

Южнокавказский Юридический Журнал

03/2012

Субъекты

предпринимательства и право

South Caucasus Law Journal

03/2012

Entrepreneurs and Law

Руководитель редакционной коллегии
Норберт Бернсдорфф

Head of the Editorial Board
Norbert Bernsdorff

Ассистент руководителя редакционной коллегии
Лия Шатберашвили

Assistant of the Head of the Editorial Board
Lia Shatberashvili

Редакционная коллегия
Ваффедин Ибаев, Гундуз Каримов, Анар Багиров
Карен Сардарян, Рафик Ханданян, Грачья Марангулян
Натия Цкепладзе, Иракли Бурдули
Паата Турава, Елена Филеева

Members of the Editorial board
Vaffadin Ibaev, Gunduz Karimov, Anar Bagirov
Karen Sardaryan, Rafik Handanyan, Hrachya Marangulyan
Natia Tskepladze, Irakli Burduli
Paata Turava, Elena Fileeva

Переводчики русского текста
Тина Чохели, Лаша Каландадзе,
Ваге Мкртчян, Хафиз Гаибов,

Translators of Russian text
Tina Chokeli, Lascha Kalandadze,
Vahe Mkrтчyan, Hafiz Qayib

Переводчики английского текста
Нана Мчедлидзе, Кети Вачадзе,
Ваге Мкртчян, Хафиз Гаибов, Назим Гусейнов

Translators of English text
Nana Mchedlidze, Kate Vachadze,
Vahe Mkrтчyan Hafiz Qayib, Nazim Huseynov

Корректоры русского текста
Лия Шатберашвили, Елена Филеева

Proof-readers of Russian text
Lia Shatberashvili, Elena Fileeva

Корректоры английского текста
Брайан Филип Рикардс, Викрам Кона

Proof-readers of English text
Bryn Philip Rickards, Vikram Kona

Журнал публикуется при содействии Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ). Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в статьях, не должны быть поняты как мнение Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ)

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Findings, conclusions and comments made in the journal do not reflect the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)

© Немецкое Общество по Международному Сотрудничеству (GIZ), 2012
© Авторы статей, 2012
© Снимок на обложке: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2012
© Authors, 2012
© Picture on the cover: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

Электронную версию данного журнала можно найти на сайте: www.giz.de/law-caucasus

The online version of the journal is available on the website: www.giz.de/law-caucasus

Эл. почта: lawjournal_caucasus@giz.de

Email: lawjournal_caucasus@giz.de

ISSN 2298-0490

giz

BMZ



Federal Ministry
for Economic Cooperation
and Development

Содержание

Content

От редактора	5
Статьи	
• Иракли Бурдули (Грузия) <i>Современное грузинское корпоративное право и институт squeeze out</i>	7
• Ани Чилингарян (Армения) <i>Управление обществ с ограниченной ответственностью в Армении</i>	22
• Сервер Сулейманлы (Азербайджан) <i>Понятие и элементы коммерческой деятельности (предпринимательства)</i>	27
• Грачик Ярмалоян (Армения) <i>Особенности правового регулирования обществ с ограниченной ответственностью в Армении</i>	37
• Нино Мескхивили (Грузия) <i>Сущность и значение добросовестности в частном праве</i>	44
• Араик Тунян (Армения) <i>Субъекты предпринимательства в Республике Армения</i>	50
• Гор Мовсисян (Армения) <i>О некоторых вопросах банкротства субъектов предпринимательского права в Республике Армения</i>	54
• Георгий Джугели (Грузия) <i>Ответственность акционеров за обязанности корпорации – нарушение корпоративной оболочки 57</i>	
• Ладо Чантурия (ФРГ / Грузия) <i>Модельный закон об акционерных обществах для государств СНГ и вопросы корпоративного управления</i>	64
• Норберт Бернсдорфф (ФРГ) <i>Правовой статус предприятия с точки зрения международного права – свобода осуществления экономической деятельности, свобода заключения договора и свобода конкурентоспособности</i>	74
• Рашид Алиев (Азербайджан) <i>Оптимальные формы совместного бизнеса: сравнительный обзор товариществ и ООО в Азербайджане</i>	81
• Грачья Марангулян (Армения) <i>Установление договорных отношений между субъектами коммерческого и гражданского права: сравнительно-правовой анализ регулирования институтов оферты и акцепта</i>	87
• Эмин Каримов (Азербайджан) <i>Акционерное соглашение в азербайджанском праве</i>	98
• Мери Джапаридзе (Грузия) <i>Обязательное тендерное предложение (Краткий правовой анализ)</i>	104

