, так и в реестрах компаний. В соответствии со ст. 30 Четвертой Директивы государства-члены должны гарантировать, что информация о бенефициарных владельцах будет доступна во всех случаях:

- а) компетентным органам без каких-либо ограничений;
- б) обязанным лицам в рамках надлежащей проверки клиентов;
- в) любому лицу или организации, которая может продемонстрировать законный интерес.

При этом стоит заметить, что компетентным органам и обязанным лицам информация должна предоставляться в полном объеме, без каких-либо ограничений, а также без предупреждения самого бенефициарного владельца. В то время как лица или организации, демонстрирующие законный интерес, должны иметь доступ, по крайней мере, к информации об имени, месяце и годе рождения, гражданстве и стране, резидентом, которой является бенефициарный владелец, а также характере и размере доли бенефициарного владения.

Кроме того, в Мотиве 6 Четвертая Директива предусматривает обстоятельства, которые могут служить основанием к ограничению доступа к информации о конкретном бенефициарном владельце. В частности, государства, создавшие реестры бенефициаров в соответствии с данной Директивой, могут предусматривать правила, ограничивающие доступ к таким реестрам, когда такой доступ обоснованно может подвергнуть бенефициарного владельца риску мошенничества, похищения, шантажа, запугивания или

¹⁰³ Мотив 57 Директивы 2015/849.

насилия; или когда бенефициарным владельцем является несовершеннолетнее или иначе недееспособное лицо. При этом такие ограничения не должны применяться к кредитным и финансовым организациям, а также к уполномоченным должностным лицам, которые в любом случае должны иметь полный доступ к информации.

В Мотиве 14 к Четвертой Директиве отдельно отмечается, что ответственность за непредставление информации (или предоставление заведомо ложной информации) устанавливается по усмотрению государств-членов.

3. Понятие контролирующего лица в контексте Четвертой Директивы

Принятая Европарламентом 20 мая 2015 года и вступившая в силу 26 июня 2015 года Четвертая директива о борьбе с отмытием денежных средств, о которой говорилось ранее, создала общие принципы определения и выявления контролирующего лица.

В соответствии с Директивой, «бенефициарными владельцами» признаются любые физические лица, которые в конечном счете владеют или контролируют лицо, от имени которого осуществляется сделка или любая другая экономическая деятельность¹⁰⁴.

При этом Четвертая Директива дифференцирует критерии выявления контролирующего лица в зависимости от формы подконтрольного лица: создано ли оно в форме корпоративного лица, в форме траста или в форме некоммерческого юридического лица.

В случае если **речь о корпоративном лице**, которое вступило в правоотношения, то понятие контролирующего лица в данной ситуации будет включать в себя физических лиц, которые в конечном счете владеют или контролируют юридическое лицо посредством прямого или косвенного владения достаточным процентом акций, прав голоса или долей участия в этом лице, в том числе посредством акций на предъявителя или посредством контроля через другие средства.

То есть в целом можно выделить три категории способов осуществления физическим лицом контроля в корпоративном лице: а) прямое владение достаточным процентом акций или прав; б) косвенное владение; в) «другие способы».

Создатели директивы раскрывают понятия «прямого» и «косвенного владения». Прямое владение означает акционерное участие в размере 25% плюс одной акции или долю участия в компании свыше 25%. Под косвенным владением физического лица понимается ситуация, когда прямое владение осуществляется юридическим лицом, которое признано подконтрольным данному физическому лицу.

В соответствии с пунктом 6 статьи 3 Четвертой Директивы контроль, осуществляемый с помощью «других средств», в частности, может быть определен критериями контроля,

¹⁰⁴ П. 6 ст. 3 Директивы 2015/849.

зафиксированными в пунктах 1 – 5 статьи 22 Директивы 2013/34/ ЕU Европейского парламента и Совета¹⁰⁵. Несмотря на то, что изначально в определении речь шла только о физических лицах, в данном случае круг лиц, которые могут быть признаны контролирующими, расширяется. В частности, материнская компания, может быть признана контролирующей для дочерней компании в случаях, если она:

- (a) владеет большинством голосов акционеров или участников дочернем предприятии;
- (b) имеет право назначать или смещать с должности большинство членов административного, управляющего или контролирующего органа дочернего предприятия и в то же время является акционером или участником этого предприятия;
- (c) имеет право оказывать доминирующее влияние на дочернее предприятие) в соответствии с договором, заключенным с этим предприятием, или согласно положениям своего меморандума или устава, если закон, регулирующий деятельность этого дочернего предприятия, разрешает ему заключать такие договоры или действовать в соответствии с такими положениями;
- (d) является акционером или участником предприятия, и при этом:
 - (i) большинство членов административного, управляющего или контролирующего органа дочернего предприятия, которые занимали свои должности в течение финансового года, предшествующего финансового года и до момента составления консолидированной финансовой отчетности, были назначены исключительно в результате использования предприятием своих голосов;
 - (ii) на основании соглашения с другими акционерами или членами дочернего предприятия самостоятельно контролирует большинство голосов акционеров или участников данного предприятия.

Если после исчерпания всех возможных средств для выявления контролирующего лица, ни одно лицо не идентифицировано и нет каких-либо сомнений в их отсутствии, то контролирующим лицом, в качестве исключения могут быть признаны физические лица (лицо), занимающие старшие руководящие должности. При этом, в подобной ситуации обязанные лица должны хранить записи действий, предпринятых для идентификации бенефициарного владения.

Для определения контролирующего лица **в трасте** используется упрощенная система идентификации. В частности, автоматически приравниваются к контролирующим лицам (i) учредитель; (ii) трасти; (iii) протектор, если имеется; (iv) класс лиц (бенефициаров), в основных интересах которых учреждено или действует юридическое образование или лицо. Помимо перечисленных лиц, к контролирующим относятся любое другое физическое лицо,

¹⁰⁵ Директива 2013/34/ЕС Европейского парламента и Совета от 26 июня 2013 года о ежегодной финансовой отчетности, консолидированной финансовой отчетности и связанных с ними отчетах определенных типов компаний, вносящая поправки в Директиву 2006/43/ЕС Европейского парламента и Совета и отменяющая Директивы Совета 78/660/ЕЕС и 83/349/ЕЕС.

осуществляющее полный контроль исходя из критериев, применимых к корпоративной форме организации, перечисленных выше.

Если речь идет о **некоммерческих юридических лицах**, таких как фонды или юридические механизмы, аналогичные трастам, то контролирующими лицами должны быть признаны физические лица (лицо), занимающие должности, которые эквивалентны или похожи на упомянутые выше для траста.

4. Действующий реестр бенефициарного владения в Великобритании

Во исполнение Четвертой Директивы Великобритания возложила на каждую организацию обязанность создать свой реестр контролирующих лиц и предоставлять его копию в качестве части ежегодной отчетности в Центральный Реестр (26 марта 2015 года был принят закон «О малом бизнесе, предпринимательстве и трудовых отношениях» (Small Business, Enterprise and Employment Act 2015¹⁰⁶)).

