

Коммерческое (торговое) право зарубежных стран

Учебник для магистров

2-е издание, переработанное и дополненное

Ответственные редакторы
доктор юридических наук, профессор

В. Ф. Попондопуло,
кандидат юридических наук, доцент,
О. А. Макарова

Рекомендовано Министерством образования и науки
Российской Федерации в качестве учебника для студентов
высших учебных заведений, обучающихся по юридическим
направлениям и специальностям

Москва
 **ЮРАЙТ**
издательство

2017

УДК 34
ББК 67.404я73
К63

Рецензенты:

юридический факультет Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербургский филиал);

кафедра частного права Государственной морской академии им. адмирала С. О. Макарова.

Коммерческое (торговое) право зарубежных стран : учебник для магистров / отв. ред. В. Ф. Попондопуло, О. А. Макарова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2017. — 575 с. — Серия : Магистр.

ISBN 978-5-9916-2467-1

В учебнике рассмотрены основные институты коммерческого (торгового) права зарубежных государств: субъекты коммерческой (торговой) деятельности; торговое представительство; торговые сделки; вещные права предпринимателей; рассмотрение торговых споров.

Материал излагается по странам, являющимся представителями различных правовых семей. Показаны как различия между основными институтами коммерческого (торгового) права отдельных государств, так и схожие черты, свидетельствующие о сближении в их регулировании. Соответствует Федеральному государственному образовательному стандарту высшего профессионального образования третьего поколения.

Для студентов, обучающихся по юридическим направлениям, а также всех тех, кто в силу своей практической деятельности интересуется вопросами коммерческого (торгового) права зарубежных государств.

УДК 34
ББК 67.404я73

Оглавление

Авторский коллектив	7
Предисловие	9
Глава 1. Правовые семьи и их общая характеристика 13	
1.1. Общие положения о правовых семьях	13
1.2. Романо-германская правовая семья.....	19
1.3. Англосаксонская правовая семья	24
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>27</i>
<i>Литература.....</i>	<i>28</i>
Глава 2. Основные институты торгового права Германии	29
2.1. Источники торгового права Германии	30
2.2. Правовое положение предпринимателей ...	33
2.3. Несостоятельность (банкротство).....	63
2.4. Торговое представительство.....	70
2.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	75
2.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	85
2.7. Разрешение торговых споров	91
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>95</i>
<i>Литература.....</i>	<i>95</i>
Глава 3. Основные институты торгового права Франции	96
3.1. Источники торгового права	97
3.2. Правовое положение предпринимателей ...	99
3.3. Несостоятельность (банкротство).....	118
3.4. Торговое представительство.....	119
3.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	126
3.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	130
3.7. Разрешение торговых споров	152
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>157</i>
<i>Литература.....</i>	<i>157</i>

Глава 4. Основные институты торгового права Италии	159
4.1. Источники торгового права	161
4.2. Правовое положение предпринимателей.....	161
4.3. Несостоятельность (банкротство).....	185
4.4. Торговое представительство.....	196
4.5. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	199
4.6. Разрешение торговых споров	208
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>215</i>
<i>Литература.....</i>	<i>215</i>
Глава 5. Основные институты торгового права Чешской Республики	217
5.1. Источники торгового права	218
5.2. Правовое положение предпринимателей.....	220
5.3. Несостоятельность (банкротство).....	225
5.4. Торговое представительство.....	229
5.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	234
5.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	237
5.7. Разрешение торговых споров	239
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>243</i>
<i>Литература.....</i>	<i>244</i>
Глава 6. Основные институты торгового права Словацкой Республики	245
6.1. Источники торгового права	246
6.2. Правовое положение предпринимателей.....	248
6.3. Несостоятельность (банкротство).....	254
6.4. Торговое представительство.....	258
6.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	264
6.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	268
6.7. Разрешение торговых споров	272
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>277</i>
<i>Литература.....</i>	<i>277</i>

Глава 7. Основные институты торгового права Финляндии	278
7.1. Понятие и источники торгового права	279
7.2. Правовое положение предпринимателей.....	282
7.3. Несостоятельность (банкротство).....	294
7.4. Торговое представительство.....	298
7.5. Правовой режим имущества предпринимателей (ценные бумаги, недвижимость)	300
7.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	304
7.7. Разрешение торговых споров	315
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>318</i>
<i>Литература.....</i>	<i>319</i>
Глава 8. Основные институты торгового права Швейцарии	320
8.1. Источники торгового права	321
8.2. Правовое положение предпринимателей.....	322
8.3. Несостоятельность (банкротство).....	359
8.4. Торговое представительство.....	366
8.5. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	373
8.6. Разрешение торговых споров	385
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>391</i>
<i>Литература.....</i>	<i>392</i>
Глава 9. Основные институты торгового права Англии.....	394
9.1. Источники торгового права Англии.....	395
9.2. Правовое положение предпринимателей	401
9.3. Несостоятельность (банкротство).....	411
9.4. Торговое представительство.....	416
9.5. Правовой режим имущества предпринимателей. Доверительная собственность	418
9.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	432
9.7. Разрешение торговых споров	452
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>460</i>
<i>Литература.....</i>	<i>460</i>

Глава 10. Основные институты торгового права США..	462
10.1. Источники торгового права США.....	463
10.2. Правовое положение предпринимателей	470
10.3. Несостоятельность (банкротство) предпринимателей.....	479
10.4. Торговое представительство.....	485
10.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	486
10.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	497
10.7. Разрешение торговых споров	503
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>510</i>
<i>Литература.....</i>	<i>510</i>
Глава 11. Основные институты торгового права Китая	511
11.1. Источники торгового права Китая.....	512
11.2. Правовое положение предпринимателей.....	515
11.3. Несостоятельность (банкротство).....	529
11.4. Торговое представительство.....	537
11.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	540
11.6. Договорное право Китая.....	544
11.7. Разрешение торговых споров	548
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>551</i>
<i>Литература.....</i>	<i>551</i>
Глава 12. Основные институты торгового права Японии.....	552
12.1. Источники торгового права Японии	553
12.2. Правовое положение предпринимателей.....	555
12.3. Несостоятельность (банкротство).....	561
12.4. Торговое представительство.....	565
12.5. Правовой режим имущества предпринимателей.....	566
12.6. Договоры в сфере предпринимательской деятельности	571
12.7. Разрешение торговых споров	572
<i>Контрольные вопросы и задания.....</i>	<i>574</i>
<i>Литература.....</i>	<i>575</i>

Авторский коллектив

Бушев Андрей Юрьевич — доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук — гл. 1, 9 (кроме 9.7);

Гайдаенко Шер Наталья Ивановна — старший научный сотрудник отдела гражданского законодательства зарубежных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заместитель руководителя Центра содействия медиации и альтернативным способам разрешения споров ИЗиСП при Правительстве РФ, кандидат юридических наук — гл. 4, 8 (в соавторстве с М. А. Романовой);

Макарова Ольга Александровна — доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук — гл. 2, 10, 11, 12;

Невзоров Игорь Валерьевич — преподаватель кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук — 9.7;

Орлов Владимир Георгиевич — адъюнкт-профессор (приват-доцент) международного контрактного права Хельсинского университета, профессор кафедры гражданского права РГПУ им. А. И. Герцена, доктор юридических наук — гл. 7;

Попондопуло Владимир Федорович — профессор кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук — Предисловие (совместно с О. А. Макаровой);

Романова Мария Андреевна — магистр юриспруденции, аспирант ИЗиСП при Правительстве РФ гл. 4, 8 (в соавторстве с Н. И. Гайдаенко);

Терновая Ольга Анатольевна — доцент кафедры адвокатуры и нотариата Российской правовой академии Минюста России, старший научный сотрудник отдела гражданского законодательства зарубежных государств ИЗиСП при Правительстве РФ, кандидат юридических наук — гл. 3;

Трещакова Диана — доктор-юрист, доктор философии (PhD), старший преподаватель кафедры коммерческого и хозяйственного права юридического факультета Университета им. П. Й. Шафарика (г. Кошица, Словакия) — гл. 5 (в соавторстве с Хучковой Региной);

Хучкова Регина — доктор-юрист, доктор философии (PhD), старший преподаватель кафедры коммерческого и хозяйственного права юридического факультета Университета им. П. Й. Шафарика (г. Кошица, Словакия) — гл. 6 (в соавторстве с Трещаковой Дианой).

Предисловие

В настоящее время необходимость изучения коммерческого (торгового) права зарубежных стран обусловливается рядом обстоятельств.

Прежде всего, в условиях развивающейся рыночной экономики в России изучение зарубежного законодательства необходимо для целей нормотворчества. При разработке законов следует учитывать лучшие образцы и модели правового регулирования рыночных отношений, которые уже давно сложились в зарубежных государствах, оправдали себя на практике и могут быть заимствованы российской правовой системой. Если заимствование не является чужеродным, а органически вписывается в существующий правопорядок, объективно отвечает потребностям развития тех или иных общественных отношений, оно является вполне оправданным и целесообразным.

Чтобы определиться с тем, какие заимствования возможны, необходимо не только иметь представление о характере российской правовой системы, которая традиционно относится к континентальной (романо-германской) правовой семье, но и изучать характерные особенности существующих правовых семей, имея в виду, что правовые семьи постоянно развиваются, для них характерен процесс взаимопроникновения и влияния друг на друга. Некоторые институты, заимствованные из зарубежного законодательства и права, не вписываются в российскую правовую систему, отчуждаются ею, являются чужеродными. Например, не прижился институт доверительной собственности как разновидности вещного права (права собственности), именно потому, что он является оригинальным институтом английского права (права справедливости) и именно там имел исторические и экономические предпосылки для своего появления и развития. В России таких предпосылок не было и не могло быть, поэтому попытка его «введения» сверху оказалась безуспешной.

Именно для успешного и эффективного нормотворчества необходимо знание особенностей зарубежного законодательства, действующего в различных сферах, в том числе в сфере регулирования коммерческой деятельности.

Кроме того, изучение коммерческого (торгового) права зарубежных стран необходимо для целей его применения. По мере создания в России открытой экономики, интегрирования ее в мировое хозяйство открываются широкие возможности для деловых отношений российских и иностранных предпринимателей. Вступление России в ВТО, создание Международного финансового центра в Москве еще в большей степени интегрируют экономику России в мировое хозяйство, расширяют выход российских организаций на внешний рынок. Это предопределяет необходимость знания и правильного применения участниками таких отношений зарубежного коммерческого (торгового) права.

Наконец, знание коммерческого права зарубежных государств необходимо юристам не только для профессиональных целей, но и для повышения общей культуры.

Коммерческое право зарубежных стран — важнейшая учебная дисциплина для студентов, специализирующихся в области коммерческого права.

Предлагаемый учебник представляет собой развернутый учебный курс по дисциплине «Коммерческое право зарубежных стран», читаемый для студентов, обучающихся как по магистерским программам, так и по программе бакалавриата.

