

Умберто Томбари

**ГРУППЫ КОМПАНИЙ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО В ИТАЛИИ.
ИНФОРМАЦИОННАЯ И РЕПРЕССИВНАЯ ЗАЩИТА,
ПРАВО НА ОБЪЕДИНЕНИЕ И РЕГУЛИРОВАНИЕ УПРАВЛЕНИЯ ГРУППОЙ**

Статья посвящена проблемам корпоративного управления. Автор уделяет внимание проблеме регулирования правового режима группы компаний. Статья подготовлена на основе итальянского законодательства.

Ключевые слова: корпоративное право, группа компаний, итальянское право.

Umberto Tombari

**GROUP OF COMPANIES AND CORPORATE LAW IN ITALY. INFORMATIVE AND REPRESSIVE
PROTECTION, RIGHT TO ASSOCIATIONS AND REGULATION OF GROUP MANAGEMENT**

The article is devoted to the problems of corporate management. The author pays attention to regulation of the legal treatment of a group of companies. The article is based on the Italian legislation.

Keywords: corporate law, group of companies, Italian law.

1. Введение: регулирование группы как «проблемное поле». В Европе специфическое регулирование групп существует только в Германии, Португалии, Италии и в некоторых странах Восточной Европы; в большей части правопорядков (в том числе Франции и Великобритании) регулирование групп в основном осуществляется общим корпоративным правом.

Согласно общепринятому утверждению «группа» представляет собой более развитую форму организации среднего бизнеса (внутригосударственную или транснациональную), заменив собой выступавшее в этом качестве акционерное общество.

Группа представляла и представляет собой организационную форму, посредством которой итальянские компании смогли стать конкурентоспособными на мировом рынке, преодолев, как минимум отчасти, пределы, обусловленные своим небольшим размером. Другими словами, необходимо отметить не только и не столько растущее распространение такой формы, как группа, сколько множественность преимуществ, а не только опасностей, связанных с принадлежностью к группе компаний, — преимуществ, которые, прежде всего для малого и среднего бизнеса, должны быть выявлены в диверсификации организации видов деятельности и в большей договорной свободе, сопутствующей большому масштабу предприятия.

В случае если это верно, все же остаются некоторые проблемные аспекты группы. В связи с этим традиционно считаются необходимыми: а) так называемая превентивная защита, направленная на предоставление обширной информации тем, кто уже вовлечен в «жизнь» группы (участники и кредиторы обществ) или может приблизиться к ней

Умберто Томбари — профессор коммерческого права, Университет Флоренции, Италия, 50121, Флоренция

Umberto Tombari — Professor of commercial law, The University of Florence, Florence, 50121, Italy

(например, инвесторы); информации, которая должна касаться финансово-экономической ситуации, внутригрупповых отношений и морфологии всего предпринимательского комплекса; б) так называемая репрессивная защита, используемая для воспрепятствования и устранения убытков, незаконно причиненных участникам и кредиторам «зависимых» обществ в процессе управленческой и координационной деятельности, осуществляемой головной компанией.

Эти проблемы, хотя и приобретают значительную важность, не представляют собой исчерпывающий перечень вопросов, входящих в «проблемное поле»: центральным вопросом становится обновление нормативного статуса «главного» и «зависимого» обществ путем установления реальных правил, в соответствии с которыми общество может вести управленческую и координационную деятельность либо быть ее объектом (Организационное право групп).

2. Реформа итальянского корпоративного права 2003 г. и введение регулирования групп. Содержание новой нормативной базы. Как было отмечено еще первыми комментаторами, реформа корпоративного права (законодательный декрет от 17 января 2003 г. № 6) впервые привнесла в итальянский правовой порядок регулирование группы компаний, обладающее некоторой органичностью. Основой его в первую очередь являются положения главы IX раздела V книги V Гражданского кодекса (ГК), озаглавленной «Управление и координация общества». В частности, в данном нормативном контексте указано:

а) выражение «группа» никогда не использовалось, а также не дано четкое понятие такого феномена, хотя очевидно, что именно он является объектом регулирования;

б) особо урегулированы ответственность общества или головной организации (ст. 2497 ГК); система раскрытия информации обществами, входящими в группу (ст. 2497-бис ГК); обязательство по мотивировке решений, принимаемых такими обществами (ст. 2497-тер ГК); основания для выхода участника из общества, являющегося объектом управления и координации (ст. 2497-кватер ГК); «инвестиции в деятельность по управлению и координации» (ст. 2497-квинквиес ГК); система «презумпций» в отношении существования группы (ст. 2497-сексисес ГК); управление и координация общества, осуществляемые на основании договора или положений устава (ст. 2497-септисес ГК).

