УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32841/2307-1745.2019.40.20

Ковалишин О. Р.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри судочинства
Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

АМЕРИКАНІЗАЦІЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА НІМЕЧЧИНИ

Анотація. Стаття присвячена аналізу правових трансплантатів у корпоративному праві Німеччини. Якщо в XIX ст. – на поч. XX ст. німецьке корпоративне право було зразком для запозичення іншими державами, то в другій половині XX ст. законодавець Німеччини й сам став суб'єктом запозичень.

Автор робить висновок, що сьогодні корпоративне право Німеччини поступово відступає від притаманного йому консерватизму, що зумовлено не стільки конкуренцією на світових ринках, як більшою мірою становленням свободи руху капіталу всередині ЄС, а основним джерелом правових запозичень у корпоративному праві сучасної Німеччини є право США. Причини цього явища криються передовсім у гнучкості корпоративного права США, значному впливі судової практики на регулювання відносин між суб'єктами господарювання.

У статті підкреслюється, що відмітними ознаками корпоративного права Німеччини є: 1) баланс сил між акціонерами та менеджментом; 2) сильна структура корпоративного управління; 3) тісне соціальне партнерство між працівниками й менеджментом.

Аналізуються успішні та неуспішні приклади запозичення норм права. Серед успішних, зокрема, наводиться приклад принципів корпоративного управління, змін у структурі корпоративного управління (дво- й одночленна структура управління, незалежний комітет у складі наглядової ради), появи нових нетипових форм особових товариств (партнерське товариство) тощо.

Разом із тим автор підкреслює необхідність урахування особливостей правової культури й ментальності Німеччини. Саме їх нехтування призвело до несприйняття таких типових для корпоративного права США правових конструкцій, як окремі види акцій (зокрема викупні акції), непрямий позов, груповий позов, концепція зняття корпоративної вуалі.

Ключові слова: правове запозичення, правовий трансплантат, корпоративне право Німеччини, право компаній США, акціонерне товариство, господарське товариство

Постановка проблеми. Становлення корпоративного права країн Східної Європи (Польща, Чехія, Словаччина, Україна, Білорусь тощо) відбувалося на основі німецької моделі, що зумовлено такими факторами, як ефективність відповідної правової моделі безпосередньо в цій країні, географічна близькість, геополітична важливість, наявність тісних економічних відносин із Німеччиною. Модель корпоративного права Німеччини часто протиставлялася англо-американській моделі правового регулювання.

Але тенденцією останніх років є конвергенція правових систем з усе більш відчутнішими впливами англо-американського права компаній. Корпоративне право Німеччини не залишилося осторонь такого взаємопроникнення.

Якщо в XIX ст. – на поч. XX ст. німецьке корпоративне право було зразком для запозичення іншими державами, то в другій половині XX ст. законодавець Німеччини й сам став суб'єктом запозичень, насамперед, як і більшість держав-членів ЄС, у зв'язку з впливом 15 Директив корпоративного права ЄС [1, с. 123–124], які стали підставою для відповідних змін у корпоративному праві держав-членів. Але також посилилися відчутно впливи американського права, в тому числі опосередковано через вплив права Великобританії та привнесення традиції прецедентного права в *acquis communautaire*.

Ця проблематика була предметом наукового дослідження таких учених, як Хольгер Фляйшер, Геральд Шпіндлер, Себастьян Йорденінг, Вільфрид Бергман, Джон Чіоффі, Крістоф Тайхман та інші. Водночас дослідження здійснювалися виключно з метою вдосконалення власне німецького права без оцінювання можливого застосування цього досвіду під час оновлення корпоративного права інших європейських держав.

Метою статті є аналіз впливу права компаній США на корпоративне право Німеччини.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відмітними ознаками корпоративного права Німеччини є: 1) баланс сил між акціонерами та менеджментом; 2) сильна структура корпоративного управління; 3) тісне соціальне партнерство між працівниками й менеджментом [2, с. 24]. За висловлюваннями вчених сформувалася особлива форма ведення підприємницької діяльності – «Рейнський капіталізм» («*Rhenish Capitalism*») [3], яка суттєво відрізняється від англо-американської моделі ведення бізнесу, де на першому місці завжди інтереси акціонерів. Та, незважаючи на такі концептуальні відмінності, протягом останніх десятиріч у німецькому корпоративному праві стають усе більш відчутними запозичення з американського корпоративного права.