Editorial	5
Articles	
• Irakli Burduli (Georgia) <i>Contemporary Georgian Corporate Law and the Institution of Squeeze-out</i>	156
• Ani Chilingaryan (Armenia) <i>The Management of Limited Liability Companies in Armenia</i>	166
• Server Suleymanli (Azerbaijan) <i>Definition and Elements of Commercial Activity (Entrepreneurship)</i>	170
• Hrachik Yarmaloyan (Armenia) <i>Legal Regulation of Limited Liability Companies in Armenia</i>	177
• Nino Meskhisvili (Georgia) <i>The Rationale and Importance of Good Faith in Private Law</i>	182
• Araik Tunyan (Armenia) <i>Business Entities in the Republic of Armenia</i>	186
• Gor Movsisyan (Armenia) <i>Bankruptcy Issues of Business Law Subjects in the Republic of Armenia</i>	189
• George Jugeli (Georgia) <i>Shareholders' Liability for a Corporation's Obligations – Piercing the Corporate Veil</i>	192
• Lado Chanturia (Germany / Georgia) <i>Model Law on Joint Stock Companies for CIS Countries and Corporate Governance</i>	198
• Norbert Bernsdorff (Germany) <i>Legal Status of an Enterprise from the Point of View of International Law – Freedom of Economic Activities, Freedom of Concluding Contracts and Freedom of Competitiveness</i>	206
• Rashid Aliyev (Azerbaijan) <i>Optimal Forms of Doing Business Together: A Comparative View of Partnerships and Limited Liability Companies in Azerbaijan</i>	212
• Hrachya Marangulyan (Armenia) <i>Establishing Contractual Relationships between the Subjects of Commercial and Civil Law: A Comparative Legal Analysis of the Regulatory Institutions of Offer and Acceptance</i>	217
• Emin Karimov (Azerbaijan) <i>Shareholders' Agreements in Azerbaijani Law</i>	226
• Mary Japaridze (Georgia) <i>Mandatory Bid Rule – Brief Legal Overview</i>	231

Обзор судебной практики

- **Норберт Бернсдорфф (ФРГ)**
Отчет о судебной практике Европейского Суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб, направленных против Армении, Азербайджана и Грузии в 2011 году 111
- **Роин Мигриаули (Грузия)**
Выход партнера из общества с ограниченной ответственностью по законодательству и практике Грузии 117
- **Мариам Цискадзе (Грузия)**
Анализ судебной практики по некоторым предпринимательским спорам 121
- **Вахтанг Менабде (Грузия)**
Содержание права собственности на акции по прецедентному праву Конституционного суда Грузии 128

Комментарии к судебным решениям

- **Миндия Вашакмадзе (ФРГ / Грузия)**
Европейский суд по правам человека: Дело Махарадзе и Сихарулидзе против Грузии 135
- **Нана Мchedlidze (Грузия)**
Европейский суд по правам человека: Дело Баятян против Армении 138
- **Елена Филеева (Грузия)**
Европейский суд по правам человека: Дело Зураб Цинцабадзе против Грузии 143

Сообщения

- **Гюндюз Каримов**
Краткий обзор законодательства Азербайджанской Республики в 2011 году 149
- **Елена Филеева**
Краткий обзор актуальных законодательных изменений в Грузии 152
- **Новости из региона** 276

Рецензия

- **Вольфганг Бабек, Стивен Фиш, Цено Райхенбежер:**
Обновление Конституции: Путь Грузии к Европе 280