Законодатель реформы, однако, урегулировал группу не только посредством уже упомянутых нормативных предложений, но и путем введения в главу V «Акционерные общества» особых положений для тех случаев, когда общество занимает «доминирующую» или «зависимую» позицию в группе.

Итальянское корпоративное право содержит также нормативные положения, связанные с организационным статусом так называемых компаний группы, положив начало выделению полномочий и обязанностей органов управления и контроля в обществах, которые осуществляют деятельность по управлению и координации или являются ее объектами.

В связи с этим представляется уместным принять во внимание тот факт, что новое регулирование группы, по существу, компромисс между двумя линиями законодательной политики. Группа считается прежде всего фактом, совпадающим с «деятельностью по управлению и координации», к которому предъявляются особые требования регулирования — не в организационном аспекте (*Organisationsrecht*), а исключительно в аспекте защиты (*Schutzrecht*) миноритарных участников и кредиторов зависимого общества, с выделением патологических случаев использования так называемого унитарного управления.

В свете вышесказанного нужно учесть общее положение об ответственности обществ или головной организации (ст. 2497 ГК): она может быть истолкована и как возможность защиты миноритарных участников и кредиторов зависимого общества (*Schutzrecht*), и как реальное правило осуществления деятельности по управлению и координации (*Organisationsrecht*). В частности, налагая на общество или на орган, который осуществляет деятельность по управлению и координации обществами, обязанность действовать в соответствии с принципами правильного корпоративного и предпринимательского управления, выше упомянутое нормативное предложение определенно признает законность так называемой деятельности по унитарному управлению.

3. Продолжение: характеристики регулирования: эффективность и транстипичность. В первую очередь необходимо подчеркнуть, что положения, содержащиеся в ст. 2497 и последующих ГК, основаны на принципе эффективности, регулируя факт, а более точно — деятельность по управлению и координации общества, независимо от основания полномочий (участие в обществе, договор, соединенное директорство и т. д.), в силу которого такая деятельность осуществляется, и от оценки (законность/незаконность) самого факта. Таким образом, в этом ракурсе имеет значение не статичный аспект контроля над обществом (ст. 2359 ГК), а динамический аспект деятельности по управлению и координации; в сущности, важное значение приобретает не чистая возможность использования доминирующего влияния на одно или несколько обществ (контроль над обществом), а эффективное использование такого влияния посредством деятельности по управлению и координации обществом.

Таким образом, если это является первой характеристикой нового регулирования группы компаний, законодатель реформы — осведомленный о трудности предоставления доказательства эффективного осуществления деятельности по управлению и координации со стороны определенного общества или органа — предусмотрел соответствующую презумпцию, установив в ст. 2497-сексисес ГК, что «в целях, предусмотренных настоящей главой, если не доказано иное, презюмируется, что деятельность по управлению и координации обществ осуществляется обществом или органом, которые обязаны консолидировать свои балансы или же каким-либо образом их контролируют в соответствии со ст. 2359».

Кроме того, принципы регулирования, содержащиеся в ст. 2497 и последующих ГК, не затрагивают организационную форму, принятую компанией, в том смысле, что они применимы к любому обществу и, соответственно, к любому не общественному объединению группы или же к любому обществу или органу, которые осуществляют деятельность по управлению и координации (так называемое доминирующее общество или орган) или же являются объектом таковой (так называемое зависимое общество или орган).

В этом смысле не остается сомнений, что изучаемая нормативная база является, в отношении коммерческих обществ, транстипичной (*Rechtsformneutral*), поскольку применяется к любому обществу или группе, независимо от представленной организационной формы.