Особливістю правових запозичень у німецькому корпоративному праві є те, що вони не так радикально помітні під час їх імплементації в національне право (порівняно з країнами Східної Європи – *прим. автора*), оскільки традиційно німецька юриспруденція намагається уникати радикальних реформ, хоча вплив права англо-американської системи корпоративного права є очевидним, якщо лише поглянути на систему організаційно-правових форм господарських товариств.

Система товариств. Одним із наслідків свободи реєстрації підприємницької діяльності (*Niederlassungsfreiheit*) у ЄС стало запровадження в Німеччині нової організаційно-правової форми – партнерського товариства (*Partnerschaftsgesellschaft).* Це товариство створене для таких професій, як юристи, лікарі, архітектори, журналісти тощо. У зв'язку з відсутністю згаданої організаційно-правової форми раніше чимало підприємців

використовувало організаційно-правову форму *limited liability partnership* з англо-американського права. Тому класична німецька модель чотирьох видів господарських товариств була змушена реагувати на потреби ринку. Остаточно це стало зрозуміло після справ *Centros, Überseering* та інших, у яких ЄСПЛ підтвердив принципову можливість здійснення господарської діяльності незалежно від місця реєстрації товариства [5, с. 37–39].

Варто відзначити, що уряд Німеччини відмовився від доповнення відповідним розділом Комерційного кодексу Німеччини. Партнерське товариство регулюється окремим законом (Закон про партнерські товариства (*Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*) від 25.07.1994) [6], тоді як командитне товариство (*Kommanditgesellschaft*) і повне товариство (*Offene Handelsgesellschaft*) завжди регулювалися на рівні кодексу.

Корпоративне управління. Коли аналізується певна іноземна система корпоративного права, то перше, що цікавить іноземного правника чи інвестора, є система корпоративного управління.

Корпоративне управління Німеччини традиційно завжди було зразком класичної двочленної структури управління акціонерним товариством, хоча дискусії про можливість наближення до американської моделі точаться з часу проведення конференції в Кельні в 1926 році. Цього постулату Німеччина дотримується й сьогодні.

Але підставою того, що одночленна структура управління в Німеччині все ж таки утверджена, є прийняття Регламенту про Європейську акціонерну компанію (*SE-Verordnung*). Відповідно до ст. ст. 43–45 Регламенту, управління європейською акціонерною компанією може здійснюватися єдиним органом у складі не менше ніж 3 особи, який здійснює щоденне керівництво поточними справами товариства [7]. Норми регламенту є частиною німецького права, а тому в повному обсязі застосовуються до суб'єктів господарювання Німеччини.

Отже, згідно із цим Регламентом, засновники *societas europaea*, які зареєстровані на території Німеччини, отримали можливість обирати поміж одно- або двочленною структурою управління.

Ще одним із запозичень, які сьогодні жваво обговорюються в Німеччині, є запровадження комітету з аудиту (*Audit Committee*). Запровадження цього інституту вперше рекомендовано в США Комісією з цінних паперів і фондової біржі (*Securities and Exchange Commission, SEC*) у 1940 році. У 1978 році Нью-Йоркська фондова біржа закріпила наявність комісії з аудиту як обов'язкову передумову для компаній, що перебувають у лістингу на цій біржі. А після скандалу з *Enron* вимога про запровадження комітету з аудиту була законодавчо закріплена на підставі *Sarbanes-Oxley-Act*.

У запровадженні аналогічного правового інституту в Німеччині начебто необхідності й не було, адже, на відміну від американської моделі, в корпоративному праві континентальної Європи функції наглядового та виконавчого органу розділено, що випливає із самої природи структури управління, – двочленність структури. Незважаючи на цей факт, інститут незалежного комітету було запроваджено.