В результате освоения данной дисциплины студент должен:

знать

- состав, структуру и тенденции развития правового регулирования отношений в сфере коммерческой (торговой) деятельности в зарубежных государствах;
- структуру источников коммерческого (торгового) законодательства зарубежных стран;
- основные институты коммерческого (торгового) права зарубежных государств;

уметь

- ориентироваться в источниках коммерческого (торгового) законодательства зарубежных государств;
- проводить научные сравнительно-правовые исследования по отдельным правовым проблемам правового регулирования коммерческой (торговой) деятельности в России и зарубежных государствах;

владеть навыками

- составления письменных документов юридического содержания;
- ведения дискуссий, деловых переговоров с зарубежными партнерами;
- проведения научно-исследовательской работы в области сравнительно-правовых исследований регулирования предпринимательской деятельности в России и в зарубежных странах;

быть компетентным

- в профессиональном анализе актов коммерческого (торгового) законодательства зарубежных государств;
- проведении сравнительно-правовых исследований коммерческого законодательства России и зарубежных государств.

Учебник включает 12 глав. В гл. 1 рассмотрены характеристики и особенности правовых семей современности. Остальные главы посвящены характеристике институтов коммерческого (торгового) права отдельных стран.

Как правило, в учебниках материал излагается по институтам: лица, вещное право, договорное право и пр. В предлагаемом учебнике материал излагается по правовым семьям. Кроме того, при изложении материала учтены различия между основными институтами торгового права отдельных стран — членов ЕС (Германия, Франция, Италия, Чехия, Словакия и Финляндия — гл. 2—7) и иными странами (Швейцария, Япония, Китай), которые не являются членами ЕС — гл. 8, 11, 12).

Коммерческое право Германии и Франции интересно тем, что оно унаследовало традиции римского частного права и приспособило их к условиям современного коммерческого оборота. Право этих стран составляет континентальную (романо-германскую) правовую семью, к которой относится и российское право.

Коммерческое право Англии и США представляет специфическую систему общего права. Общее право оказывает определенное и все возрастающее влияние и на развитие российского законодательства, особенно корпоративного.

Коммерческое (торговое) право Финляндии относится к северной правовой семье, отличающейся своими особенностями.

Изучение коммерческого права Китая и Японии важно прежде всего потому, что эти страны, обладая огромным экономическим потенциалом, являются соседями России и ее крупнейшими торговыми партнерами. Кроме того, коммерческое право и Китая, и Японии является ярким примером заимствований институтов различных правовых семей. Так, в современном коммерческом праве Китая имеются заимствования институтов немецкого торгового права. Как известно, формирование корпоративного права Японии происходило под влиянием американского права.

Вместе с тем в учебнике рассмотрены основные институты коммерческого (торгового) права таких стран — членов ЕС, как Германия, Франция, Италия, Чехия, Словакия

и Финляндия. Общей тенденцией для всех перечисленных государств является гармонизация торгового права, т.е. сближение норм права ЕС и национальных норм права стран-членов. Гармонизация осуществляется посредством принятия директив, не имеющих прямого применения в государствах — членах ЕС и их последующей имплементацией в национальное законодательство этих стран. Таким образом, несмотря на сохранение особенностей национального торгового права в отдельных государствах — членах ЕС, рассмотренных в предлагаемом учебнике, можно выявить общие подходы к правовому регулированию торгового оборота. Например, это принимаемые государствами — членами ЕС меры по снижению административных барьеров при осуществлении предпринимательской деятельности, создание благоприятных условий для развития малого бизнеса, упрощение порядка регистрации коммерсанта путем введения электронной регистрации и пр.

Торговое право Швейцарии отличается значительным своеобразием, которое заключается в том, что положения, регулирующие отношения между коммерсантами, включены в Гражданский кодекс. При этом швейцарский законодатель не проводит отличия между торговой сделкой и гражданско-правовым договором; одни и те же нормы законодательства применяются как к коммерсантам, так и к простым гражданам.

В рамках глав, посвященных коммерческому (торговому) праву той или иной страны, материал излагается по институтам, начиная с источников права и заканчивая особенностями разрешения торговых споров в каждой стране.

Такое изложение материала, по мнению авторов учебника, способствует лучшему пониманию особенностей коммерческого (торгового) права представленных государств, а также более эффективному проведению сравнительного исследования институтов коммерческого права России и зарубежных государств. Особую ценность учебнику придает то, что исходные материалы для некоторых его глав любезно предоставили иностранные юридические фирмы: для раздела по Италии — юридическая компания NCTM Studo Legale Associato (<http://www.nctm.it>) и Ассоциация In Media, для раздела по Швейцарии — юридические компании Altenburger LTD Legal + tax (<http://www.altenburger.ch>) (в частности, по вопросам разрешения споров между коммерсантами, коммерческих договоров, коммерческих организаций) и Secretan Troyanov Schaer SA (<http://www.sts-law.ru>) (в частности, по проблеме понятия и ответственности лиц, управляющих акционерным обществом).

ГЛАВА 1

Правовые семьи и их общая характеристика

В результате освоения данной главы студент должен:

знать

- состав, структуру и тенденции развития правовых семей в современных условиях;

- основные черты, присущие каждой правовой семье;

уметь

- анализировать особенности правовых семей;
- различать правовые семьи по определенным критериям;
- определять тенденции развития правовых семей.
- проводить научные исследования по отдельным правовым проблемам и свободно излагать результаты научных исследований;

владеть навыками

- оперирования основными понятиями, характеризующими правовые семьи;

- проведения научно-исследовательской работы в области сравнительного исследования правовых семей.

1.1. Общие положения о правовых семьях

Формирование правовых институтов, проявление их специфики в силу особенностей этого общественно-политического явления всегда неразрывно связано с развитием соответствующего

щего им общества и государства. Известно, что торговое право в том виде, в котором оно было выработано купцами, торговцами, предпринимателями как совокупность специальных правил обычаев и обыкновений, оказало существенное влияние на становление и дальнейшее развитие частного права во всех правовых семьях¹. Именно коммерческой практикой были востребованы, а затем и сформированы такие институты, как страхование, банковские расчеты, перевозка груза морем, хранение на товарном складе, различные организационно-правовые формы объединения усилий и капиталов предпринимателей, банкротство, торговые суды и многие другие.

В конце XI — начале XIII вв. торговое право на Западе приобрело вид относительно целостной системы принципов, понятий, норм и процедур (*lex mercatoria*). Вместе с тем длительное время оно функционировало самостоятельно, распространяя свое действие только на особое сословие людей (купцов), в особых местах (на ярмарках, рынках, в портах и т.п.). Со временем торговое право стало признаваться как законодателем, так и общими судами, интегрировавшими *lex mercatoria* в систему частного права².

Последующее становление институтов торгового права во многом обуславливалось особенностями исторического развития отдельного государства, его правовыми традициями и многими иными факторами.

В сфере торгового права наиболее значимыми для его формирования во всех правовых семьях, как представляется, являются следующие исторические события.

1. Создание кодифицированных актов римского права, распространение источников римского права на территории кон-

¹ Необходимо учитывать, что в юридической литературе понятие правовой семьи определяется по-разному. Неоднозначна и используемая терминология: «семья правовых систем», «правовые круги», «форма правовых систем», «структурная общность» и др. По мнению А. Х. Саидова, понятие «правовая семья» служит для обозначения группы правовых систем, имеющих сходные юридические признаки, позволяющие говорить об относительном единстве этих систем». Оно же «отражает те особенности... которые являются результатом сходства их конкретно-исторического развития» (см.: Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С. 116—120). О. С. Иоффе предпочитает говорить о «типах права» (см.: Иоффе О. С. Понятие права и его типы // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи, комментарии, практика. Алматы, 2001. Вып. 11).

² См.: Берман Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. М., 1998. С. 320—334; Merryman J. H. The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 2nd ed. Stanford, 1996. P. 6—14; Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 6—77.

тинентальной Европы, формирование наряду с этим системы общего права, а затем и права справедливости.

2. Развитие межгосударственной, прежде всего морской торговли в Средние века, освоение новых континентов, колонизация.

3. Великая французская революция, которая провозгласила принципы, положенные в последующем в основание действующего частного права (свобода договора, защита частной собственности, равенство перед законом и др.).

4. Реанимация философско-правовых учений, появление новых правовых школ и направлений.

5. Взаимопроникновение и объединение норм гражданского, торгового и канонического права¹.

6. Индустриальная революция, распространение капиталистической формы экономики, глобализация², активная миграция населения, являющегося носителем национальных правовых традиций, в страны с иными правовыми порядками.

7. Технический прогресс, компьютеризация, способствующие, в частности, ускорению обмена информацией о праве, более активной коммуникации между специалистами различных правовых систем.

8. Интеграционные межгосударственные процессы, гармонизация и унификация права на межгосударственном уровне.

В последние годы активизировалась деятельность межгосударственных судов, особенно на Европейском континенте. Наиболее заметной является работа Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), находящегося в Страсбурге. В состав Суда входят судьи, избранные от 47 европейских государств, представляющие различные правовые системы и школы³. Процедура формирования судебных составов («палат»), порядок принятия судебных актов (голосование большинством голосов), а также иные механизмы организации работы ЕСПЧ

¹ См.: Папаян Р. А. Христианские корни современного права. М., 2002; Баренбойм П. Первая Конституция Мира. Библийские корни независимости суда. М., 1997.

² О влиянии глобализации на институты публичного и частного права см.: Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000.

³ Например, Великобритания и Ирландия (англосаксонская правовая семья); Италия, Франция, Испания (романская группа), Германия, Австрия (германская группа), Финляндия, Швеция, Норвегия (скандинавская группа), Голландия, Дания, Швейцария (смешанная группа), Турция (смешанная с элементами мусульманской группы), Болгария, Грузия, Молдова, Россия, Украина (страны, в прошлом принадлежавшие к социалистической правовой культуре) и т.д.

нацелены на выработку согласованных позиций, учитывающих различные правовые подходы. Постановления ЕСПЧ подчас расходятся с положениями национального права, однако они являются обязательными для соответствующих государств¹. Для предпринимательской деятельности особенно значимыми являются позиции ЕСПЧ по вопросам защиты имущественных прав и интересов, а также вопросов гражданского и арбитражного процесса («право на справедливое рассмотрение дела судом»). Так, ЕСПЧ выработаны единые и обязательные для большинства европейских правопорядков общие условия допустимости вмешательства публичной власти в деятельность предпринимателя («негативная обязанность» государства), выявлены некоторые ситуации, при которых государство обязано осуществлять регулирование отношений в сфере коммерческой деятельности («позитивная обязанность» государства).

Другим судебным органом, имеющим большое значение для выявления единых подходов в праве и в конечном итоге способствующим взаимопроникновению различных правовых традиций в предпринимательской деятельности, является Европейский Суд справедливости, находящийся в Люксембурге. Представляется, что деятельность именно этого Суда во многом способствовала развитию в европейских странах общих подходов к защите конкуренции. Разумеется, сближению правовых систем способствует и деятельность иных многочисленных международных организаций².