В сущности, нормы, содержащиеся в ст. 2497 и последующих ГК, выступают общими нормами регулирования той особой формы деятельности предприятия, которой является деятельность по управлению и координации обществ (и органов), и, будучи таковыми, предназначены для применения в случае осуществления объективной и эффективной (или же в своих аспектах эффективности) рассматриваемой деятельности

(по управлению и координации), независимо от инструментов или формы, посредством которых она осуществляется.

4. Два уточнения: система раскрытия информации. Система раскрытия информации, о которой говорится в ст. 2497-бис ГК, подразделяется на две отдельные подсистемы, которые предусматривают, соответственно: а) информацию касательно подчиненности внешней деятельности по управлению и контролю (абзацы первый, второй и третий ст. 2497-бис ГК); б) информацию «бухгалтерского» типа, являющуюся обязанностью управляемого и координируемого общества (абзацы четвертый и пятый ст. 2497-бис ГК). Последняя форма раскрытия информации подразделяется, в свою очередь, на обязанность, возложенную на управляющих зависимого общества: i) представить в соответствующем разделе пояснительной записки сводную таблицу по существенным данным последнего баланса общества или органа, который осуществляет деятельность по управлению и координации (абзац четвертый ст. 2497-бис ГК); ii) указать в докладе об управлении сведения о связях с теми, с кем осуществляется деятельность по управлению и координации, а также с другими обществами, которые ей подчинены, независимо от эффекта, оказанного такой деятельностью на отчетный период общества и на его результаты (абзац пятый ст. 2497-бис ГК).

На основании изложенного в абзаце первом ст. 2497-бис ГК общество, входящее в группу в качестве «зависимого» (т. е. в качестве «общества, являющегося объектом деятельности по управлению и координации»), должно указывать головную компанию (или орган) посредством повторной формы раскрытия информации. В частности, оно должно указать «общество или орган, чьим объектом деятельности по управлению и координации оно является» в актах и корреспонденции, а также вносит запись в специально созданный раздел реестра предприятий (абзацы первый и второй ст. 2497-бис ГК).

Что касается более детального аспекта вышеупомянутого вида раскрытия информации посредством внесения записи, силами управляющих, в реестр предприятий, речь идет об уведомлении о раскрытии информации, которое не имеет какой-либо учредительной силы для группы и не определяет четко начало деятельности по управлению и координации, с превалированием, в том числе и в этих целях, принципа действительного начала и прекращения деятельности по управлению и координации.

Таким образом, рассматриваемая система раскрытия информации выполняет главным образом две функции, прочно связанные друг с другом.

В частности, с одной стороны, она служит для информирования рынка (и, таким образом, третьих лиц в целом) и участников о том, что определенное общество функционирует в «автономном» предпринимательском контексте или же внутри структуры группы, а также внутри особой структуры группы (т. е. определенной группы компаний, например, группа Фиат). Защита инвесторов (понимаемых в широком смысле или же включающих в себя как участников, так и кредиторов контролируемого общества, текущих и потенциальных) осуществляется не только в компенсаторном порядке (или же постфактум), но и посредством предоставления информационного блока, позволяющего оценить условия риска инвестиций (и, таким образом, в превентивном порядке). Ярким примером в этом смысле является возможность воспользоваться правом выхода «вначале и при прекращении деятельности по управлению и координации» (литера «с» абзаца первого ст. 2497-кватор ГК).

Вместе с тем рассматриваемая система раскрытия информации способна охарактеризовать общество (или орган), которое осуществляет деятельность по управлению и ко-

ординации обществ группы, оказываясь, таким образом, инструментом применения норм об ответственности «унитарного управления», о котором говорится в ст. 2497 ГК. В этом отношении, если верно то, что ответственность по ст. 2497 ГК возникает независимо от рассматриваемого раскрытия информации, в силу того лишь факта, что унитарное управление осуществлялось незаконным образом, нет сомнений в том, что такая форма раскрытия информации позволяет кредиторам и миноритарным участникам зависимого общества выявить вероятный субъект, несущий ответственность в соответствии с абзацем первым ст. 2497 ГК.

Соблюдая «фактический» принцип, который характеризует нормативное регулирование групп, управляемые и координируемые общества должны указывать в актах и корреспонденции, а также посредством внесения записи в реестр предприятий не контролирующее общество, а общество (или орган), чьей деятельности по управлению и координации они в действительности подчинены; исходя из того, что регулирование групп построено на реальной деятельности, следует, что там, где унитарное управление осуществляется конкретно одним или несколькими обществами, представляется необходимым считать, что само управление должно быть зоной их ответственности.