До 30 квітня 2008 року наглядова рада могла утворювати у своєму складі один чи декілька комітетів, зокрема для підготовки засідань і рішень ради для перевірки виконання цих рішень (ч. 3 § 107 Закону про акціонерні товариства (далі – *AktG*)) [8, с. 317]. У чинній редакції Закону частина третя доповнена таким положенням: «Наглядова рада створює спеціальні наглядові комітети, завданням яких є нагляд за процесом бухгалтерського обліку, ефективністю системи внутрішнього контролю, системою управління ризиками та системою внутрішнього аудиту й аудиту, в тому числі за вибором незалежного аудитора та додаткових послуг, що надаються аудитором» [9]. Хоча як такого окремого органу не виділяється, але за зразком *Sarbanes-Oxley-Act* цей наглядовий комітет стає незалежним від наглядової ради товариства загалом.

Чимало принципів корпоративного права, які сьогодні вважаються стандартом корпоративного управління в Німеччині, беруть свій початок із права США. Йде мова передусім про такі принципи, як *business judgment rule, duty of care*, *duty of loyalty* тощо.

Business judgment rule вперше з'явилося в рішенні Федерального верховного суду Німеччини (*Bundesgerichtshof*) у справі *ARAG/Garmenbeck*. Згодом це рішення відображено в частині 1 § 93 *AktG*, згідно з яким члени ради повинні перевіряти ретельність порядного й сумлінного керівника підприємства під час ведення його справ. Вони зобов'язані не розголошувати конфіденційні відомості й таємниці товариства, зокрема відомості, що становлять виробничу чи комерційну таємницю, які їм стали відомі в ході діяльності під час управління товариством [9]. Як відзначає Х. Фляйшер, критика, якій була піддана ця редакція норми, підтверджує необхідність ретельного аналізу під час запозичення правил, які не притаманні цій правовій системі [4, с. 1134].

Іншим прикладом імпорту права є застосування правила *Corporate Compliance* щодо відповідальності членів правління. Його поняття й функція походять з американської банківської системи. Уперше це правило з'явилося в рішенні *Caremark* суду штату Делавер (1996 рік). *Corporate Compliance* є не тільки одним зі стовпів належного корпоративного управління, а й центральним завданням управління підприємством [4, с. 1135].

Підґрунтям для дихотомії англо-американського *duty of care* та *duty of loyalty* в німецькій правовій догматиці були норми § 276 і § 242 Цивільного кодексу (далі – ЦК) Німеччини. Особа, яка нехтує необхідною в обороті турботою, діє необережно (ч. 2 § 276 ЦК Німеччини) [10]. Боржник зобов'язаний здійснювати виконання добросовісно, як цього вимагають звичаї обороту (§ 242 ЦК Німеччини). *AktG* їм відповідає: «Члени правління під час ведення справ зобов'язані проявляти турботливість порядного та добросовісного керівника. Вони зобов'язані не розголошувати конфіденційні дані й таємниці товариства, зокрема ті, які становлять виробничу й комерційну таємницю та які стали їм відомі протягом управління» [1, с. 123–124].

Фінансування товариств. Помітними є впливи американського права й у сфері фінансування діяльності господарських товариств і формування статутного капіталу товариств. Ідеться передусім про акції акціонерних товариств. Традиційно в Німеччині існував поділ акцій на акції на пред'явника та іменні акції. У другій половині XX ст. у зв'язку з необхідністю залучення все більшого обсягу капіталу в США почали з'являтися нові види акцій.

Одним із таких фінансових інструментів стала так звана *відстежувана акція* (*tracking stock* або *targeted stock)*. Цей

фінансовий інструмент на фондовому ринку вперше з'явився в 1984 році, коли компанія *General Motors* запровадила його серед своїх акціонерів. Зміст *tracking stock* полягає в тому, що за цим видом акцій дивіденди акціонера залежать від фінансових результатів не компанії загалом, а тільки окремих її структурних підрозділів чи окремих сфер її діяльності. Цей інструмент запроваджено в § 11 *AktG*, відповідно до якого акції можуть надавати їх акціонерам різні права, особливо в частині, що стосується розподілу прибутку та майна компанії. Отже, ця правова норма створює правові підстави для емісії акцій особливих типів, одним із яких є *Spartenaktien*, які є аналогом *tracking stocks* у США [11, с. 27]. Хоча § 11 AktG передбачає можливість емісії акцій різних типів, на практиці виникають певні труднощі у зв'язку із запровадженням цього інструменту. Тому в юридичній літературі пропонується відповідна деталізація цього інструменту в акціонерному законодавстві [4, с. 1135].