6 апреля 2016 в Великобритании был создан Register of People with Significant Control – Реестр лиц с существенным контролем (далее – Реестр контролирующих лиц), выполняющий функции центрального реестра. Кроме того, с 6 апреля 2016 года каждая компания должна вести собственный подобный реестр, а начиная с 30 июня 2016 года они также обязаны направлять информацию в Центральный реестр. Данные требования распространяются на акционерные компании, товарищества с ограниченной ответственностью, компании с неограниченной ответственностью, европейские общества^{107,108}. Интересно, что Великобритания не будет раскрывать бенефициаров в трастах, а только лишь в компаниях. Как отмечается¹⁰⁹, по поводу трастов были жаркие споры, но вопрос этот оставили не решенным, поскольку пока ищется баланс между борьбой с коррупцией и фундаментальным правом на неприкосновенность частной жизни.

Для регулирования процесса создания и функционирования Реестра контролирующих лиц в Великобритании были приняты несколько нормативных инструкций, важнейшими из которых можно считать следующие¹¹⁰:

¹⁰⁶ Legislation.gov.uk [сайт]. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/contents/enacted/data.htm> (дата обращения: 12.04.2017)

¹⁰⁷ Европейская компания (societas europea) – юридическое лицо, учрежденное в соответствии с Уставом европейской компании, признаваемое без дополнительной идентификации во всех странах Европейского союза.

¹⁰⁸ Brenda M Hannigan. Company law / 4th ed. Oxford Univ. Press, 2015.P. 416-417.

¹⁰⁹ Financial Times [сайт]. URL: <https://www.ft.com/content/0107db1a-fa92-11e6-9516-2d969e0d3b65> (дата обращения: 13.04.2017)

¹¹⁰ <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-to-the-people-with-significant-control-requirements-for-companies-and-limited-liability-partnerships>

1) Summary guide for companies – register of people with significant control – Краткое руководство для компаний в контексте Реестра контролирующих лиц);

2) Guidance for People with Significant Control Over Companies, Societates Europaeae and Limited Liability Partnerships – Руководство для контролирующих лиц компании, европейского общества, товарищества с ограниченной ответственностью (далее – Руководство для контролирующих лиц);

3) Draft Statutory Guidance on the meaning of “significant influence or control” over Limited Liability Partnerships in the context of the Register of People with Significant Control – Уставное руководство о значении понятия «существенный контроль» в организации в контексте Реестра контролирующих лиц товарищества с ограниченной ответственностью (далее – Руководство о значении понятия «существенный контроль»).

В соответствии со ст. 1.1 Руководства для контролирующих лиц Организации должны создать свой отдельный реестр лиц «имеющих существенный контроль» (далее контролирующих лиц) и предоставить его копию в Companies House¹¹¹, как часть ежегодной отчетности. Зависимые от Британии территории, в число которых входят популярные офшорные зоны (Британские Виргинские острова, Каймановы острова, Бермудские острова, Гибралтар и др.) не входят в ЕС, и потому не связаны условиями упомянутой Директивы. Однако бывший Премьер-министр Соединенного Королевства Дэвид Кэмерон, комментируя данный законопроект, заявил, что офшорные зоны не предпринимают должных усилий по повышению прозрачности, хотя именно эти зоны являются самыми проблемными для вопросов контроля за бенефициарами. По его словам, офшорным зонам, зависимым от Великобритании, следует также создать подобные реестры, иначе могут последовать санкции¹¹².

Таким образом, Companies House наделяются дополнительными полномочиями и становятся Центральным Реестром, хранящим информацию о контролирующих лицах. Возможность передачи компетенции Центрального реестра уже существующему органу отдельно отмечалась в Четвертой Директиве.

В данный момент в тестовом варианте функционирует сайт <https://beta.companieshouse.gov.uk/>, который в онлайн режиме предоставляет информацию о контролирующем лице. В открытом доступе, любой пользователь Интернета может видеть следующие сведения о контролирующем лице организации: дата момента занесения в данный реестр; имя; адрес для связи по организационным вопросам (не личный); страна личного проживания; месяц и год рождения; национальность; основание контроля: а) диапазон наличия акций компании (менее 25%, 25-50%, 50-75%, более 75%) и б) диапазон наличия голосов в компании (менее 25%, 25-50%, 50-75%, более 75%).

¹¹¹ Companies House – регистрирующая служба в Великобритании, которая содержит сведения (финансовая отчетность, статистика и т.д), обо всех коммерческих и некоммерческих организациях на территории страны.

¹¹²<https://www.theguardian.com/business/2013/oct/31/public-register-firms-secret-owners-america>

Большое внимание уделяется определению и признакам «лица, имеющего существенный контроль», о чем будет сказано в следующем пункте. Сейчас можно отметить лишь то, что контролирующим лицом может быть признано как физическое, так и юридическое лицо, траст или государственная организация.

Немаловажное значение имеет процедура предоставления информации о лицах, осуществляющих существенный контроль в компании, в Центральный Реестр, данный аспект регулируется Главой 3 Руководства для контролирующих лиц.

Как уже говорилось ранее, каждая организация в обязательном порядке должна создать свой реестр контролирующих лиц и предоставлять его копию в качестве части ежегодной отчетности в Центральный Реестр, функции которого выполняет Companies House.

Информация по запросу Центрального реестра может быть направлена непосредственно самим контролирующим лицом или подконтрольной ему компанией с уведомлением об этом контролирующего лица. При этом во втором случае, контролирующее лицо должно подтвердить информацию в течении одного месяца с момента уведомления. Если же оно этого не делает, то компания вправе направить такому лицу предупреждение (warning notice).

Если же ответ на предупреждение не поступит в течение месяца, компания направляет уведомление с ограничительными мерами (restrictions notice), после чего лицо будет ограничено в использовании любых прав, вытекающих из наличия у него акций (например, право голосования или право доступа к информации), а также будет не вправе продавать или передавать акции до тех пор, пока запрашиваемая для подтверждения в Центральном Реестре информация не будет предоставлена. В целом компания должна предпринять все от нее зависящие разумные шаги, чтобы связаться со своим контролирующим лицом и подтвердить информацию для реестра. Уклонение компании от получения таких подтверждений является уголовным преступлением.

В случае, если даже ограничительные меры не принесли результатов или по объективным причинам лицо не в состоянии предоставить информацию, то за подтверждением информации о контролирующем лице компания также может обратиться к третьему лицу, которое обладает достоверной информацией (например, к бизнес партнеру, близкому родственнику и т.д.). Уклонение или предоставление заведомо ложной информации о контролирующем лице в соответствии со ст. 3.3.4 Руководства для контролирующих лиц является преступлением.