Другая проблема возникает, если в присутствии так называемой децентрализованной группы (с одним или несколькими субхолдингами) необходимо обязательное формирование единой деятельности по управлению и координации, ответственность за которую несет только высшее руководство, или же если, напротив, можно представить сосуществование нескольких источников деятельности по управлению и координации, находящихся под ответственностью различных субъектов. Итак, даже такая проблема должна решаться с применением вышеозначенного принципа эффективности с тем последствием, например, что, если удостовериться, что, несмотря на осуществление холдингом деятельности по управлению и контролю в отношении субхолдингов сектора, последние пользуются при автономности в принятии решений и в ведении деятельности своими полномочиями в отношении подчиненных обществ, — представляется необходимым отметить, что последние обязаны указывать субхолдинг (а не холдинг) как общество, осуществляющее деятельность по управлению и координации.

5. Продолжение: ответственность головной компании (заметки об основных аспектах). Статья 2497 ГК указывает, что общество (или орган), осуществляющее деятельность по управлению и координации обществ, должно действовать в соответствии с принципами «правильного корпоративного и предпринимательского управления» этими обществами: нарушение выше упомянутых принципов обязывает головное общество (или орган) нести непосредственно перед участниками зависимого общества ответственность за убытки в связи с уменьшением доходности и размера уставного капитала, а также перед кредиторами такого общества вследствие причинения ущерба целостности имущества общества.

Таким образом, ответственность общества или головной организации должна определяться, кроме того, как ответственность за нарушение «ранее существовавших правовых обязательств» (законных обязательств), в перспективе подразумевающая обновление в договорном ключе, даже если данная отрасль права стремится квалифицировать природу ответственности по ст. 2497 ГК как наивысшую.

Относительно «составных элементов» в рассматриваемом случае ответственности ст. 2497 ГК предполагает, что общество или головная компания:

а) осуществляли деятельность по управлению и координации обществ;

б) осуществляли деятельность «исключительно в качестве собственных предпринимательских интересов или интересов третьего лица», где новшество состоит в преследовании внешних интересов, которые укладываются в предпринимательские рамки;

в) осуществляли деятельность в нарушение «принципов правильного корпоративного и предпринимательского управления» зависимым обществом. В связи с этим зависимое общество управляется способом, прямо противоположным принципам «правильного корпоративного и предпринимательского управления», учитывая, что его деятельность не позволяет ему функционировать как автономный «центр дохода» иначе как в составе группы;

г) осуществляли деятельность, причиняя участникам или кредиторам дочерних предприятий ущерб в форме, соответственно, «предубеждения относительно доходности и стоимости доли участия в обществе» или же в форме «ущерба, нанесенного целостности имущества общества» (абзац первый ст. 2497 ГК). В частности, ущерб, причиняемый участникам, возникает в случае неспособности координируемого общества производить распределяемую прибыль, а также в том случае, когда происходит увеличение или уменьшение стоимости долей, являющееся следствием неправильной деятельности по координации. В сущности, к защите, предусмотренной абзацем первым ст. 2497 ГК, можно прибегнуть всякий раз, когда инвестициям участника зависимого общества причинен ущерб в двух выше указанных аспектах. Что касается ущерба, причиненного кредиторам, то он, наоборот, учитывается в соответствии с традиционными схемами или же с учетом не только возможного отсутствия дохода для координируемого общества, но и следующего из него уменьшения имущества или же способности общества отвечать по своим обязательствам.

Остается учесть необходимость или отсутствие оной в так называемом субъективном элементе (*dolo o culpa*) среди элементов, составляющих характерную форму рассматриваемой ответственности. Выводу, очевидно, предстоит поменяться в случае выбора договорной или внедоговорной природы ответственности. В частности, в последнем случае (внедоговорная) предстоит доказать умысел или вину головного общества и, следовательно, то, что осмотрительная головная компания, учитывая конкретные обстоятельства, размер и характеристику данной группы, не сочла бы эти конкретные операции рискованными для зависимого общества; необходимо, таким образом, выработать модель «хорошей головной компании» и опираться на нее.