Истории уже известны процессы интеграции, имеющие общие черты с теми, которые сейчас происходят в Европе. Достаточно вспомнить, что в период освоения европейцами североамериканского континента, развития на нем государственности приходилось уживаться, а затем и объединяться носителям различных правовых традиций: английских, голландских, французских, испанских, индейских, африканских и др. Формирование федерального права США во многом происходило в результате определения и защиты единых для всех ценностей.

¹ См.: Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. : пер. с франц. СПб., 2004; Он же. Европейская конвенция по правам человека : пер. с итал. СПб., 2004.

² См.: Публичный порядок в сфере международного торгового оборота (автор главы А. Ю. Бушев) // Международное торговое право : учеб. пособие / под ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2005.

Нетрудно увидеть и то, что экспансия институтов, характерных для той или иной правовой группы, осуществляется в зависимости от политического и экономического влияния соответствующего государства на международной арене. Представляется, что в скором времени можно ожидать усиление влияния китайского и восточного права.

Между тем, несмотря на активно развивающиеся интеграционные процессы, по-прежнему существуют особенности, позволившие ранее выделить различные правовые семьи в качестве относительно самостоятельных образований.

Классификация многочисленных правопорядков проводится по различным критериям. Это могут быть как единичные признаки, так и их совокупность. Решающими критериями преимущественно должны выступать правовые явления¹. Следует поддержать сторонников применения именно комплексного критерия, включающего в себя правовые традиции, историческое развитие, социально-политическую специфику страны, в которой действует тот или иной правопорядок (специфика его юридического языка и особенностей, способствовавших его формированию, прежде всего относится к видам его правовых источников, к правовому мышлению, его характеризующему, и способам его применения). При проведении более глубоких сравнительно-правовых исследований база систематизации должна быть расширена. В этом случае каждый правопорядок следует изучать также в аспекте культурно-исторического развития и влияния глобальных правовых идей, с точки зрения особенностей правовой системы в целом (ее устройство и механизм функционирования органов юстиции), правового образования и участников правового оборота, основных процессуальных принципов (принципов судопроизводства) и источников права².

Поэтому сравнение отдельных правовых институтов в разных государствах и возможность отнесения последних к той либо иной группе не должны быть механическими, основанными лишь на внешних сугубо формальных сходствах. Тем более не оправдано, а порой и вредоносно поспешное, не подкрепленное предшествующим системным анализом заимствование приглянувшихся правовых конструкций, их перенесение и вживание в иную правовую среду. Ведь формирование каждого правового института было обусловлено собственным

¹ См.: Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. М., 2000. С. 53.

² См.: Саидов А. Х. Указ. соч. С. 120—125.

ходом политического и экономического развития государства, а применение его всегда происходит в системе иных институтов.

Размещение правопорядков по группам может осуществляться как на основе критериев более высокого (антропологического) уровня, так и в соответствии с отдельными институтами либо их группами.

Традиционно при классификации правовых систем выделяют две большие правовые семьи — англосаксонскую (прецедентное право) и романо-германскую (континентальное, или гражданское, право). Третья группа состоит из правопорядков, относимых к религиозной правовой семье (право исламское¹, иудейское², индийское, дальневосточное, каноническое и др.). В зарубежной литературе принято выделять в качестве самостоятельной и семью социалистического права, однако некоторые авторы относят ее к религиозной правовой семье. После распада СССР значение социалистической правовой семьи постепенно угасает, хотя отдельные элементы ее все еще сохраняют существование в правовой культуре России и ряда стран бывшего «социалистического лагеря». Называются и такие разновидности, как кочующая семья, скандинавская, латиноамериканская, смешанная и т.д.

Предлагается также рассматривать правопорядки западного и незападного права, светские (нерелигиозные) и несветские (религиозные).

С. С. Алексеев полагает, что правильнее было бы говорить о национальных правовых системах, «отличающихся особым юридическим строем и имеющих характер основных “базовых” юридических типов». Сообразно этому он считает возможным выделить ««классические», базовые, профильные правовые семьи, каждая из которых отличается, по его мнению, качественно контрастно специфическим юридическим строем (и потому может быть обозначена также термином «тип») и которые прочно утвердились в жизни, истории, науке, во всей культуре» (это романо-германское право, «базирующееся на общих нормах, выраженных в законе», и общее, прецедентное право, основанное на судебных прецедентах)³. Это тип,

¹ См.: Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1997.

² См.: Элон М. Еврейское право. СПб., 2002.

³ Другой термин — «материнские» правовые семьи, правопорядки, где «впервые были созданы оригинальные правовые решения», получившие дальнейшее географическое распространение. (см.: Саидов А. Х. Указ. соч. С. 120).

следуя предлагаемой автором терминологии, «чистой (отдифференцированной) юридической специфики». Второй тип — неотдифференцированных систем — характеризуется тем, что содержание их «во многом определяется религиозными и общинными, традиционными началами, философскими, идеологическими доктринами»¹.

Приведенные, а также многие другие классификации выстраиваются для правопорядка в целом, включающего в себя нормы как публичного, так и частного права. Те же правовые системы могут быть сохранены и для сферы лишь частного, в том числе коммерческого (торгового, предпринимательского), права. Вместе с тем классификация, отражающая значение для правопорядка кодифицированных норм торгового права, предусматривает дуалистические частнопровые системы, в которых наряду с гражданскими действуют и торговые кодексы (Франция, Германия, Япония и др.), а также монистическую частнопровую систему, где, как правило, принят только гражданский кодекс либо таковой вообще отсутствует².

1.2. Романо-германская правовая семья

Романо-германская правовая семья характеризуется преобладанием значения кодифицированных актов в установлении правовых норм над судебным прецедентом. Право творит законодатель, избранный народом, в то время как судья это право лишь трактует и применяет. Наделение судьи правотворческими функциями не соответствует принципу разделения властей и нарушает баланс законодательной, исполнительной и судебной власти.

Государства, входящие в романо-германскую правовую семью (Германия, Франция, Италия, Греция, Австрия, Швейцария и др.) основывают национальное частное право на различных источниках римского частного права.

Идеи, взращенные буржуазными революциями, привели к необходимости пересмотра многих средневековых правовых институтов, повышению значения закона как единого, известного всем регулятора отношений в обществе, противостоящего произволу и деспотизму феодалов. Политическая

¹ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 55—56.

² См.: Попондопуло В. Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994. С. 39—45; Ровный В. В. Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999.

задача по обеспечению доступности населению текстов, обязательных для исполнения актов, принятых народными избранниками, решалась через объединение всех норм в едином документе. Очевидно, однако, что простое соединение многочисленных правил затруднило бы использование такого документа. Выход из создавшегося положения следовало искать в обобщении и систематизации правовых норм, что в конечном итоге привело к разработке и утверждению различных кодексов. Для выбора кодекса, наиболее подходящего той либо иной норме, необходимо было сравнить ее с другими нормами, выявить в них общее и особенное, классифицировать и сами кодексы. Так, на вооружение было взято предложенное еще римскими юристами деление права на публичное и частное, которое получило дальнейшую детализацию в виде отраслей права, прежде всего гражданского и торгового. Переосмыслению и системному обобщению были подвергнуты также нормы самого торгового права, которые состояли из источников права собственно торговли (коммерции), морского права, вексельного права, конкурентного права, страхования и др. В результате в торговых кодексах появились общие для предпринимательства институты субъекта коммерческого (торгового) права, его основных прав и обязанностей, торговой сделки и др. Чтобы не перегружать торговый кодекс, многие частности были отданы на откуп специальным законам, применяемым, как правило, только среди лиц, объединяемых тем либо иным видом профессиональной деятельности. Торговые кодексы были приняты в большинстве стран романо-германской правовой семьи: во Франции, в Бельгии, Люксембурге (1807 г.), Испании (1829, 1885 гг.), Португалии (1833, 1888 гг.), Нидерландах (1838 г.), Австрии (1862 г), Лихтенштейне (1865 г.), Германии (1897 г.), Турции (1956 г.) и др.

На построение и содержание правовых источников оказали влияние не только торжествовавший в тот период во всех сферах человеческой деятельности рационализм, но и доминировавшие тогда юридические школы, политическая расстановка сил и иные обстоятельства, порой случайные. Например, окрепшему классу предпринимателей, занявшему уже заметное место в системе государственного управления, нужен был «свой», понятный и доступный всем законодательный документ.

Кодификационная работа была в основном сконцентрирована на нормах частного права, поэтому публично-правовых кодексов оказалось меньше, а за рассматриваемой правовой

системой закрепилось еще одно название — система частного, или гражданского, права (*civil law*). Распределение частноправовых и публично-правовых норм по соответствующим отраслевым кодексам, как и в российском праве, носит условный характер. Так, в Гражданском кодексе РФ — акте, содержащем преимущественно нормы частного права, разбросаны публично-правовые нормы (о государственной регистрации, лицензировании и др.), а в Налоговом кодексе РФ, традиционно причисляемом к публичному праву, встречаются частноправовые нормы. Еще труднее причислить к «чистым» частноправовым актам торговые кодексы Германии и Франции, в тексте которых размещены нормы уголовного права, устанавливающие уголовно-правовые составы для сферы отношений с участием предпринимателей.

Принято выделять германскую (Германия, Австрия, Швейцария, Греция и др.) и романскую (Франция, Италия, Испания, Португалия, Бельгия, Люксембург, Голландия, Монако и др.) группы.

В германской группе на наполнение источников частного права кроме римского права существенное влияние оказало германское обычное право, которое было обобщено представителями исторической школы права¹ и кодифицировано сторонниками пандективистики.

Стремление охватить наиболее широкий круг возможных жизненных ситуаций, с одной стороны, и нереальность практического решения этой задачи — с другой, систематизация норм по пандектной системе (вынесение общего за скобки) привели к особому построению германских кодексов. Их отличает наличие общей и особенной части и, соответственно, общих и специальных норм, объединение правовых норм в подотрасли и отрасли, формулирование правовых принципов, применяемых при отсутствии специальных норм, а также при их толковании, установление строгой иерархии правовых предписаний. В результате для германского права характерно, в частности, соподчинение норм торгового и гражданского права как специальных и общих.

Использование в законе достаточно абстрактных наукообразных словесных формул привело к утяжелению немецкого юридического языка, трудности его восприятия неспециалистами.

¹ См.: Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. СПб., 1999; Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010.

В романской (французской) группе преобладает институциональный метод построения кодексов. Изложение логики римского частного права простым, доступным для понимания языком позволило приблизить французские кодексы к населению, сделать их текст легко воспринимаемым и ясным.

Каждый из указанных методов кодификации имеет свои достоинства и недостатки, поэтому все большее распространение получает смешанный подход. Одним из примеров кодификации с использованием достижений и пандективистики, и сторонников институционального метода является Единообразный торговый кодекс США.