В случае если центральный регистратор сам не направил запрос в течение месяца с соответствующей даты, которая обычно приходится на конец отчетного года, то контролирующее лицо обязано само связаться с ним в течение одного месяца, иначе такое пассивное поведение будет рассматриваться как уклонение от предоставления информации, что, как было сказано ранее, является уголовным преступлением.

При обновлении информации (или обнаружении ошибки), все изменения подлежат занесению в реестр (ст. 3.5). Если лицо перестало отвечать признакам контролирующего лица, то оно выбывает из активного Реестра, но информация о нем хранится в архиве еще в течение 10 лет.

При этом реестр никогда не должен быть пустым. То есть, не может случиться такой ситуации, что в компании не будет контролирующего лица. Даже если компания находится в процессе отыскания контролирующего лица для подтверждения информации, поданной в Центральный реестр, то это должно быть отображено в Реестре.

Наказанием за преступления, связанные с предоставлением информации в Реестр контролирующих лиц, является штраф, размер которого устанавливается судьей, или тюремное заключение на срок до двух лет.

Глава 4 Руководства для контролирующих лиц устанавливает перечень сведений о контролирующем лице, подлежащих внесению в реестр. Данный перечень варьируется в зависимости от формы самого контролирующего лица: является ли оно физическим лицом, юридическим лицом или государственной организацией.

Если лицом с существенным контролем будет признано физическое лицо, то в соответствии со ст. 4.2 в реестр должна вноситься следующая информация:

- имя
- дата рождения
- национальность (место рождения)
- страна проживания или часть Великобритании,
- сервисный адрес
- обычный адрес проживания
- дата, когда лицо стало признаваться контролирующим лицом
- основание признания лица контролирующим, исходя из нижеперечисленных критериев лица, обладающего существенным контролем
- наличие каких-либо ограничений на раскрытие информации (например, несовершеннолетие или недееспособность)

Если это юридическое лицо, то в соответствии со ст. 4.3 в Реестр вносятся следующие сведения:

- наименование юридического лица

- адрес его зарегистрированного или основного офиса
- юридическая форма организации и нормативно-правовой акт, которым эта форма регулируется
- если возможно, то реестр, в котором числится данное юридическое лицо и его регистрационный номер
- дата, когда юридическое лицо стало признаваться контролирующим
- основание признания лица контролирующим, исходя из нижеперечисленных критериев лица, обладающего существенным контролем
- количественная оценка акций, принадлежащих данному юридическому лицу.

В случае если контролирующим лицом будет признано национальное или местное правительство или международная организация, то в реестр контролирующих лиц ей необходимо занести:

- наименование государственной организации
- адрес главного офиса
- юридическую форму организации и нормативно-правовой акт, которым данная форма регулируется
- дату, когда лицо стало признаваться контролирующим
- основание признания лица контролирующим, исходя из нижеперечисленных критериев лица, обладающего существенным контролем.

Одним из важнейших принципов функционирования реестров бенефициаров, закрепленных в Четвертой Директиве, является открытый доступ к информации для всех лиц, имеющих законный интерес.

На этом основании компания должна хранить собственный реестр в открытом доступе, чтобы любое лицо с законной целью могло бесплатно получить информацию о контролирующих лицах компании, а также за 12 фунтов получить его удостоверенную копию. Для получения информации из реестра компании необходимо сделать официальный запрос, указав: имя, адрес и цель получения информации. Ответ на запрос должен быть дан в течении 5 дней. Если нет оснований сомневаться в правомерности запроса, то компания обязана предоставить лицу запрашиваемую информацию. Исключением является информация о фактическом месте пребывания, которая закрыта от свободного доступа и доступна лишь по запросу компетентного органа или должностного лица. В случае отказа в предоставлении информации о контролирующем лице, компания должна сообщить об этом в судебный орган, который решит, обоснован отказ или нет.

В Центральном реестре информация также должна быть в открытом доступе (что осуществляется через сайт, о котором говорилось выше), за исключением информации об адресе фактического местопребывания контролирующего лица, а также полной даты его рождения. Но вся информация всегда должна быть доступна государственным службам без каких-либо ограничений.

Таким образом, рациональность обращения за информацией о контролирующем лице напрямую в компанию может быть обусловлена лишь тем, что, во-первых, в Центральном реестре недоступна полная дата рождения лица, а во-вторых все изменения в статусе контролирующего лица сразу же вносятся в реестр компании, в то время как до обновления Центрального реестра может пройти продолжительный промежуток времени, что связано с длительной процедурой подачи информации. При желании (с уведомления контролирующего лица) компания может хранить свой реестр также в Центральном реестре, но тогда дата рождения будет находиться также в открытом доступе, кроме того в подобной ситуации все изменения должны будут вноситься в режиме реального времени, а не ежегодным отчетом.

Крайне важно отметить, что в открытом доступе как отдельных реестров, так и центрального реестра находится не конкретное процентное количество акций или голосов, а диапазон контроля, которым обладает лицо (более 25%, 50% или 75%), причем диапазон количества голосов и диапазон количества акций учитываются отдельно.

Несмотря на принцип открытого доступа к сведениям реестра, в соответствии со ст. 3.6 Руководства для контролирующих лиц, в исключительных случаях существует режим для сокрытия всей информации, касающейся контролирующего лица, или для запрета на передачу адреса проживания в кредитные агентства. Для этого компании или контролирующему лицу требуется подать специальное заявление в Центральный реестр. В случае удовлетворения заявления, вся информация будет доступна только государственным службам, а значит закрыта для доступа «обычных» лиц с законным интересом.

Можно выделить две категории защиты информации о контролирующем лице, в зависимости от степени предоставляемой защиты: во-первых, это предотвращение предоставления информации о фактическом месте пребывания в кредитные агентства; во-вторых, это полное изъятие всей информации из открытого доступа.

Защита предоставляется, если есть серьезные доказательства возможности применения насилия в отношении контролирующего лица или его близких. Все основания и доказательства, предоставленные в заявлении, оцениваются в каждом конкретном случае отдельно. Центральный реестр принимает решение только после консультаций с правоохранительными органами, такими как Национальное агентство по борьбе с преступностью (National Crime Agency, NCA). Правоохранительные органы проводят полную оценку риска на основе предоставленных доказательств, и Центральный реестр может связаться с лицом для получения дополнительных доказательств в случае необходимости.

Защита предоставляется с момента регистрации заявления в Центральном реестре. Пока рассматривается заявление вся информация изымается из открытого доступа. При отказе в предоставлении защиты, у заявителя есть 42 дня на подачу апелляции, в течении которых вся информация также остается скрытой.

5. Понятие контролирующего лица в контексте Реестра контролирующих лиц Великобритании

Как уже отмечалось, после подписания Четвертой Директивы о борьбе с отмыванием денежных средств в Великобритании был создан Реестр контролирующих лиц. В Инструкциях к Реестру были даны обширные критерии выявления контролирующего лица, информация о котором подлежит занесению в данный реестр.