В соответствии с частью последней, абзацем первым ст. 2497 ГК «ответственность не наступает в случае, если ущерб оказывается отсутствующим в свете комплексного результата деятельности по управлению и координации или же полностью исключенным в том числе вследствие направленных на это мероприятий». В сущности, операция, на первый взгляд рискованная для контролируемого общества (например, выдача банку бесплатных поручительств за контролируемое общество или за иное общество, входящее в группу), не является источником ответственности в тех случаях, когда ущерб оказывается отсутствующим «в свете комплексного результата деятельности по управлению и координации» или же полностью исключенным «в том числе вследствие направленных на это мероприятий». Следует подчеркнуть, что комментируемое положение налагает обязанность по комплексной и единой оценке затруднений, которые возникли у общества из-за подчинения деятельности по управлению и координации. Поэтому речь идет не о каком-то виде аналитического взаимозачета сторон, а о глобальной и, таким образом, синтетической оценке деятельности в комплексе.

6. Активные и пассивные уполномоченные лица. Переходя к рассмотрению так называемых активных уполномоченных лиц в ситуации с ответственностью, о которой говорится в ст. 2497 ГК, они могут быть: i) единственным участником какого-либо зависимого общества, независимо от размера принадлежащей ему доли в обществе; ii) любым кредитором управляемого и координируемого общества. Представляется, напротив, уместным исключить существование активной легитимизации во главе общества, «подвергнувшегося злоупотреблению».

Соответственно, в области так называемых пассивных уполномоченных лиц, главным образом, отвечает общество или орган, которые и использовали незаконно деятельность по управлению и координации, обратив внимание на то, что, на определенных условиях, даже некоммерческие организации могут создать ответственный орган в соответствии со ст. 2497 ГК.

Таким образом, рассматриваемая форма ответственности охватывает и других субъектов, поскольку они отвечают солидарно с обществом или органом, который выполнял деятельность по унитарному управлению (наряду с этим есть и другие элементы, важные для целей ответственности, как определено в абзаце первом ст. 2497 ГК), «в любом случае, участвовал в факте нарушения и, в пределах полученного преимущества, сознательно получил прибыль» (абзац второй ст. 2497 ГК).

Речь, очевидно, идет об общей норме, которая способна вовлечь в зону ответственности разнообразный спектр субъектов, поскольку она относится не только к тем, «кто продолжительное время работает в области вовлеченных структур общества» (т. е. управляющие, члены органа контроля, генеральные директора), но и, в более широком понимании, к любому субъекту (будь то физическое или юридическое лицо), несмотря на ту формальную роль, которую оно выполняет, и на его должность («внутренняя» или «внешняя»). Возвращаясь к первому примеру, можно представить себе, прежде всего, управляющих головной компании или генеральных директоров, которые выработали директиву, членов органа контроля холдинга, которые «принимали участие в факте нанесения ущерба» посредством бездействия (отсутствие использования контроля в установленные сроки), а прежде всего — управляющих зависимых обществ, которые приступили к ее реализации, а также контролирующего участника или физическое лицо — держателя контрольного пакета по незаконному влиянию, которое они оказали на такие общества (или на так называемое зависимое общество). В перспективе может сложиться также ответственность финансирующего банка, в случае если он торопит, например, управляющих общества с осуществлением их собственной деятельности по управлению и координации в отношении контролируемого общества с целью привести управляющих такого общества к выдаче поручительств или гарантий в пользу первого общества (очевидно, в целях погашения долга), хотя финансирующий банк и ведет себя как вдохновитель проекта по возврату ресурсов или инвестиций.

В соответствии с положением абзаца второго ст. 2497 ГК также отвечает солидарно «в рамках полученного преимущества тот, кто умышленно извлек прибыль»: и это, например, случай контролирующего участника головной компании, или же так называемого сестринского общества, или банка, который извлек «прибыль умышленно» из внутригрупповой операции. В отношении банков можно выявить, как они отвечают даже тогда, когда, несмотря на невыдачу кредита, умышленно, из удобства воздерживаются от подачи заявления о банкротстве, играя, таким образом, паразитарную роль.