Іншим інструментом, який запозичений, є *викупні акції (redeemable shares)*. Особливість викупних акцій полягає в тому, що вони підлягають викупу товариством через певний визначений строк у майбутньому або на першу вимогу менеджменту компанії. Можливість їх емісії закріплено Другою Директивою 77/91/ЕЕС від 13 грудня 1976 року (ст. 39) за дотримання певних умов. Правова можливість емісії викупних акцій закріплювалася в Законі «Про інвестування» (*InvestmntGesetz, InvG*). Акціонери мали право вимагати викупу від них акцій, якщо сукупна вартість викупу не перевищуватиме 1,25 мільйонів євро (ч. 2 § 105 Закон «Про інвестування»). Але варто відзначити, що це запозичення не прижилося в німецькому акціонерному праві й у 2013 році можливість емісії викупних акцій скасована [1, с. 123–124].

Витоки правила про заборону *Financial Assistance* ведуть до *Companies Act* 1929 року Великобританії, де вперше закріплено це правило. Згодом це правило відображено в Другій Директиві 77/91/ЕЕС від 13 грудня 1976 року, а через два роки імплементовано в акціонерне право Німеччини. Згідно з § 71a *AktG*, правочин, предметом якого є надання авансу, позики чи надання товариством забезпечення іншій особі для придбання акцій цього товариства, є нікчемним. Нікчемним є також правочин, що вчинений товариством, відповідно до якого інша сторона управомочена чи зобов'язується придбати акції товариства за його рахунок чи за рахунок залежного підприємства або підприємства, де переважаючою є участь цього товариства [8, с. 317].

Захист кредиторів і міноритаріїв. І, звичайно, огляд корпоративного права держави не буде повним, якщо уникнути проблематики захисту прав учасників корпоративних правовідносин.

Концепція відповідальності учасників товариства за борги товариства, так зване «зняття корпоративної вуалі» (*piercing the corporate veil)*, уперше застосована в США [12, с. 34–35]. Перша спроба реалізувати цю концепцію в Німеччині мала місце в 1977 році в рішенні Федерального верховного суду Німеччини в справі щодо явної недокапіталізації компанії. Але за наслідками розгляду по цій справі так і не прийнято рішення про притягнення осіб до відповідальності. Згодом здійснено ще низку спроб притягнути до відповідальності за борги товариства компанію, але загалом концепція *piercing the corporate veil* не набула широкого застосування.

З набуттям популярності групових позовів у США та підтвердженням їх ефективності у сфері захисту корпоративних прав міноритарних акціонерів на практиці аналогічна ідея виникла й у Німеччині. Але тут варто відзначити певну особливість німецької корпоративної ментальності. Якщо першим пріоритетом корпоративного права та права цінних паперів США є вартість акції, то в корпоративному праві Німеччини важливу роль відіграє так званий «принцип партнерства між менеджментом і працівниками» [13, с. 368]. Тому, врешті, відмовилися від сприйняття американської концепції *class action*, хоча схожа за змістом концепція реалізована шляхом прийняття Закону про модельну процедуру в судових спорах на фондовому ринку [14].

Основна відмінність модельної процедури інвестора (*Kapitalanleger-Musterverfahren)* від групового позову за законодавством США полягає в тому, що кожен, хто вважає, що його права чи інтереси порушені товариством, повинен особисто звернутися за захистом свого порушеного права, аби отримати право на захист корпоративних прав у спрощеному порядку. Отже, в підсумку Німеччина відмовилася від ідеї створення стимулів для поширення практики групових позовів, за допомогою яких у США, власне, реалізуються досить жорсткі вимоги права цінних паперів (у тому числі щодо виплати дивідендів тощо).