Многие национальные законодательные акты не называются кодексами, однако по своему построению и месту в системе иных правовых норм, по сути, являются кодифицированными актами. Большое значение кодификации как определенного технического приема размещения правовых норм подчеркивается и в актах международного права (например, в ст. 13 Устава ООН)¹.

Романо-германское право получило широкое распространение в мире, оказав существенное влияние и на правовые системы, которые претендуют на относительную самостоятельность (скандинавская, латиноамериканская, африканская, канадская², японская³ и др.). Так, определение места скандинавского и латиноамериканского правопорядков в семье континентального права, среди других «материнских, базовых» правовых систем породило немало дискуссий.

Латиноамериканская группа (Эквадор, Венесуэла, Чили, Колумбия, Мексика, Аргентина и др.)⁴ строят свое частное право преимущественно по французскому (в ряде случаев — по немецкому) образцу, заимствуя также некоторые институты из находящихся по соседству США (например, траст). В то же время, восприняв публично-правовые институты, характер-

¹ Подробнее о кодификации и ее влиянии на развитие права см.: Кабрияк Р. Кодификации. М.: Статут. 2007.

² См., например: Брайерли Д. Е. К. Введение к русскому изданию Гражданского кодекса Квебека // Гражданский кодекс Квебека. Современное зарубежное и международное частное право. М., 1999.

³ См.: Еремин В. Н. К вопросу о типологической характеристике современного японского права // Сов. государство и право. 1977. № 3; Пиляева В. В. Гражданское и торговое право Японии. М., 2001.

⁴ См.: Доронина Н. Г. Унификация права как средство экономической интеграции стран Латинской Америки // Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. М., 1993; Черняев В. А. Развитие законодательных источников в странах Латинской Америки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973.

ные более для общего права, прежде всего для США, базируя свои судебные системы на принципах организации и функционирования североамериканской судебной системы, многие латиноамериканские государства не отводят судебному прецеденту привычное для него в англосаксонских странах место среди источников права¹.

Североевропейская (скандинавская) группа (Дания, Финляндия, Исландия, Норвегия и Швеция)². Право этих стран отличается известной унифицированностью, сочетает в себе институты систем континентального и общего права, для него не характерна распространенная для европейского континента кодификация в форме базовых частноправовых кодексов (гражданского, торгового), хотя имеется значительное количество законодательных актов по отдельным вопросам регулирования. Судебная практика имеет большее значение, чем в романо-германской системе, однако не играет роли прецедента в англо-американском его понимании.

Рассматриваемая группа хоть и тяготеет к континентальной правовой семье, но имеет множество особенностей, позволяющих некоторым авторам выделять ее в качестве самостоятельной правовой семьи³.

Длительное время в этой части Европы господствовали Дания и Швеция, которые распространили влияние своего права на другие территории. Единству права способствовала и общность языка, климатических условий, ценностей, разделявшихся населением скандинавских стран, относительно небольшое по количеству население и его географическая обособленность от других народов Европы. Пожалуй, к специфике скандинавской правовой науки можно отнести исключительную практичность ее положений, отторжение таких абстрактных теоретических построений, которые оторваны порой от реальных потребностей жизни, ясный и понятный язык изложения.

Первоисточником права для этого региона служили нормы старогерманского обычного права, которые, получив дальнейшее развитие, были отражены в различных сред-

¹ См.: *Merryman J. H.* Op. cit.

² См.: Введение в шведское право. М., 1986; *Комаров А. С.* Источники права Швеции // Сов. государство и право. 1986. № 6; *Попондопуло В. Ф., Бушев А. Ю.* О правовом регулировании предпринимательской деятельности в Швеции // Правоведение. 2000. № 1.

³ См.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998. Т. 1. С. 415.

невековых кодексах и законах. Так, первые кодексы появились в XII—XIII вв., в 1734 г. был принят Шведский кодекс, в 1880 г. — Единый кодекс о векселе. Закон о договорах и других правовых сделках в области вещного права вступил в силу в Швеции, Дании и Норвегии в период с 1915 по 1918 гг. и т.д. Для целей унификации права в 1872 г. была проведена первая Ассамблея североευропейских юристов, регулярно собиравшаяся в дальнейшем. Процессу правовой интеграции способствует и Североевропейский совет, образованный в 1952 г.

Относительно самостоятельное становление права в регионе, политическая независимость от Римской империи ограничили необходимость рецепции римского права, распространив идеи последнего лишь на некоторые виды правоотношений.

1.3. Англосаксонская правовая семья

Англосаксонская правовая семья имеет глубокие исторические корни, истоки ее следует искать на рубежах первого и второго тысячелетий.

Необходимость укрепления центральной королевской власти побудила нормандского короля, завоевавшего Англию во второй половине XI в., опереться на своих представителей на местах — судей, разрешавших возникавшие среди населения конфликты. С этой же целью судьям было предписано придерживаться в своей деятельности единообразия, ориентируясь на столичные судебные инстанции, которые в силу своей территориальной близости к королю непосредственно им контролировались. Правила, по которым рассматривались дела по типичным ситуациям, должны были стать общими для всех, заменить со временем многообразные и не всегда угодные королю местные обычаи. Центральная власть не только влияла на решения, принимаемые по спорам, но и определяла, в каких случаях можно было обращаться за защитой к королю. Ограничение доступа к правосудию и его контроль, с одной стороны, а заодно и пополнение казны — с другой, достигались через установление системы процедурных требований наряду с введением относительно высоких сборов за рассмотрение дел. Истцу предписывалось заполнить составляемое по особой, весьма запутанной форме заявление (*writ*), уплатив установленную цену. Малейшее нарушение процесса могло привести к отказу в защите по формальному основанию.

Не потребовалось много времени для того, чтобы обнаружили желающие поспособствовать составлению сложных документов и их представлению в суде, разумеется, на возмездной основе. Во избежание ошибок и преследований недовольных клиентов такая деятельность нуждалась в специализации, в особых знаниях и навыках, что породило группу лиц, занимавшихся ею профессионально. В то же время королевский контроль за работой специалистов, «просителей, ходатаев» (солиситоров-адвокатов; от англ. to solicit — подстрекать, ходатайствовать), особенно за оказанием услуг, связанных с непосредственным представлением дела в столичных судах, осуществлялся через систему отбора, часто из числа солиситоров, лояльных власти (барристеров — «призываемых к судебному барьеру»; от англ. a bar), которые и допускались в суд. Столь пристальное внимание к процедурным вопросам привело к тому, что содержание материально-правовых норм во многом предопределялось процессом, выбором подходящей формы, самим фактом обращения за защитой в суд.

Роль судей, создававших право, пусть даже и под частичным, но все ослабевающим контролем короля, их влияние на управление государством неизменно возрастали. Наряду с этим излишняя формализованность, тяжеловесность и известная инертность общего права вызывали недовольство у различных групп населения. Стремление к самостоятельности судей, уже организованных в сообщество, осознавших свою силу и претендующих на власть, с одной стороны, и необходимость снять напряжение других групп из числа подданных — с другой, побудили короля предпринять ряд мер.

В частности, к концу XIII в. на фоне иных политических событий правосозидательной монополии суда стала противопоставляться активизация законодательной работы подконтрольного королю парламента. Кроме того, со временем король начал принимать жалобы подданных, неудовлетворенных решениями общих судов либо получивших отказ в защите. Рассмотрение таких обращений было поручено лорду-канцлеру, наделенному особым королевским полномочием, который, будучи лицом духовным, решал дела «по совести», «по справедливости», не связывая себя прецедентами общих судов. Результатом такой работы, обобщения решений по схожим делам явилось формирование самостоятельного правового направления — прецедентного права справедливости (equity), а вскоре и системы судов, это право применявших и развивавших.

В изменившихся экономических и политических условиях нарождавшегося капитализма количество действовавших в Англии судебных систем (общее право, каноническое, право справедливости, торговое, специальное и т.д.) не способствовало проявлению нового, необходимого в сложившейся ситуации качества правосудия. Одним из итогов судебной реформы 1873—1875 гг. стало объединение как судебных систем, так и правовых отраслей.

Последующее развитие английского права, проходившее на фоне постиндустриальной экономики, мировых войн, иных событий минувшего столетия, сопровождалось появлением новых правовых институтов, активизацией представительной власти и т.д., однако верность судебному прецеденту как источнику права сохранена до настоящего времени.

Активная роль Англии в мировой торговле, разделе и захвате экономических рынков способствовали широкому распространению институтов английского общего права, их внедрению во многих государствах. Конечно же, адаптация английского права не была абсолютной, оно изменялось, уточнялось и дополнялось сообразно местным условиям.

Так, шотландские короли, заимствовав институты, способствовавшие централизации их власти, в борьбе за независимость от Англии обратили свои взоры к римскому праву, наполнив свое право многими характерными для римского права правовыми конструкциями. Объединение с Англией в 1707 г. способствовало усилению позиций общего права, с сохранением, однако, самостоятельной судебной системы, контролируемой Англией через апелляционную процедуру рассмотрения споров Палатой лордов¹. Следует помнить, что в шотландском праве имеются институты, не используемые в других частях Соединенного Королевства.

Английские поселенцы, устремившиеся на американский континент, принесли с собой не только родной язык, но и привычный им регулятор конфликтов — общее право. Обширная территория вместила и право колонизаторов, предпочитавших иное право, более для них знакомое — французское, испанское и др. Борьба за независимость выдвинула на первый план идею самостоятельного американского права, однако полностью освободиться от прочно закрепившегося английского права все же не удалось. Значение прецедента в США сохранилось, но в силу федерального устройства этого государства

¹ См.: Walker D. The Scottish Legal System. Edinburgh, 1981.

оно было уточнено. По той же причине — наличие 50 относительно самостоятельных правопорядков — центральная власть для укрепления своих позиций нуждается в проведении обобщений, систематизации, а следовательно, в кодификации федерального законодательства с элементами германского метода. При этом законодатели больше ориентируются на нормы, которые созданы судебной практикой штатов.

Сильны позиции общего права и в большинстве стран Британского Содружества¹. Если в одних английское право доминирует (Багамские острова, Барбадос, Гренада, Ямайка и т.д.), то в других оно применяется по остаточному принципу, при отсутствии норм национального права (Тонга), либо при условии соответствия ему (Западное Самоа), либо наряду с местным правом (Тувалу, Малави и др.), либо со значительными особенностями, обусловленными влиянием американского и романо-германского права (Канада, Новая Зеландия, Австралия). Учитывая определенную общность правопорядков стран Содружества, национальная судебная практика играет роль «убеждающего прецедента» для других государств, который не является обязательным, но может использоваться для аргументации по аналогичному делу.

Индусское право, построенное на религиозно-нравственном учении о кастах, перевоплощении души и карме, претерпело существенные изменения в период английского колониального присутствия. Общее право вклинилось почти во все сферы национального права, не затронув существенно лишь область семейного и наследственного права².