В Великобритании контролирующим лицом может быть признано А. физическое лицо, Б. юридическое лицо, а также В. национальные, местные правительства или международные организации.

А. Физическое лицо (лица)

В соответствии с главой 2 Руководства контролирующим лицом признается лицо, которое (независимо от гражданства и места проживания) прямо или косвенно владеет более чем 25% акций или голосов в компании, либо же прямо или косвенно обладает возможностью назначать или освобождать от должности большинство членов совета директоров.

Руководство о понятии «существенный контроль» устанавливает, что также контролирующим лицом, может быть признано лицо, которое любым иным образом может осуществлять (осуществляет) значительный контроль над компанией. При этом не обязательно, что лицо такое влияние осуществляет, главное – наличие права на такое влияние. Примерами такого контроля, осуществляемого в компании, могут являться следующие основания:

Во-первых, лицо будет признано контролирующим, если оно имеет абсолютное право по принятию решений, связанных с функционированием компании. Например: принятие или изменение бизнес-плана компании; изменение характера деятельности компании; взятие любых дополнительных займов у кредиторов; назначение или снятие с должности генерального директора; установление или изменение любой схемы распределения прибыли¹¹³.

Во-вторых, лицо является контролирующим, когда оно имеет право абсолютного вето по вопросам, связанным с управлением компанией. Например, на решения в отношении

¹¹³ Art. 2.7 Draft Statutory Guidance on the meaning of “significant influence or control” over Limited Liability Partnerships in the context of the Register of People with Significant Control

принятия или изменения бизнес-плана компании; взятия любых дополнительных займов от кредиторов; изменения устава компании; ликвидации компании¹¹⁴.

Контролирующее лицо **в трасте** может быть выявлено не только на основании вышеперечисленных критериев для компании, но и исходя из наличия у него следующих прав:

- право назначать или снимать с должности доверенных лиц или партнеров;
- право руководить распределением средств или активов;
- право на прямые инвестиционные решения;
- право на внесение изменений в траст или договор о партнерстве;
- право прекращения партнерства.

Б. Юридическое лицо

В случае, если целесообразно полагать, что юридическое лицо может быть признано контролирующим, то для его выявления помимо вышеуказанных критериев, применяемым к физическим лицам, добавляется также, во-первых, критерий наличия собственного реестра контролирующих лиц, а во-вторых, критерий наличия голосующих акций в компании, допущенных к торгам на регулируемых мировых рынках.

В. Национальные, местные правительства или международные организации

Принципиальное отличие от рекомендаций по поводу определения контролирующего лица, установленных в Четвертой Директиве, заключается в том, что государственные учреждения и международные организации (при этом не раскрывается, какие именно) также могут быть признаны контролирующими лицами. Но отдельных критериев для них Инструкция для Реестра контролирующих лиц Великобритании не предусматривает.

6. Реестры бенефициарного владения в других странах ЕС

В связи с предусмотренной Директивой задачей создания реестров, различные страны пошли по-разному пути.

Примечательно, что континентальные страны начали с введения публичных реестров именно трастов, например, Италия¹¹⁵ (здесь вопрос находится в стадии разработки) и Франция. В последней стране такой публичный реестр конечных бенефициаров трастов,

¹¹⁴ Art. 2.8 Draft Statutory Guidance on the meaning of “significant influence or control” over Limited Liability Partnerships in the context of the Register of People with Significant Control

¹¹⁵ Rossi M.Q. Italy’s New Disclosure Rules for Trusts // TAX NOTES INTERNATIONAL. - January 4, 2016. URL: <http://www.euitalianinternationaltax.com/uploads/file/81ti0073-Rossi.pdf> (дата обращения: 13.04.2017)

открытый для каждого, начал действовать с 30 июня 2016 года. Но не прошло и месяца, как первый бенефициар обратился в суд, а публичный доступ к реестру был приостановлен (с 22 июля 2016). В последующем Французский Конституционный Суд¹¹⁶ в решении от 21 октября 2016 отметил: «Указание в публично доступном реестре имен учредителя, бенефициара и администратора траста предоставляет информацию о том, как лицо намеревается распорядиться его или ее состоянием. Это приводит к нарушению права на неприкосновенность частной жизни»¹¹⁷. Затем ставится упрек законодателю в том смысле, что он не ограничил круг лиц, которым будет доступен реестр.

Нидерланды, Германия заканчивают работу над имплементацией четвертой Директивы в национальное право. Министерство финансов Нидерландов опубликовало законопроект только 31 марта 2017 года¹¹⁸. Здесь устанавливается, что доступ к реестру будут иметь правоохранительные органы, некоторые данные будут доступны для широкой публики, но законопроект предусматривает определенные гарантии конфиденциальности для владельцев¹¹⁹. Германия¹²⁰ не осталась в стороне и сейчас также обсуждается законопроект. Центральным вопросом, безусловно, является степень открытости реестра. Изначально предполагалось, что информацию из него смогут получить только правоохранительные органы и некоторые иные лица (журналисты, неправительственные организации, которые одобрит Министерство финансов). Бундесрат же считает, что следует допустить к нему общественность. Пока не ясно, чем закончатся эти споры.

¹¹⁶ Conseil constitutionnel [сайт]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-591-qpc/decision-n-2016-591-qpc-du-21-octobre-2016.148055.html> (дата обращения: 13.04.2017)

¹¹⁷ Приводится по: TaxToday [сайт]. URL: <http://tax-today.com/publicnyi-reest-trastov-frantsii-pod-zapretom/> (дата обращения 13.04.2017)

¹¹⁸ Tax-news [сайт]. URL: http://tax-news.com/news/Netherlands_To_Introduce_Registry_Of_Beneficial_Ownership___73931.html (дата обращения: 14.04.2017); <http://www.taxand.nl/en/news/ultimate-beneficial-ownership-register-and-taxation-status-update-in-the-netherlands/>.