Висновки. На кін. XIX – поч. XX ст. корпоративне право Німеччини поступово відступає від притаманного йому консерватизму, що зумовлено не стільки конкуренцією на світових ринках, як більшою мірою становленням свободи руху капіталу всередині ЄС. Наслідком утвердження «четвертої свободи комерційного права ЄС» стала конкуренція систем комерційного права, більш відома під назвою «*race to the bottom*», у зв'язку з чим уряд Німеччини був змушений проявляти гнучкість у врегулюванні господарських відносин.

Основним джерелом правових запозичень у корпоративному праві сучасної Німеччини є право США. Причини цього явища криються передовсім у гнучкості корпоративного права США, значному впливі судової практики на регулювання відносин між суб'єктами господарювання.

Генезис корпоративного права Німеччини містить як успішні, так і неуспішні приклади запозичення іноземних норм права. Серед успішних варто відзначити запозичення принципів корпоративного управління, змін у структурі корпоративного управління (дво- й одночленна структура управління, незалежний комітет у складі наглядової ради), появу нових нетипових форм особових товариств (партнерське товариство) тощо.

Нехтування особливостями правової культури призвело до несприйняття таких типових для корпоративного права США правових конструкцій, як окремі види акцій (зокрема викупні акції), непрямий позов, груповий позов, концепція зняття корпоративної вуалі.

Література:

1. Ковалишин О.Р. Види джерел корпоративного права Європейського Союзу. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України.* Київ, 2015. С. 122–132.
2. Holger Fleischer, A Guide to German Company Law for International Lawyers – Distinctive Features, Particularities, Idiosyncrasies, German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 109), p. 3–25.

3. Albert Michel, Capitalism against Capitalism, 1993.
4. Holger Fleischer, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht. 2004. S. 1129–1137.
5. Sebastian Jördening, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, Baden-Baden : Nomos, 2018. 332 S.
6. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25.7.1994. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/partgg/index.html.
7. Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R2157&from=GA.
8. Закон об акционерных обществах Германии. Серия «Германские и европейские законы» / составитель серии Вильфрид Бергман. 2-е издание. Москва : Волтерс Клувер, 2009. 595 с.
9. AktienGesetz. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/BJNR010890965.html.
10. Bürgerliches Gesetzbuch. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/.
11. Thiel, Spartenaktien für deutsche Aktiengesellschaften. Übernahme des US-amerikanischen Tracking Stock-Modells in europäischen Rechtsordnungen, 2001, S. 27.
12. Махінчук В.М. Зняття корпоративної вуалі : монографія. Івано-Франківськ : Фоліант, 2017. 165 с.
13. Cioffi, John (2002) “Restructuring “Germany Inc.”: The Politics of Company and Takeover Law Reform in Germany and the European Union”, Law & Policy 24: p. 355–402.
14. Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/kapmug_2012/.

Kovalyshyn O. Americanization of German corporate law

Summary. The article deals with the analysis of legal transplants in German corporate law. If during the XIX–XX centuries German corporate law was a model for borrowing for the other European states. But since the second half of the XX century the German legislature itself became the subject of legal borrowings.

The author concludes that German corporate law today is gradually moving away from its inherent conservatism, which is caused not so much by competition in the world markets as by the free movement of capital within the EU. The US law becomes the major source of legal borrowings in modern German corporate law. The reasons for this phenomenon lie primarily in the flexibility of US corporate law, the significant impact of case law on the regulation of relations between business entities in the USA.

The article emphasizes that the hallmarks of German corporate law are: 1) balance of power between shareholders and management; 2) strong corporate governance structure; 3) close social partnership relations between employees and management.

Successful and unsuccessful examples of borrowing are analyzed. Successful examples are as follows: the principles of Corporate governance, corporate governance structure (two- and one-tier system of management), the independent committee within the supervisory board, the emergence of new atypical forms of partnerships (limited liability partnership), etc.

At the same time, the author emphasizes the need to take into account the peculiarities of the legal culture and mentality of Germany. It was their neglect that led to the rejection of such US corporate legal concepts as the specific types of shares (including redemptive shares), indirect action, class action, piercing of corporate veil etc.

Key words: legal borrowing, legal transplant, German corporate law, US company law, joint-stock company, business company.