Контрольные вопросы и задания

1. Назовите критерии, по которым выделяются различные правовые группы.
2. Какие основные исторические события повлияли на развитие романо-германского права, англосаксонского права?
3. В чем заключается принципиальное отличие правовых семей гражданского и общего права?
4. Каково значение деятельности Европейского Суда по правам человека для развития правовых систем?

¹ См.: Крылова Н. С. Содружество наций: политико-правовые проблемы. М., 1991.

² См.: Крашенинникова Н. А. Индусское право: история и современность. М., 1982.

5. Какие особенности отличают правовые системы стран, входящих в скандинавскую группу?
6. Назовите основные исторические события, повлиявшие на развитие торгового права.

Литература

1. Алексеев, С. С. Право на пороге нового тысячелетия. — М., 2000.
2. Бергсель, Ж.-Л. Общая теория права. — М., 2000.
3. Берман, Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1998. — С. 423—424.
4. Валлерстайн, И. Анализ мировых систем и ситуация в современном мире. — СПб., 2001.
5. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — М., 1997.
6. Ковлер, А. И. Антропология права. — М., 2002.
7. Кох, Х. Международное частное право и сравнительное правоведение / Х. Кох, У. Магнус, П. Винклер фон Моренфельс. — М., 2001. — С. 354, 356.
8. Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход : пер. с франц. — М., 2009.
9. Марченко, М. Н. Сравнительное правоведение. — М., 2001.
10. Осаке, К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. — М., 2000.
11. Рулан, Н. Юридическая антропология : учеб. для вузов. — М., 1999.
12. Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение: основные правовые системы современности : учебник / под. ред. В. А. Туманова. — М., 2000.
13. Тихомиров, Ю. А. Курс сравнительного правоведения. — М., 1996.
14. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. ; пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М., 1998.
15. Экономическая история зарубежных стран : учеб. пособие. — Минск, 2002.
16. Comparative Law. Cases, Text, Materials. — 5th ed. Inc. : University Casebook Series ; The Foundation Press, 1988.
17. De Cruz, P. Comparative Law in a Changing World. — 2nd ed. — London : Cavendish Publishing Limited, 1999.
18. Merryman, J. H. The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. — 2nd ed. — Stanford : Stanford University Press, 1996.

ГЛАВА 2

Основные институты торгового права Германии

В результате освоения данной главы студент должен:

знать

- состав и структуру источников торгового права Германии;
- особенности правового положения субъектов коммерческого оборота по законодательству Германии;
- особенности правового режима имущества, используемого в коммерческом обороте;
- особенности торговых сделок по праву Германии;
- особенности разрешения торговых споров в Германии;

уметь

- анализировать нормативные акты немецкого законодательства в сфере регулирования коммерческой деятельности;
- квалифицированно толковать акты немецкого законодательства в сфере регулирования коммерческой деятельности;
- проводить сравнительные научные исследования по правовым проблемам регулирования предпринимательской деятельности в России и в Германии;

владеть навыками

- оперирования основными понятиями немецкого законодательства в сфере регулирования коммерческой деятельности;
 - проведения научно-исследовательской работы в области сравнительного исследования правового регулирования предпринимательской деятельности в России и в Германии.
-

2.1. Источники торгового права Германии

В Германии, как и во Франции, частное право построено по дуалистической системе. Торговое право относится к частному праву и рассматривается как специальное право предпринимателей (*Kaufmann*). Характер и специфика торгового права объясняются особенными потребностями предпринимательского оборота, обозначаемого такими понятиями, как возмездность, повышенная защита доверия, опытность, специализированность, типизация, прозрачность, быстрота, универсальность. Торговое право адресовано опытным субъектам, которые предъявляют повышенные притязания к правопорядку, но и от которых требуется повышенная ответственность¹. Поэтому торговое право применяется лишь тогда, когда по меньшей мере одним из участников сделки является лицо, признаваемое предпринимателем на основе предписаний Торгового кодекса (ТК). Гражданский кодекс (ГК) применяется в этих случаях субсидиарно, т.е. при отсутствии соответствующих предписаний в ТК.

Именно в целях быстроты коммерческих решений торговое право отказывается от многочисленных формальностей, требует от контрагентов незамедлительной реакции и сводит возможность возражения к минимальным срокам. Существующее между коммерсантами особое доверие должно подкрепляться наличием возможности получить надежную информацию об участниках торгового оборота. Поэтому большое значение имеют работа регистрационного суда и ведение реестра².

Законодательство, регулирующее отношения в сфере частного права, представлено двумя основными кодифицированными актами: Германским гражданским уложением (*Bürgerliches Gesetzbuch* — *BGB*) 1896 г. и Германским торговым уложением (*Handelsgesetzbuch* — *HGB*) 1897 г.³

И Гражданское, и Торговое уложения действуют с 1900 г. с последующими изменениями и дополнениями, и, хотя теку-

¹ См.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 462.

² Понятие «предпринимательское право» довольно редко встречается в немецкой литературе. Его проблемы являются в большей степени предметом научного обсуждения (см.: Жалинский А., Рерихт А. Указ соч. С. 459—460).

³ В современных условиях Германское гражданское уложение и Германское торговое уложение переводят как Германский гражданский кодекс и Германский торговый кодекс, поэтому в настоящей главе данные документы называются и уложениями, и кодексами.

щее законодательство развивается в основном за пределами этих кодифицированных актов, их фундаментальные положения несколько не утратили своего значения.

Германское Торговое уложение от 10 мая 1897 г. (ГТУ), вступившее в силу одновременно с Гражданским уложением 1 января 1900 г., является специальным законодательством, основным источником торгового права.

Торговое уложение, действующее на сегодняшний день с изменениями, состоит из пяти книг и содержит 905 статей.

Первая книга «Торговое сословие» посвящена общим нормам, относящимся ко всем участникам коммерческого оборота. Она содержит следующие разделы: «Коммерсанты», «Торговый реестр», «Фирменное наименование», «Прокура и полномочие на ведение дел», «Торговые служащие и ученики в торговом деле», «Торговый представитель», «Торговый маклер».

Вторая книга содержит нормы о торговых товариществах и негласном товариществе.

Третья книга ГТУ посвящена торговым книгам и содержит нормы, обязательные для всех коммерсантов, касающиеся бухгалтерского учета и инвентаризации, ведения балансов, правил оценки и годовых отчетов.

В этой же книге сведены специальные предписания, адресованные обществам, которые являются объединениями капиталов (АО, ООО, акционерные коммандиты), а также концернам, кооперативам и кредитным институтам (организациям).

Третья книга содержит также указания на административные и уголовные санкции за нарушение предписаний ГТУ об отчетности, о публикации сведений о коммерческой деятельности, о соблюдении коммерческой тайны. В качестве санкций предусмотрены как денежные штрафы, так и лишение свободы.

Четвертая книга посвящена торговым сделкам и включает в себя общие для всех торговых сделок предписания, а также разделы, специально посвященные ряду наиболее важных договоров, применяемых в коммерческой сфере. Это, естественно, купля-продажа, а также комиссионные и экспедиционные сделки, складские сделки, договоры перевозки и, наконец, специальный раздел о перевозках грузов и пассажиров железными дорогами.

Пятая книга «Морское торговое право» обычно не публикуется.

Кроме ТК к источникам торгового права относится целый ряд законов: Закон о векселе от 21 июня 1933 г., Закон о чеках

от 14 августа 1933 г.; Закон о страховом договоре 1908 г.; Закон о недобросовестной конкуренции 1909 г.; Закон о запрещении ограничения конкуренции 1957 г. (в ред. 1990 г.); Закон о кредитных учреждениях 1961 г.; Закон о промышленных образцах 1976 г.; Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию 1989 г.; Закон о защите торговой марки и иных знаков идентификации 1994 г.; Закон о реформе торгового права 1998 г.; Закон об операциях с ценными бумагами 1994 г.; Закон о несостоятельности 1994 г. (введен в действие в 1999 г.).

Областью частного права является корпоративное право как право частноправовых объединений, создаваемых для достижения определенных совместных целей. Источниками корпоративного права, наряду с нормами ГК и ТК, являются такие законы, как Закон об акционерных обществах 1965 г. с последующими изменениями, Закон об обществах с ограниченной ответственностью 1892 г., Закон о производственных и хозяйственных обществах от 1 мая 1889 г. в ред. от 19 августа 1994 г., Закон о преобразованиях 1994 г., Закон о партнерствах 1994 г.

К источникам торгового права относятся также административные акты нормативного характера, которые делятся на федеральные (постановления федерального правительства и отдельных федеральных министерств и ведомств), акты отдельных федеральных земель и акты отдельных общин. Все административные акты издаются во исполнение действующих законодательных актов и действуют в пределах установленной для них компетенции.

Как и всякая страна, входящая в систему континентального права, Германия в принципе следует писаному праву. Однако обычай, прежде всего торговый обычай, и деловые обыкновения отнесены частноправовым законодательством к кругу источников торгового права. Обычай в германском праве признан источником права наряду с законом. Условием существования обычая является его применение в судебной или административной практике¹.

По вопросу о судебной практике как источнике права позиция доктрины весьма противоречива. Безусловно, как и в других европейских странах, роль судебной практики возрастает и приобретает характер «вспомогательного» источника права

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. Т. 1. 4-е изд. М., 2006. С. 53.

в том случае, когда та или иная проблема однозначно разрешена при рассмотрении ряда аналогичных дел и данное решение подтверждено авторитетом высшей судебной инстанции. В первую очередь это касается «кассационного прецедента»¹.

2.2. Правовое положение предпринимателей

В соответствии с § 1 ГТУ коммерсантом (Kaufmann) является лицо, занимающееся коммерческой деятельностью (Handelsgewerbe). Коммерческой (торговой) считается любая самостоятельная деятельность, которая разрешена, направлена на увеличение прибыли и носит постоянный характер, если она не относится к свободным профессиям либо к сфере производства сырья. От лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, необходимо отличать лиц свободных профессий, работающих на основе гонораров. К таким профессиям относится деятельность в области науки, медицины, воспитательно-педагогической и творческой областях. Таким образом, предпринимателями не являются, например, врачи, в том числе зубные, адвокаты, нотариусы, налоговые консультанты, аудиторы, журналисты, переводчики, архитекторы, инженеры, и т.д. (в случае, если они работают самостоятельно).

Различают несколько видов коммерсантов: «обязательные коммерсанты», коммерсанты по желанию, коммерсанты в силу регистрации и коммерсанты в силу организационно-правовой формы.

Обязательный статус коммерсанта (Istkaufmann) предполагает, что лицо признано коммерсантом в силу самого факта его деятельности независимо от регистрации в торговом реестре, т.е. это лицо считается коммерсантом в силу прямого указания закона.