¹¹⁹ OneStopBrokers [сайт]. URL: <http://www.onestopbrokers.com/2017/04/10/netherlands-introduce-registry-beneficial-ownership-fight-tax-evasion/> (дата обращения: 15.04.2017)

¹²⁰ Bloomberg BNA [сайт]. URL: <https://www.bna.com/germanys-beneficial-ownership-n57982086301/> (дата обращения: 16.04.2017); Bundesrat [сайт]. URL: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2017/0101-0200/182-17.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (дата обращения: 16.04.2017)

Список использованных источников и литературы

Нормативно-правовые акты

1. Aktiengesetz, AktG 30.01.1937
2. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB 18.08.1896
3. Code de commerce // <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>
4. Codice civile // <http://www.diritto.it/codici/1>
5. Company Act 2006 // <http://www.legislation.gov.uk>
6. Delaware code 2016 // delcode.delaware.gov/
7. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC // <http://eur-lex.europa.eu>
8. Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC // <http://eur-lex.europa.eu>
9. Draft Statutory Guidance on the meaning of “significant influence or control” over Limited Liability Partnerships in the context of the Register of People with Significant Control // <https://www.gov.uk>;
10. Dutch Civil Code Book 2 26.07.1972
11. Fourth EU Anti-Money Laundering Directive (EU2015/849) 20.05.2015
12. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG 19.05.1892
13. Guidance for People with Significant Control Over Companies // <https://www.gov.uk>;
14. Handelsgesetzbuch, HGB 10.05.1897
15. Insolvency Act 1986 // <http://www.legislation.gov.uk>
16. Insolvenzordnung, InsO 5.10.1994
17. Model tax convention on income and on capital 1977

18. Small Business, Enterprise and Employment Act 26.03.2015
19. Statutory Guidance on the meaning of “significant influence or control” over companies in the context of the Register of People with Significant Control // <https://www.gov.uk>;
20. Summary guide for companies – register of people with significant control // <https://www.gov.uk>;
21. U.S. Internal Revenue Code // <https://www.law.cornell.edu>
22. United Kingdom: Financial Sector Assessment Program-Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT)-Technical Note // <https://www.imf.org>
23. United Nations Model Double Taxation Convention 1980

Материалы судебной практики

24. Archer Structures Ltd v Griffiths (BCC 156 2004)
25. Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co., 210 Cal.App.2d 825 (1962)
26. BAG ZIP 1999, 878.
27. BGH ZIP 2009, 802.
28. BGH, 04.05.1977 - VIII ZR 298/75
29. BGH, 16.07.2007 - II ZR 3/04.
30. BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99
31. BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99.
32. BGH, 29.03.1993 - II ZR 265/91
33. BGH, BB 1985, 77
34. BGH, NJW 1977, 1449, 1451.
35. BGH, ZIP 1994, 867.
36. BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800
37. BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142
38. BGHZ 68, 312 (315), BGH NJW-RR 1999, 2809.
39. BGHZ 95, 330 = BB 1985, 2065 = NJW 1986, 188

40. BSG NJW-RR 1995, 730, BSG NJW-RR 1997, 94 (95).
41. Cede & Co v Technicolor Inc, 634 A.2d 345 , 361 (Del., 1993)
42. Commonwealth National Bank of Dallas, v. United States of America 665 F.2d 743 (5th Cir. 1982)
43. Credit Managers Association of Southern California v. Superior Court (51 Cal. App. 3d 352, 124 (Cal. Rptr. 242 1975).
44. Datlof v. United States, 252 F. Supp. 11 (ED Pa. 1966).
45. Décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016
46. Dolese v. United States 605 F.2d 1146 (10th Cir. 1979)
47. Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co. (Co 41 Del.Ch. 78, 188 A.2d 125 (Del.Supr. 1963));
48. Holzman v. De Escamilla 858 2d 833 (Ct. App. 1948).
49. Horwitz v. United States, 339 F.2d 877 (2d Cir. 1965)
50. Laya v. Erin Homes, Inc., 177 W. Va. S.E.2d (1986)
51. Liddon v. United States, 448 F.2d 509 (5th Cir. 1971)
52. Lowendahl v. Baltimore Ohio r.r. Co, 247 App Div 144, 272 NY 360
53. N.Y. Credit Men's Adjustment Bureau v Weiss 305 N.Y. 1, 7, 110 (N.E.2d 1953)
54. Nelson v. Emerson, (Del.Ch. 5-6-2008)
55. Newsome v. United States. 468 F.2d 1399 (5th Cir. 1972)
56. Odyssey Partners, L.P. v. Fleming Companies, Inc., 735 (A.2d 386, 1999)
57. Perpetual Real Estate Services Inc. v. Michaelson Properties 974 F.2d 545 (4th Cir. 1992);
58. Pinnacle Labs, LLC v Goldberg, (W.D. Wis. Sep. 5, 2007)
59. Re Cyona Distributors Ltd (CH 889 1967)
60. Re L Todd (Swanscombe) Ltd (BCLC 454 1990)
61. Re Sherbourne Associates Ltd (BCC 40 1995)
62. Re William C Leitch Bros Ltd (2 Ch 7 1932)

63. Salomon v. Salomon and Co. Ltd. 1897 (AC 22)
64. Sanford Fork & Tool Co v Howe, Brown & Co, (157 US. 1895)
65. Trenwick America Litigation Trust v. Ernst and Young LLP 906 A.3d 168, (Del. Ch. 2006)
66. United States v. Graham, 309 F.2d 210, 212 (9th Cir. 1962)
67. United States v. Strebler, 313 F.2d 402 (8th Cir. 1963)
68. United States v. North Side Deposit Bank, 569 F. Supp. 948 (D. Pa. 1983).
69. US West Inc v Time Warner Inc., (Del. Ch. June 6, 1996)
70. Wilson v. United States, 257 F.2d 534 (2d Cir. 1958)
71. Wm. Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers South, Inc., 933 F.2d (2d Cir. 1991)

Литература

72. Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 7.
73. Гидирим В.А. Концепция «бенефициарной собственности» в международном налогообложении. DOI: 10.7256/2306-9899.2014.3.10812
74. Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова // Вестник ВАС. 2013. № 12.
75. Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покрова: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. N 9.
76. Ротова О. С., Ротов Е. А. Развитие концепции «бенефициарного собственника в международной и российской практике. М.: Дашков и Ко, 2015.
77. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
78. Хаванова И.А. Налоговые соглашения России [Электронный ресурс] // Экономико-правовой бюллетень. Сентябрь 2013. №9.
79. Ahnis E., Kuhlmann J. Konzern- und Umwandlungsrecht. 4 Aufl. Rot: C. F. Müller, 2016.
80. American Bar Association, Insolvency and fiduciary duties: advising directors and officers when the company cannot pay its bills, Annual Meeting San Francisco, CA;