Добровольный статус коммерсанта — коммерсанты по желанию (Kannkaufmann) — предполагает, что коммерсантом считается лицо, которое приобретает указанный статус после регистрации в торговом реестре. Вопрос о регистрации указанное лицо решает по собственному усмотрению. В ТК сказано, что предприниматель имеет право, но не обязан осуществлять регистрацию по правилам, действующим для регистрации фирменных наименований коммер-

¹ См.: Саидов А. Х. Указ соч. С. 163, 173.

сантов. К таким субъектам относятся незарегистрированные предприниматели (*Minderkaufleuten*) или субъекты малого бизнеса, а также некоммерческие предприятия (*Nichtkaufleute*). К коммерсантам по желанию относятся и те, кто осуществляет деятельность в сфере сельского и лесного хозяйства (*Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft*).

Коммерсанты в силу регистрации. Согласно ГТУ «если фирменное наименование внесено в торговый реестр, то против лица, которое ссылается на регистрацию, не может быть заявлено возражение о том, что деятельность, осуществляемая под фирменным наименованием, не является коммерческой деятельностью» (§ 5 ГТУ).

Коммерсанты в силу организационно-правовой формы (Formkaufmann). К числу таких коммерсантов относятся товарищества и общества: акционерные общества (АО), общества с ограниченной ответственностью (ООО), коммандитные товарищества на акциях. Остальные виды товариществ не считаются хозяйствующими субъектами в силу своей организационно-правовой формы, так как согласно Кодексу не признаются осуществляющими коммерческую деятельность автоматически после учреждения. Тем не менее полное коммерческое товарищество может иметь статус хозяйствующего субъекта в силу осуществления своей деятельности в случае, если отвечает положениям § 1 ТК.

Статус *Formkaufmann* юридическое лицо приобретает только с момента его регистрации в торговом реестре. На промежуточной стадии формирования юридического лица с момента вступления в силу учредительных документов и до момента регистрации в каком-либо реестре, когда лицо именуется *Vorgesellschaft* (т.е. незарегистрированное), оно не считается *Formkaufmann*.

Кроме того, хозяйствующими субъектами в силу своей организационно-правовой формы являются зарегистрированные кооперативы (*Eingetragene Genossenschaft* — EG) и Европейские объединения по экономическим интересам (*Interessenvereinigung* — EWIV).

Основным юридическим последствием отнесения того или иного лица к числу коммерсантов является распространение на него действия норм ГТУ. Это означает, в частности, что все сделки, совершаемые коммерсантами, презюмируются как сделки, связанные с их предпринимательской деятельностью.

На такие сделки нормой § 344 ГТУ распространяется действие норм ГТУ, а общегражданские нормы ГГУ (BGB) подле-

жат субсидиарному применению, если нормы торгового законодательства имеют пробелы в сфере своего специального регулирования.

Предпринимателями могут быть как юридические лица, так и лица физические. Последние действуют как коммерсанты либо индивидуально, либо как участники персональных товариществ, которые по германскому праву, в отличие от права Франции и России, не являются юридическими лицами.

Индивидуальным предприятием (Das Einzelunternehmen) называется предприятие, не являющееся обществом с участием капитала, единственным участником которого является физическое лицо, не относящееся к категории лиц свободных профессий, деятельность которого ведется от имени этого лица. Индивидуальное предприятие (ИП) является простейшей организационно-правовой формой. Оно не является юридически самостоятельной единицей — права и обязанности, связанные с деятельностью и существованием ИП, относятся непосредственно к его единственному участнику, который несет ответственность перед кредиторами всем своим имуществом. Индивидуальное предприятие считается созданным с момента уведомления соответствующей государственной службы (Gewerbeamt) и получения всех необходимых разрешений в тех случаях, когда вид деятельности ИП этого требует. Индивидуальное предприятие, являющееся коммерсантом в смысле ТК, обязано зарегистрироваться в торговом регистре. Индивидуальное предприятие, не являющееся коммерсантом, также вправе внести запись о своем предприятии в торговый регистр.

Обязанности коммерсанта

1. Коммерсанты должны быть внесены в торговый реестр (Handelsregister). Торговый реестр в Германии ведут общегражданские суды первой инстанции, а порядок ведения и объем данных в реестре определяются правительством земли или министерством юстиции.

Торговый реестр — это официальный перечень всех предпринимателей, зарегистрировавших свою деятельность в соответствующем судебном округе. В торговом реестре содержатся сведения о названии фирмы, юридический адрес, информация о лицах, наделенных правом представительства, и об ответственности участников, организационно-правовая форма и в установленных законом случаях размер уставного капитала. Предприниматели обязаны вносить в торговый реестр и все значимые изменения, связанные с существованием и деятельностью компании. Содержание торгового реестра

открыто для любого заинтересованного лица и публикуется в печатных изданиях, перечень которых определяется судом, ведущим реестр. Суд публикует записи, внесенные в торговый реестр, в «Федеральном вестнике» («Bundesanzeiger») и по крайней мере еще в одном издании, которое ежегодно определяет суд.

Все подаваемые для занесения в реестр документы подлежат заверению у нотариуса. Частные предприниматели также имеют право зарегистрироваться в торговом реестре под фирменным наименованием. С момента регистрации частный предприниматель приобретает статус коммерсанта, и в отношении него применяются нормы торгового права.

2. Коммерсанты выступают в обороте под своей фирмой (фирменным наименованием). Фирменным наименованием является наименование, под которым коммерсант ведет свои дела и ставит свою подпись (§ 17—29).

3. Коммерсант обязан вести торговые книги и отражать в них торговые операции и состояние своего имущества в соответствии с принципами надлежащего бухгалтерского учета.

4. Коммерсант обязан хранить документы, перечисленные в подразд. 3 Книги 3 Торгового уложения (§ 257).

Германское законодательство различает общества с персональной ответственностью и общества с привлеченным капиталом (капитальные общества), к которым относятся общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество.

Общество (товарищество) с персональной ответственностью характеризуется тем, что оно не является субъектом права. Каждый член общества, несущий неограниченную ответственность, отвечает по обязательствам общества.

В каждом обществе с персональной ответственностью имеется минимум один участник, который лично несет ответственность по обязательствам общества всем своим личным имуществом. Действует принцип, согласно которому только члены общества, несущие неограниченную ответственность, допускаются к управлению обществом. Общество добивается своих целей в основном посредством личного участия товарищей в работе и внесения капитала. Участники не могут быть произвольно заменены другими участниками, т.е. смерть, расторжение договора или банкротство одного из участников может повлечь за собой прекращение существования общества.

Самыми важными формами обществ с персональной ответственностью являются товарищество гражданского права,

открытое торговое общество и командитное товарищество. Нормы о полных гражданских товариществах содержатся в ГТУ, а нормы о полных торговых товариществах — в ГТУ.

Гражданско-правовое общество, или товарищество гражданско-правового права (Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts — GbR) является, по сути, простым товариществом и служит оптимальной формой для совместного осуществления такой деятельности, которая сама по себе не является предпринимательством (торговлей или иным бизнесом) в том смысле, который вкладывает в это понятие ГТУ. Например, такое товарищество может быть создано для совместного строительства какого-то объекта для общих нужд участников товарищества.

GbR не регистрируется в торговом реестре и не имеет права использовать фирменное название, поэтому оно идентифицируется в гражданско-правовом обороте при помощи имен участников. Обязательства GbR перед его кредиторами исполняются за счет имущества как GbR, так и товарищей, которые несут солидарную ответственность. GbR не является юридическим лицом. Оно возникает в момент заключения учредительного договора.

Существование такого товарищества оформляется, как правило, письменным документом — договором, в котором определяются основные условия и цели совместной деятельности партнеров. К числу важнейших условий относятся принципы распределения доходов и расходов, а также возможных убытков.

Ведение дел и управление делами товарищества осуществляется всеми его участниками по общему согласию, если только в договоре они не указали, что поручают и доверяют одному из них ведение общих дел для всех партнеров дел.

К обществам с персональной ответственностью относятся **коммерческие (торговые) товарищества (Personenhandels gesellschaften)**. Германское право предусматривает возможность существования двух видов коммерческих (торговых) товариществ: полного (открытого) торгового товарищества (Offene Handelsgesellschaft — OHG или oHG) и командитного товарищества (Kommanditgesellschaft — KG).

Эти правовые формы предпринимательской деятельности предусмотрены ГТУ (HGB).

Полное (открытое) торговое товарищество (Die Offene Handelsgesellschaft — OHG). Полным торговым товариществом считается объединение двух и более лиц с целью осуществления предпринимательской деятельности под общим фирмен-

ным названием, если ответственность его участников перед кредиторами общества не ограничена, т.е. участники несут полную и солидарную ответственность по долгам товарищества.

Цель полного товарищества — осуществление торговой деятельности, иными словами, деятельности полного коммерсанта. Это значит, что по своему виду и объему она должна соответствовать понятию коммерческой деятельности. Поэтому само полное товарищество является коммерсантом.

Участниками OHG могут быть как физические, так и юридические лица. Для OHG не установлено требование минимального складочного капитала. Оно не имеет собственной правосубъектности, хотя и может выступать истцом и ответчиком в суде; приобретать права и принимать обязанности; быть участником другого торгового товарищества; приобретать право собственности и иные вещные права на земельные участки. Участники OHG несут солидарную ответственность своим имуществом по долгам общества. Кредитор вправе взыскать задолженность как со всех участников, так и с одного из них. В случае выхода (исключения) из общества участник продолжает нести ответственность по долгам OHG в течение пяти лет со дня выхода (исключения). Общество создается путем заключения учредительного договора в письменной или устной форме.

Полное товарищество — это самостоятельная хозяйственная единица, у которой есть свое собственное наименование, которая может выступать кредитором и дебитором, приобретать собственность и иные вещные права, выступать в качестве истца и ответчика.

Несмотря на это, в отличие от российского законодательства полное товарищество в Германии не является юридическим лицом, т.е. не обладает правосубъектностью. Это так называемое солидарное товарищество. Имущество участников таких товариществ принадлежит им, с точки зрения германского права, солидарно: отдельный участник товарищества в силу долевого участия в нем не приобретает определенной квоты (доли) в имуществе товарищества¹.

Учредительным документом полного товарищества является договор о товариществе (учредительный договор).

¹ См.: Плессе Ф. Право торговых товариществ // Основы немецкого торгового и хозяйственного права. М., 1995. С. 78.

Договор заключается не менее чем двумя лицами, которые могут быть не только физическими лицами. В качестве участника полного товарищества может выступать юридическое лицо (АО либо ООО) или другое полное товарищество.

В учредительном договоре должна быть определена цель деятельности товарищества, а также вид деятельности, которым участники товарищества намерены заниматься. Кроме того, в договоре определяется порядок внесения и размеры вкладов участников.

Учредительный договор имеет значение с точки зрения определения внутренних отношений. Поэтому товарищество считается созданным с момента заключения учредительного договора, который должен быть нотариально удостоверен.

Что касается внешних отношений товарищества с третьими лицами, то оно не признается существующим в силу заключения учредительного договора. Для этого требуется регистрация товарищества в торговом реестре или фактическое начало его деятельности. Регистрация товарищества означает завершение процесса его создания (§ 123 ТК). Однако товарищество может вступать в отношения с третьими лицами еще до регистрации, если оно уже приступило к своей деятельности. Для этого требуется, чтобы все участники полного товарищества дали свое согласие (при этом не имеет значения, будет такое согласие явным или молчаливым) на начало деятельности.

Участники товарищества должны внести согласованные суммы. Участник, который не вносит вовремя свой вклад, уплачивает проценты с того дня, когда должен был произойти платеж.

Полученное в результате взносов имущество является общим совместным имуществом участников. Свой пай участник не может свободно передать другим, если иное не предусмотрено самим договором. Выбывающий участник несет ответственность по обязательствам товарищества в течение пяти лет с момента регистрации в Торговом реестре выхода участника из полного товарищества. Принимаемые в товарищество новые участники несут ответственность и по обязательствам, возникшим до их вступления.

Участники товарищества обязуются способствовать достижению совместной цели. Поэтому они подчиняются так называемому общему долгу верности, который, в частности, запрещает участникам полного товарищества конкурировать с самим товариществом.

Учредительным договором определяется порядок ведения дел товарищества, а также порядок принятия решения участниками товарищества.

При обычных сделках действует принцип самостоятельного ведения дел для всех участников. Каждый участник имеет право действовать самостоятельно в пользу товарищества, если не имеется возражений против заключения определенной сделки со стороны другого участника. Обычными считаются сделки, заключенные в области деятельности товарищества.

Для заключения необычных сделок, т.е. таких, которые по своему содержанию, цели, значению или риску отличаются от обычных, необходимо решение всех участников товарищества.

Участник может быть лишен полномочий на ведение дел товарищества по требованию других участников решением суда, если для этого имеется важная причина, например грубое нарушение обязательств или неспособность к надлежащему ведению дел товарищества.

Участники товарищества в целом свободны в определении условий своей деятельности от общего имени. Однако есть некоторые императивные правила. Назовем среди них норму § 121 ГТУ. Согласно этой норме из годовой прибыли каждому участнику причитается в первую очередь доля в размере 4% его пая. Но если годовой прибыли для этого недостаточно, то доли определяются по более низкой ставке. Остаток прибыли, так же как и возможные убытки, распределяются в соответствии с количеством участников.

Участник товарищества не может без согласия других партнеров уменьшить свой пай. Однако он вправе взять из кассы товарищества за свой счет (с учетом будущего распределения годовой прибыли) до 4% своего пая, установленного за последний хозяйственный год. В этом случае при распределении годового дохода он может претендовать на сумму, превышающую эти 4%.

В качестве представителя товарищества в отношениях с третьими лицами может выступать любой его участник. Полномочия на представительство включают ведение всех судебных и несудебных дел, а также все правовые действия, в том числе отчуждение и обременение земельных участков, а также выдачу и отзыв прокуры¹.

Согласно абз. 2 § 126 ГТУ ограничения объема полномочий на представительство в отношениях с третьими лицами недействительны.

¹ Об институте прокуры см. ниже.

Лишение полномочий на представительство возможно лишь по судебному решению, которое может быть принято по заявлению других участников, например, если доказана неспособность надлежащим образом представлять товарищество.

В отношениях с третьими лицами полное товарищество признается созданным только с момента регистрации в Торговом реестре (§ 123 ГТУ).

Заявление о внесении в Торговый реестр подается всеми участниками товарищества. Такое заявление должно содержать следующие сведения: фамилию, имя и состояние каждого из участников, фирму товарищества и указание на его местонахождение, момент, с которого началась деятельность товарищества.

Кроме того, участники, которые в соответствии с договором между ними вправе представлять товарищество в отношениях с третьими лицами, должны графически воспроизвести фирму (фирменное наименование) вместе со своей подписью для хранения в суде. Такое правило позволяет при рассмотрении споров с участием товарищества избежать сомнений в том, кем были подписаны договоры и иные документы, представленные в судебное заседание.

По отношению к третьим лицам полное товарищество выступает как самостоятельная хозяйственная единица под фирменным наименованием. Оно вправе приобретать права и обязанности, быть кредитором и дебитором, приобретать собственность и иные вещные права, выступать в качестве истца и ответчика.

Коммандитное товарищество (Die Kommanditgesellschaft — KG) — это объединение физических или юридических лиц, состоящее как минимум из одного полного товарища (т.е. товарища, отвечающего всем своим имуществом по обязательствам товарищества) и одного коммандитиста (т.е. участника-вкладчика, несущего риск убытков в пределах суммы вклада в уставный капитал KG). Полные товарищи несут солидарную ответственность перед кредиторами товарищества своим собственным имуществом. Если полными товарищами KG являются общество/общества с ограниченной ответственностью, то ответственность полных товарищей ограничивается, так как ответственность ООО ограничивается имуществом самого ООО. Коммандитист по общему правилу несет ответственность только в пределах вклада в уставный капитал KG. Коммандитисты не участвуют в ведении дел товарищества,

хотя в договоре о создании товарищества может быть предусмотрено право коммандитистов на ведение дел товарищества или иные права на участие в управлении товариществом. Коммандитное товарищество представляет собой разновидность открытого торгового общества, и на него распространяются те же правила, что и в отношении OHG, в том числе обязанность регистрации в торговом реестре.

Учредительным документом коммандитного товарищества является договор о товариществе. При заявлении товарищества в торговый реестр в заявлении, кроме данных, указываемых при регистрации полного товарищества, должны быть указаны коммандитисты и сумма вкладов каждого из них.

Коммандитист не имеет права на ведение дел товарищества. Как и любой участник товарищества, коммандитист обязан соблюдать долг верности, однако на него не распространяется запрет на конкуренцию с товариществом. Коммандитист имеет право на участие в прибыли. Вместе с тем он не обладает правом изъятия определенной суммы из имущества товарищества, как это предусмотрено в отношении полных товарищей в товариществе.

Коммандитист отвечает перед кредиторами в пределах своего вклада, размер которого указывается в торговом реестре. Если коммандитист полностью внес свой вклад, то он по обязательствам товарищества вообще не несет ответственности своим имуществом. Ограниченная ответственность коммандитиста является неотъемлемой характерной чертой коммандитного товарищества.

В связи с тем что компаньоны не должны быть в обязательном порядке физическими лицами, существует широко распространенная на практике возможность использования общества с ограниченной ответственностью в качестве участника, несущего личную ответственность (немецкое сокращенное название этой правовой формы — GmbH & Co. KG). Поскольку ответственность ООО согласно законодательству ограничивается его собственным имуществом, достигается не предусмотренное законом ограничение ответственности компаньона.

В таких товариществах много коммандитистов — физических лиц, часто это участники ООО — полного товарищества. GmbH руководит делами коммандитного товарищества и представляет его. Оно же несет неограниченную ответственность по долгам коммандитного товарищества, которые являются и долгами GmbH. Ответственность по долгам GmbH распро-

страняется только на имущество общества, а коммандитисты своим имуществом по долгам не отвечают.

Негласное товарищество (die stille Gesellschaft). Параграфы 230—237 ГТУ посвящены так называемому негласному товариществу (партнерству), которое определено следующим образом: «Негласный участник участвует своим вкладом в торговом промысле, который осуществляет другой, передает этот вклад так, что он переходит в имущество владельца данного промысла».

Нередко в бизнесе какого-либо коммерсанта участвует только своим имущественным вкладом иное лицо — физическое или юридическое.

Такое участие или партнерство называется негласным товариществом, т.е. не известным третьим лицам, не объявленным публично. Тот коммерсант, в бизнесе которого принимает участие негласный участник, сам в полном объеме несет все обязанности и приобретает все права по сделкам, заключенным при ведении дел.

В конце каждого хозяйственного года негласному участнику выплачивается причитающаяся ему часть прибыли. Ответственность негласного участника по долгам ограничена размерами его вклада (внесенного или оставшегося невнесенным). Негласному участнику принадлежит право контроля за сделками собственника.

При прекращении товарищества негласный участник имеет право получить свой вклад в денежной форме.

Партнерство (Die Partnerschaftsgesellschaft). Нормативным актом, определяющим правовое положение партнерства, является Закон о партнерствах (PartGG) от 25 июля 1994 г. с изменениями, внесенными «Законом о реформе торгового права» от 22 июня 1998 г.

Признанием партнерства немецкий законодатель прекратил многолетнюю юридическую дискуссию в рамках немецкого права о развитии правовых форм сотрудничества лиц свободных профессий. Для этого он создал особую организационно-правовую форму, предназначенную только для лиц свободных профессий.

В Законе о партнерствах, который вступил в силу 1 июля 1995 г., немецкий законодатель создал новую для ФРГ обособленную организационно-правовую форму товарищества, не являющуюся юридическим лицом, предназначенную исключительно для лиц свободных профессий в целях совместного занятия профессиональной деятельностью.

Согласно § 1 этого Закона партнерство — это «товарищество, в которое объединяются лица свободных профессий для осуществления своей профессиональной деятельности». Свободной профессией (Freiberuf) называется самостоятельно практикуемая научная, художественная, писательская, преподавательская, воспитательная или сходная деятельность. К лицам свободных профессий относятся адвокаты, врачи, ветеринары, художники, журналисты, режиссеры, дизайнеры, переводчики, преподаватели, налоговые советники, эксперты, инженеры, архитекторы и др.

Партнерство не является коммерсантом в смысле Торгового кодекса и находится с точки зрения его статуса между товариществами гражданского права и полным товариществом. Оно является товариществом, но не торговым. «Закон о партнерствах» ограничивается регулированием основных характерных для партнерства структурных принципов, а в остальном объявляет применимым целый ряд норм о полном товариществе.

Возникновение партнерства, как и полного товарищества, осуществляется в два этапа: во внутренних отношениях — с момента заключения договора о партнерстве, во внешних отношениях оно становится действительным с момента внесения в регистр (реестр) партнерств. Реестр партнерств является новым и специально разработанным для партнерств реестром, который наряду с торговым реестром ведется в участковых судах.

Договор о партнерстве согласно § 3 «Закона о партнерстве» должен, как минимум, содержать:

- наименование и местонахождение партнерства;
- имена, фамилии и место жительства каждого партнера, а также оказываемые услуги в рамках партнерства;
- предмет партнерства.

Договор о партнерстве требует заключения его в письменной форме согласно § 3 Закона о партнерстве.

Наименование партнерства согласно § 2 Закона о партнерстве должно содержать фамилию одного партнера (указание на его имя не обязательно) и описание профессий всех представленных в партнерстве профессий, а также дополнение «и партнеры» или «партнерство».

Участниками партнерства могут быть только физические лица, которые являются участниками свободных профессий согласно § 1 Закона о партнерстве. Партнерство является единственной строго персонифицированной организационно-правовой формой, поэтому его участником может быть, к примеру, аудитор, а не аудиторское ООО и партнерство.