81. Andreas Cahn, David C. Donald, Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, Cambridge University Press, 2010
82. Arnim C. U.S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U.S.-amerikanischen Corporation. Berlin. NZG, 2000.
83. Bainbridge S.M, Corporate Law, 2nd ed. Foundation Press, P. 52
84. Bainbridge S.M. Abolishing LLC Veil Piercing // University of Illinois Law Review. 2005. N 1
85. Balouziyeh J. A Legal Guide to United States Business Organizations Springer; 2nd ed. 2013. P. 35
86. Baumbach A., Hueck A. GmbHG. 19 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
87. Bernard S. Black, Outside Director Liability, Stanford Law School Law and Economics Working Paper No. 319 P. 1089-1091
88. Brenda M Hannigan. Company law / 4th ed. Oxford Univ. Press, 2015.P. 416-417.
89. Canaris C-W., Habersack M., Schäfer C (Hgs). Handelgesetzbuch. Großkommentar. 5 Aufl. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2015.
90. Christian Campbell, International Liability of Corporate Directors, Lulu.com, 2007.
91. Commentario al codice civile. Artt. 2484-2510: Scioglimento e liquidazione. Trasformazione, fusione e scissione / a cura di P. Cendon. Giuffrè Editore, 2010.
92. Eisenhardt U., Wackerbarth U. Gesellschaftsrecht II. Recht der Kapitalgesellschaften: Mit Bezügen zum Bilanz-, Insolvenz- und Kapitalmarktrecht. Grafrath: C. F. Müller, 2013.
93. Fiona Tolmie, Corporate and Personal Insolvency Law, Cavendish Publishing Limited, 2003.
94. French D., Mayson S., Ryan C. Company Law. Oxford University Press, 1998.
95. Fuchs M., Pauker W., Baumgärtner A. S. Delikts- und Schadensersatzrecht. 9 Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 2016.
96. Gevurtz F.A. Corporation Law. 2nd ed. Thomson Reuters, 2010.
97. Gower L.C.B. The Principles of Modern Company Law. London, 1954. P. 123 - 125.
98. Haar B. Corporate Group Law // The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann. Oxford: OUP, 2012. Vol. I.

99. Hess H. Insolvenzrecht: Großkommentar in zwei Bänden. 2 Aufl. München: Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2013.
100. Hirte H. Kapitalgesellschaftsrecht. 6 Aufl. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum, 2009.
101. <https://www.latscha-avocats.com/extension-procedure-judiciaire-debiteur/>.
102. <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/extension-procedure-titularite-demande-competence-15354.htm>.
103. Ian Youngman, Directors' and Officers' Liability Insurance: A Guide to International Practice, Woodhead Publishing, 1999
104. K. Thor Lundgren, Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor, 67 Marq. L. Rev. 523 (1984).
105. Kroh J. Der existenzvernichtende Eingriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
106. Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Storck A. Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam: IBFD, 2013.
107. Le Gall J.-P., Ruellan C. Droit commercial. Notions générales. 16e éd. Paris: Dalloz, 2014.
108. Ligeti K., Simonato M. Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU. Hart Publishing, 2017.
109. Loftus C. Carson, The Liability of Controlling Persons Under the Federal Securities Acts, 72 Notre Dame L. Rev. 263 (1997). P. 324-325.
110. Macmillan F. International Corporate Law. London, 2000.
111. Moulin P. L'action en insuffisance d'actif // <https://heraultjuridique.com/juridique/droit-pratique/laction-insuffisance-dactif-%c2%bd/>; <https://heraultjuridique.com/juridique/droit-pratique/laction-en-insuffisance-dactif-22/> (дата публикации – 20.04.2017; дата обращения – 31.05.2017).
112. Rossi M.Q. Italy's New Disclosure Rules for Trusts // TAX NOTES INTERNATIONAL. - January 4, 2016.
113. Roth H., Weller M.P. Handels- und Gesellschaftsrecht. 7 Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2010.
114. Schmidt A. (Hrsg.). Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. 3 Aufl. Münster: ZAP-Verlag, 2009.
115. Schmidt. K. Gesellschaftsrecht. 4 Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns Verlag KG, 2002.

116. Schult L. Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung. München: Herbert Utz Verlag, 2009.
117. Schwerdtfeger A. Fachanwaltskommentar. Gesellschaftsrecht. 2 Aufl. Köln: Heymanns Verlag, 2010.
118. Siclari D. The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive. Palgrave Macmillan, 2016.
119. Stephan A. Untreue im Konzern. Freiburg: Centaurus-Verlag, 2010.
120. Stephen Griffin, Company Law Fundamental Principles LLB, M.Phil, 2006. p. 338
121. Vandekerckhove K. Piercing the Corporate Veil. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
122. Wagner G. Existenzvernichtung als Deliktstatbestand // Heldrich A., Prölss, Koller I. (Eds.). Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. München: Verlag C.H. Beck, 2007.

Электронные ресурсы

123. Bloomberg BNA [сайт]. URL: <https://www.bna.com>
124. Bundesrat [сайт]. URL: <https://www.bundesrat.de>
125. Conseil constitutionnel [сайт]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
126. dejure.org [сайт]. URL: <https://dejure.org>
127. Dutch Civil Law [сайт]. URL: <http://www.dutchcivillaw.com>
128. EUR-Lex [сайт]. URL: <http://eur-lex.europa.eu>
129. Financial Times [сайт]. URL: <https://www.ft.com>
130. Gesetze im Internet [сайт]. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de>
131. Legislation.gov.uk [сайт]. URL: <http://www.legislation.gov.uk>
132. OneStopBrokers [сайт]. URL: <http://www.onestopbrokers.com>
133. Tax-news [сайт]. URL: <http://tax-news.com>
134. TaxToday [сайт]. URL: <http://tax-today.com>
135. United Nations [сайт]. URL: <http://www.un.org>

Приложения

Закон о банкротстве 1986 г. (Великобритания)

Ст. 212 Средство правовой защиты от правонарушений директоров, ликвидаторов и т. д.

(1) Настоящая статья применяется, если в ходе ликвидации компании выяснится, что лицо, которое

(А) является или являлось должностным лицом компании,

(Б) выступало в роли ликвидатора, администратора, управляющего, или

(С) не являясь лицом, подпадающим под пункты (а) или (б), было заинтересовано или принимало участие в продвижении, формировании или управлении компанией,

Неправомерно использовало, утаивало (было ответственно за это) любые денежные средства или иное имущество компании, или же было виновным в нарушениях каких-либо фидуциарных или иных обязанностей в отношении компании.

(2) Ссылка в подразделе (1) на лиц, нарушивших любую фидуциарную или иную обязанность в отношении компании включает, в случае (Б), любое нарушение фидуциарной или иной обязанности случившееся в связи с выполнением лицом его функций ликвидатора, администратора, управляющего компании.

(3) Суд может по заявлению «официального получателя», ликвидатора, любого кредитора или вкладчика проанализировать поведение лица, подпадающего под действие пункта (1), и принудить его -

(А) возратить, восстановить или возместить деньги, имущество или любую его часть с процентами по такой ставке, которую суд считает справедливой, или

(Б) внести такую сумму в активы компании в виде компенсации за нарушение фидуциарных или иных обязанностей, которую суд считает справедливой.

(4) Право подавать заявление в соответствии с подразделом (3) в отношении лица, которое выступило в качестве ликвидатора, администратора, управляющего компании реализуемо только с разрешения суда.

(5) Право вкладчика подать заявление в соответствии с подразделом (3) не может быть реализовано, кроме как с разрешения суда, но может быть реализуемо, несмотря на то, что само лицо не сможет получить выгоду от распоряжения суда, сделанного по заявлению этого лица.

Ст. 213 Мошенничество.

(1) Если в ходе ликвидации компании выясняется, что деятельность компании была направлена на обман кредиторов компании или кредиторов любого другого лица или на любую мошенническую цель, то за этим последуют следующие меры.

(2) Суд по заявлению ликвидатора может постановить, что любые лица, которые сознательно участвовали в ведении деятельности компании в порядке, указанном выше, должны будут сделать взносы (если таковые имеются) в активы компании, в размере который суд посчитает справедливым.

Ст. 214 Ведение нечестной бизнес деятельности.

(1) В соответствии с нижеследующим подпунктом (3), если в ходе ликвидации компании выясняется, что подраздел (2) настоящей статьи применяется в отношении лица, которое является или являлось директором компании, суд по заявлению ликвидатора может постановить, что это лицо обязано внести взнос (если таковой имеется) в активы компании, в размере который суд посчитает справедливым.

(2) Этот подраздел применяется в отношении лица, если:

(А) компания вступила в ликвидацию из-за несостоятельности,

(Б) в какой-то момент до начала ликвидации общества это лицо знало или должно было прийти к выводу о том, что не существует разумных возможностей того, что компания избежит процесса ликвидации из-за несостоятельности,

(С) это лицо в тот период являлось директором компании,

Но суд не должен принимать решение по этой статье в случае, когда период времени, упомянутый в пункте (Б), приходился до 28 апреля 1986 года.

(3) Суд не принимает решения в соответствии с настоящей статьей в отношении любого лица, которое по мнению суда предприняло все возможные меры для минимизации потенциальных потерь кредиторов (если предположить, что оно знало, что не было разумной перспективы того, что компания избежит процесса ликвидации из-за несостоятельности), после того, как условие, указанное в части 2 (Б), было впервые выполнено по отношению к этому лицу.

(4) Для целей подразделов (2) и (3) факты, которые директор компании должен знать или констатировать, выводы, к которым он должен прийти, и шаги, которые он должен предпринять, - это те из них, которые должны были быть известны или установлены, достигнуты и предприняты, лицом при должной доли разумности и осмотрительности, имеющим как

(А) общие знания, навыки и опыт, которые могут разумно ожидать от лица, выполняющего те же функции, которые выполняет этот директор в компании,

Так и

(В) общие знания, навыки и опыт, которыми обладает этот директор.

(5) Ссылка в подразделе (4) на функции, выполняемые директором компании, также включает любые функции, которые он не выполнял, но которые были ему доверены.

(6) Для целей настоящей статьи компания переходит в процесс ликвидации из-за неплатежеспособности, если она переходит в этот процесс в момент, когда ее активы недостаточны для выплаты своих долгов и других обязательств и расходов на ликвидацию.

(7) В этой статье понятие «директор» включает также и «теневого директора».

(8) Данная статья не противоречит ст. 213.

Ст. 216 Ограничение повторного использования названий компаний.

(1) Настоящая статья применяется к лицу, при котором компания («ликвидируемая компания») перешла в процесс ликвидации из-за неплатежеспособности в назначенный день или после него, и он был директором или теневым директором компании в любое время в течение 12 месяцев до дня его ликвидации.

(2) Для целей настоящей статьи имя является запрещенным именем в отношении такого лица, если:

(А) это название, по которому ликвидационная компания была известна в течение 12 месяцев до момента ликвидации или

(В) это имя, которое настолько похоже на имя, подпадающее под пункт (а), что порождает ассоциацию с этой компанией.

(3) За исключением разрешения суда или при определенных обстоятельствах, которые могут быть предписаны, лицо, к которому применяется настоящая статья, не может в

течение 5 лет, начинающихся со дня, когда ликвидируемая компания перешла в процесс ликвидации,

(А) быть директором любой другой компании, известной по запрещенному названию, или

(В) каким-либо образом, прямо или косвенно, иметь отношение или участвовать в продвижении, формировании или управлении любой такой компании или

(С) каким-либо образом, прямо или косвенно, иметь отношение к участию в ведении бизнеса (иначе чем под видом компании) под запрещенным наименованием.

(4) Если какое-либо лицо действует в нарушение настоящей статьи, оно подлежит тюремному заключению или штрафу, или тому и другому.

(5) В подразделе (3) понятие «суд» означает любой суд, имеющий юрисдикцию для ликвидации компаний; В соответствии с данной статьей по своему заявлению государственный секретарь или «официальный получатель» могут обращать внимание суда на любые вопросы, которые, по их мнению, имеют отношение к делу.

(6) Ссылки в этой статье относительно периода времени, когда компания известна под соответствующим именем, относятся к названию компании в то время когда компания осуществляла деятельность под этим именем.

(7) Для целей настоящей статьи компания переходит в процесс ликвидации из-за неплатежеспособности, если она переходит в этот процесс в момент, когда ее активы недостаточны для выплаты своих долгов и других обязательств, а также расходов на ликвидацию.

(8) В этой статье понятие «компания» включает компанию, которая может быть ликвидирована в соответствии с частью V настоящего Закона.

Ст. 217 Личная ответственность по долгам, в нарушение ст. 216.

(1) Лицо несет личную ответственность за все соответствующие долги компании, если

(А) в нарушение статьи 216 оно участвует в управлении компанией или

(Б) как лицо, которое вовлечено в управление компанией, оно действует или желает действовать по инструкциям (без разрешения суда) лица, которое, нарушило ст. 216 по отношению к данной компании, о чем ответственное лицо осведомлено

(2) Если какое-либо лицо несет личную ответственность в соответствии с пунктом (1) настоящей статьи за соответствующие долги компании, то оно несет солидарную ответственность в отношении этих долгов с компанией и любым другим лицом, которое в соответствии с настоящей статьей или иным образом несет такую ответственность.

(3) Для целей настоящей статьи соответствующими долгами компании являются:

(А) в отношении лица, которое несет персональную ответственность в соответствии с подпунктом (А) подраздела (1), такие долги и другие обязательства компании, которые возникли в то время, когда это лицо участвовало в управлении компанией, и

(В) в отношении лица, которое несет персональную ответственность согласно подпункту (Б) этого подраздела, такие долги и другие обязательства компании, которые возникли в момент, когда это лицо действовало или хотело действовать в соответствии с инструкциями, указанными как упомянуто в этом пункте.

(4) Для целей настоящей статьи лицо участвует в управлении компанией, если оно является директором компании, или если оно прямо или косвенно заинтересовано или участвует в управлении компанией.

(5) Для целей настоящей статьи презюмируется, что лицо, которое участвовало в управлении компанией и действовало по инструкциям, данным (без разрешения суда) лицом, которое, как ответственное лицо знало в то время, нарушило ст. 216 в отношении компании, было готово и дальше после этого действовать по инструкциям такого лица.

(6) В данной статье понятие «компания» включает компанию, которая может быть ликвидирована согласно части V данного закона.

Закон об обществах с ограниченной ответственностью (Германия)

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

§ 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft

(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

(2) Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.