Лица, которые занимаются свободными профессиями в смысле «Закона о партнерстве», указаны в § 1 данного Закона. Участники партнерства должны заниматься одной и той же свободной профессией, комбинации профессий по желанию по общему правилу возможны, если отсутствуют определенные предписания относительно отдельных профессий (например, в § 59 Положения об адвокатуре исключительно образом урегулировано, с какими другими профессиями могут объединяться адвокаты для профессиональной деятельности).

Партнерство должно иметь совместную цель (предмет). Согласно § 1 Закона о партнерстве она может заключаться только в занятии свободной профессией. Партнерство является совместным предпринимательским товариществом по занятию профессиональной деятельностью.

В отношении ведения дел в партнерстве действуют нормы о полном товариществе. Следует различать действия на основании § 161 ГТУ, которые представляют собой обычное занятие профессиональной деятельностью («обычные сделки») и те, которые за это выходят («необычные сделки»). Для обычных сделок, в частности, действует принцип отдельного ведения дел всеми партнерами.

Имущество партнерства является совместным имуществом товарищей.

В отношении ответственности партнеров немецкий законодатель установил, что согласно § 8 Закона о партнерстве они отвечают перед кредиторами партнерства как совместные должники, таким образом, персональная ответственность партнеров в силу закона ограничена. Так, партнер отвечает неограниченно только за профессиональную ошибку, связанную с выполнением данного ему поручения.

Существуют также определенные ограничения по максимальной сумме ответственности партнерства или партнеров вследствие профессиональной ошибки, если предъявлено требование о возмещении ущерба.

Общество с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung — GmbH, в Австрии — GesmbH) — распространенная правовая форма предприятий в Германии, Австрии, Швейцарии¹.

¹ Существуют также варианты mbH (используется, когда термин Gesellschaft является частью названия компании), и gGmbH (gemeinnützige GmbH) для некоммерческих компаний.

Правовое положение ООО в Германии определяется специальным законодательным актом — Законом об ООО, который был принят в 1892 г. и действует в настоящее время, претерпев некоторые изменения и будучи дополнен незначительным числом новых норм.

Важной особенностью ООО (GmbH) по германскому праву является то, что эта правовая форма может применяться не только для ведения предпринимательской деятельности, но и для любой иной деятельности, лишь бы она велась с целью, допускаемой законом. Таким образом, GmbH может быть учреждено и для так называемых идеальных целей, т.е. для некоммерческой деятельности.

Общество с ограниченной ответственностью является самостоятельным, отдельным от учредителей юридическим лицом. Оно выступает в экономическом обороте под своим индивидуальным именем, обладает собственными правами и отвечает по своим обязательствам своим имуществом. GmbH может быть учреждено как одним, так и несколькими физическими или юридическими лицами. В качестве единоличного учредителя может выступать и иностранное лицо. Участники общества не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов. Общество с ограниченной ответственностью является коммерсантом в смысле торгового кодекса и считается созданным с момента внесения записи в торговый регистр.

Ведение многих видов деятельности в Германии возможно лишь по получении дополнительных разрешений и лицензий. В связи с этим процедура регистрации ООО нередко затягивалась на длительное время. Прежде условием регистрации фирм было предварительное получение ими соответствующих разрешений. Теперь эти два процесса разделены: сначала ООО вносится в торговый реестр, но с условием подачи до этого заявления о получении необходимого разрешения/лицензии в компетентное ведомство. По истечении установленного срока после регистрации фирмы ее руководство обязано предоставить доказательство получения разрешения/лицензии.

Учредительным документом GmbH выступает учредительный договор, который подписывается всеми участниками общества и требует обязательной нотариальной формы. Участники могут нотариально оформить передачу своих полномочий на подписание учредительного документа другому

лицу (в коммерческой практике в этой роли нередко выступают сами нотариусы).

Учредительный договор должен содержать следующие сведения об обществе:

- фирменное наименование общества и его местонахождение;
- предмет деятельности;
- сумму уставного капитала;
- сумму вклада, который должен внести в уставный капитал каждый участник (уставный вклад).

Если участники должны выполнять еще какие-то обязательства в отношении общества, об этом также следует прямо указать в договоре.

Фирменное наименование GmbH должно содержать указание либо на предмет деятельности общества, либо на фамилию хотя бы одного участника и обязательное указание на характер общества — «с ограниченной ответственностью». Последнее требование и отражается в хорошо известной во всем мире аббревиатуре «GmbH».

Местонахождение общества должно содержать точный адрес того помещения, где находятся органы управления общества. Должны быть указаны город, улица, номер дома и помещения в нем (офиса, конторы, бюро).

Кроме того, следует учесть, что § 24 ГГУ содержит норму, согласно которой местонахождение общества — это место, где расположено его правление. Если место нахождения общества иное, это должно быть прямо указано в учредительном документе.

Уставный капитал и вклады в уставный капитал. В результате последних изменений, принятых в 2008 г., минимальный размер уставного капитала уменьшен с 25 до 10 тыс. евро. Более того, первоначально может быть внесена только половина этой суммы, т.е. 5 тыс. евро. При учреждении общества каждый участник может взять на себя только один вклад.

Уставный капитал может вноситься не только в денежной форме, но и в форме вещных вкладов, однако это допустимо только в том случае, если такая возможность прямо предусмотрена учредительным договором.

Если общество учреждается только одним учредителем и учреждение происходит посредством внесения денежного вклада, вся сумма уставного капитала вносится, как правило, единовременно.

Заявление о регистрации. Для регистрации общества в Торговом реестре оно должно сделать заявление в тот суд, на территории округа которого общество имеет место нахождения.

К заявлению на регистрацию должны быть приложены следующие документы:

- договор об учреждении общества и доверенности представителей, если они подписывали договор об учреждении общества;

- полномочия управляющих, если они не назначены в договоре об обществе;

- подписанный заявителями список участников, где должны быть указаны фамилия, имя, сословие и место жительства участников, а также сумма уставного вклада каждого;

- документы, подтверждающие размер вносимых участниками вещных (не денежных) вкладов.

В заявлении управляющие указывают на отсутствие препятствий тому, чтобы они могли быть управляющими, и свои полномочия по управлению. Кроме того, они прилагают образцы своих подписей для хранения их в суде.

При регистрации в Торговом реестре указываются фирма и местонахождение общества, предмет его деятельности, размеры уставного капитала, дата заключения договора об обществе и управляющие, а также полномочия управляющих по представительству.

С начала 2007 г. регистрация GmbH в Торговом реестре была существенно ускорена в результате вступления в силу Закона об электронном торговом реестре и реестре товариществ, а также о реестре предприятий (EHUG). Согласно этому Закону все необходимые для учреждения GmbH документы направляются в суд, ведущий реестры, только по электронной почте, что позволяет без промедления решить вопрос относительно заявления, а затем передать данные непосредственно в ведущийся электронным способом реестр.

Органами управления GmbH являются общее собрание участников общества, управляющие и в случаях, установленных законом, — наблюдательный совет.

Общее собрание решает наиболее важные вопросы деятельности общества. В соответствии с законом общее собрание участников ООО является высшим органом общества. В его компетенции находятся такие основополагающие вопросы, как изменение учредительного договора, ликви-

дация общества, утверждение годового отчета и использование прибыли.

Общее собрание учредителей может взять на себя полномочия по всем вопросам, если это не противоречит закону или учредительному договору. В частности, оно может путем выпуска директив непосредственно участвовать в руководстве компанией. Общее собрание участников принимает решения. При этом для решений по некоторым вопросам, например по вопросу изменения учредительного договора или ликвидации общества, закон предусматривает необходимость квалифицированного большинства голосов. В остальных случаях решения принимаются простым большинством голосов. Однако в учредительном договоре может быть предусмотрен и другой порядок.

Управляющие. Обществом с ограниченной ответственностью управляют один или несколько управляющих. Назначение управляющих регулируется либо непосредственно в учредительном договоре, либо производится на первом собрании участников, которое проводится непосредственно после нотариального удостоверения учредительного договора.

На должность управляющих могут быть назначены только физические лица, обладающие неограниченной дееспособностью. Иностранцы также могут быть назначены управляющими. Управляющий-иностранец должен действительно и в любое время быть в состоянии исполнять свои установленные законом обязанности. Иностранцы из стран, являющихся членами ЕС, имеют право работать в Германии без специального разрешения. Иностранцам из стран, не являющихся членами ЕС, требуется разрешение на пребывание или постоянный вид на жительство. Управляющим могут быть как участники общества, так и иные лица.

В роли управляющего может быть только физическое лицо, в отношении которого нет действующих административных или уголовных санкций, запрещающих ему заниматься той деятельностью, которую ведет общество, или быть управляющим.

Согласно § 37 Закона ограничения полномочий управляющих представлять общество в отношении третьих лиц не имеют правовой силы. В частности, это касается ограничений на совершение определенных сделок или видов сделок, на представительство в определенное время или в определенных местах или, наконец, на совершение действий по отдельным сделкам с согласия участников или органа общества.

Таким образом, действует важнейший принцип, согласно которому по сделкам, совершенным управляющим от имени общества, права и обязанности приобретает само общество, и эта норма является императивной, не может быть изменена, например, в договоре об учреждении общества.

Ответственность управляющих определяется нормами § 43. Они должны «в делах общества проявлять заботливость порядочного коммерсанта».

Если управляющие нарушают свои обязанности, они несут солидарную ответственность перед обществом за причиненный ущерб.

При этом действует принцип полного возмещения ущерба. Отвечают же управляющие всем своим имуществом.

Такие правила позволяют в наибольшей мере обеспечить интересы участников, которые доверяют управляющим распоряжение принадлежащим им предприятием.

Наблюдательный совет (также именуемый «совет») не является необходимым органом ООО. Участники могут предусмотреть в учредительном договоре создание такого совета (факультативный наблюдательный совет). Только в отдельных случаях закон предусматривает обязанность ООО создать наблюдательный совет. В частности, Закон «Об участии третьих лиц» требует создания наблюдательного совета в ООО, в котором занято более 500 работников. Такой наблюдательный совет должен на 1/3 состоять из представителей работников.

В соответствии с § 1 и 6 абз. 1 и 7 Закона «О праве участия представителей работников в управлении предприятием» обязательный наблюдательный совет должен быть создан в компаниях, в которых занято, как правило, более 2 тыс. работников. Совет формируется на основе паритета представителей работодателя и работников.

Закон «О праве участия представителей работников в управлении горнопромышленным предприятием» требует создания наблюдательного совета с участием работников в ООО с количеством сотрудников свыше 1 тыс. человек. Этот закон применяется в отношении компаний горной и металлургической промышленности и распространяет действие в отношении права участия представителей работников в управлении таким предприятием на головные предприятия концерна, которые сами не отвечают условиям Закона и, таким образом, под него не подпадают, но при этом руководят концерном, включающим в себя предприятия горной промышленности.