(3) Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

§13 GmbHG Юридическое лицо, торговое общество

(1) Общество с ограниченной ответственностью осуществляет свои права и обязанности самостоятельно; оно может приобретать право собственности и другие вещные права на земельный участок, быть истцом и ответчиком в суде.

(2) По обязательствам перед кредиторами общество отвечает только своим имуществом.

(3) Общество действует в качестве торгового по смыслу торгового уложения.

§ 30 Kapitalerhaltung

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

(2) Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluss nach § 12 bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Zurückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.

§30 GmbHG Сохранение капитала

(1) Имущество, требующееся для сохранения твердого капитала общества, не разрешено выплачивать участникам. Предложение 1 не действует при предоставлении, которое требуется при наличии договора о господстве и договора об отчислении прибыли (§ 291 AktG) или обеспечивают притязание в отношении участника о полноценном встречном

предоставлении или притязание о возврате. Предложение 1 также не применяется к возврату займов, полученных от участника, и к предоставленным по требованиям из юридически значимых действий, которые экономически соответствуют займу.

(2) Внесенные дополнительные вклады могут быть выплачены обратно участнику, если они не требуются для покрытия потерь в твердом капитале. Обратный платеж не разрешено производить до истечения 3 месяцев, после того как решение об обратном платеже по §12 было объявлено. В случаях § 28 абз. 2 недопустим обратный платеж дополнительного вклада до полного внесения твердого капитала. Обратный платеж дополнительного вклада считается не изъятым.

§ 31 Erstattung verbotener Rückzahlungen

(1) Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.

(2) War der Empfänger in gutem Glauben, so kann die Erstattung nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.

(3) Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, so haften für den zu erstattenden Betrag, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, die übrigen Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.

§ 31 Возвращение запрещенного обратного платежа

(1) Платежи, которые вопреки предписанию §30 предоставлены, должны быть возвращены обществу.

(2) Если был добросовестный получатель, то можно требовать возвращения только в том случае, если это требуется для удовлетворения кредиторов общества.

(3) Если возвращение от получателя не может быть истребовано, то отвечает в пределах сумм, требуемых для возвращения, а равно для удовлетворения кредиторов общества, оставшиеся участники в пределах своих долей. Суммы, которые от одного участника не могут быть истребованы, распределяются между оставшимися.

Закон об акционерных обществах (Германия)

Aktiengesetz (AktG)

§ 15 Verbundene Unternehmen

Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.

§15 Связанные предприятия

Связанными предприятиями признаются юридически самостоятельные предприятия, которые в отношениях между собой являются предприятиями, которыми обладает мажоритарный участник, и предприятиями с преобладающим участием (§16), зависимыми и господствующими предприятиями (§17), предприятиями концерна (§18), предприятиями с взаимным участием (§19) или сторонами договора между предприятиями (§§291, 292).

§ 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen

(1) Gehört die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen oder steht einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zu (Mehrheitsbeteiligung), so ist das Unternehmen ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, das andere Unternehmen ein an ihm mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen.

§16 Предприятия, которыми обладает мажоритарный участник, и предприятия с преобладающим участием

(1) Если большинство долей юридически самостоятельного предприятия принадлежат другому предприятию или последнее обладает большинством голосов (преобладающее участие), тогда первое является предприятием, находящемся в обладании мажоритарного участника, а второе – предприятием с преобладающим участием внутри первого.

§ 17 Abhängige und herrschende Unternehmen

(1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.

(2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

§17 Зависимые и господствующие предприятия.

(1) Зависимым предприятием считается юридически самостоятельное предприятие, на которое другое предприятие (господствующее предприятие) может оказывать непосредственно или опосредованно определяющее воздействие.

(2) Презюмируется, что предприятие, находящееся в обладании мажоритарного участника, является зависимым от предприятия с преобладающим участием внутри него.

§ 18 Konzern und Konzernunternehmen

(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

(2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

§18 Концерн и предприятия концерна

(1) Если господствующее предприятие и одно или несколько зависимых предприятий находятся под единым руководством господствующего предприятия, то они составляют концерн; отдельные предприятия являются предприятиями концерна. Предприятия, между которыми существует договор о господстве (§291) или одно из которых присоединено к другому (§319), рассматриваются как объединенные под единым руководством. Презюмируется, что зависимое предприятие образует с господствующим предприятием концерн.

(2) Если юридически самостоятельное предприятие, которое не зависит от другого предприятия, объединено вместе с последним под единым руководством, то тогда они также образуют концерн; отдельные предприятия являются предприятиями концерна.

§ 19 Wechselseitig beteiligte Unternehmen

(1) Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, die dadurch verbunden sind, daß jedem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört.

(2) Gehört einem wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann das eine auf das andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so ist das eine als herrschendes, das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen.

(3) Gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann jedes auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig.

§19 Предприятия с взаимным участием

(1) Предприятиями с взаимным участием считаются предприятия с местом нахождения внутри страны в организационно-правовой форме обществ капитала, которые связаны в силу того, что каждому из них принадлежит более четверти долей другого предприятия.

(2) Если одно предприятие с взаимным участием имеет преобладающее участие в другом предприятии с взаимным участием или может оказывать непосредственно или опосредованно определяющее воздействие на другое предприятие с взаимным участием, то первое является господствующим предприятием, а последнее – зависимым.

(3) Если каждое из предприятий с взаимным участием имеет преобладающее участие в другом или может оказывать непосредственно или опосредованно определяющее воздействие на другое предприятие, то каждое предприятие признается господствующими и зависимым.

§ 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag

(1) Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

§291 Договор о господстве. Договор об отчислении прибыли.

(1) Договорами между предприятиями являются договоры, посредством которых акционерное общество или коммандитное общество на акциях ставит управление своим обществом в подчинение другому предприятию (договор о господстве) или обязуется всю свою прибыль направлять другому предприятию (договор об отчислении прибыли). В качестве договора об отчислении прибыли рассматривается также договор, посредством которого акционерное общество или коммандитное общество на акциях управляет своим предприятием за счет другого предприятия.

§ 302 Verlustübernahme

(1) Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser

nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

§302 Принятие убытков

(1) Если существует договор о господстве или договор об отчислении прибыли, то сторона такого договора должна возместить любой годовой убыток, возникший в период действия договора, в случае если такой убыток не возмещается через изъятия из иных накоплений прибыли сумм, начисленных в них в период действия договора.

§ 303 Gläubigerschutz

(1) Endet ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs bekannt gemacht worden ist, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

§ 303 Защита кредиторов

(1) Если прекращается договор о господстве или договор об отчислении прибыли, то сторона договора должна предоставить обеспечение кредиторам общества, требования которых возникли до того момента, когда запись о прекращении договора была опубликована в торговом реестре в соответствии с §10 HGB, если они оповещают с этой целью в пределах шести месяцев после публикации записи сторону такого договора. Кредиторы должны указать в опубликованной записи на свое право.