Case Law Review

- **Norbert Bernsdorff (Germany)**
Report on the Court Practice of the European Court of Human Rights regarding Individual Complaints against Armenia, Azerbaijan and Georgia in 2011 237
- **Roin Migriauli (Georgia)**
Withdrawal of a Partner from a Limited Liability Company 243
- **Mariam Tsiskadze (Georgia)**
Analysis of Court Practice on Some Entrepreneurial Disputes 246
- **Vakhtang Menabde (Georgia)**
The Substance of the Right to Own Shares In Accordance with the Case-Law of the Constitutional Court of Georgia 252

Comments on court decisions

- **Mindia Vashakmadze (Germany / Georgia)**
European Court of Human Rights: Makharadze and Sikharulidze v. Georgia 258
- **Nana Mchedlidze (Georgia)**
European Court of Human Rights: Bayatyan v. Armenia 261
- **Elena Fileeva (Georgia)**
European Court of Human Rights: Tsintsabadze v. Georgia 266

Reports

- **Gunduz Karimov**
Review of the Legislation of the Republic of Azerbaijan for 2011 271
- **Elena Fileeva**
Report on Legislative Changes in Georgia 273
- **News from the Region** 276

Book recommendation

- **Wolfgang Babeck, Steven Fish, Zeno Reichenbecher:**
Rewriting a Constitution: Georgia's shift towards Europe 280

От редактора

Лежащее перед Вами третье издание Южно-Кавказского юридического журнала является продолжением проекта, который осуществляется вот уже два года. С целями и причинами учреждения журнала и содержанием его первого и второго изданий можно ознакомиться во вступлении к первому и второму изданиям.

Южно-Кавказский юридический журнал был принят общественностью и профессиональными кругами – как и ожидалось – весьма положительно. Его успех измеряется не только величиной его тиража, но также и тем, насколько часто он упоминается в типичных средствах массовой информации: здесь имеется ввиду в первую очередь интернет. Если дать название журнала в поисковой системе Google, то Вы получите огромное количество ссылок на ссылки, связанные с ним. Это отрадная информация.

Задачи и форма журнала после первого издания не изменились. Однако значительно увеличился его объем. Возможно, повысился также профессиональный уровень статей. По крайней мере, такого большого наплыва статей, который мы имели в процессе подготовки третьего издания, до сих пор еще не было. Это объясняется, по-видимому, завоеванной в эти первые годы существования популярностью журнала, но, может быть также притягательностью темы «Субъекты предпринимательства и право».

Главная тема соответствует актуальным требованиям времени, поскольку она вбирает в себя многие – отчасти развивающиеся с большой скоростью – импульсы экономического развития в Армении, Азербайджане и Грузии. Для этой фазы экономической динамики особенное значение имеют слова немецкого ученого-правоведа Генриха Кронштайна:

«В условиях современной экономики экономическая власть является существующим явлением, которое мы должны принять. Границы, в рамках которых власть может осуществляться, должны быть проведены довольно тесно, для того, чтобы обеспечить неизбежность нашего правового и экономического порядка, но одновременно они не должны быть слишком тесными и дать предпринимателям возможность осуществлять их функции в рамках этого порядка».

Отсюда следует, что правопорядок должен оставаться при регулировании предпринимательского права нейтральным. Его задачи должны состоять только лишь

Editorial

The third issue of the South Caucasus Law Journal that you hold in your hands is the continuation of the project that is already being implemented in the last two years. As you will read the introductions to the first and second issues, you can study the aims and goals of the Journal and the contents of its first and second issues.

The South Caucasus Law Journal has been quite positively assessed by the society and professionals as expected. Its success is measured not only by the number of copies, but also by the facts how often it is mentioned in mass media and its reach, especially through the medium of internet. If you are to make a Google search for the name of the Journal, you are certain to get numerous links that point to it. This is very inspiring.

The tasks and the form of the Journal have not changed after the first issue. However, its volume has increased significantly. We would like to believe that the professional standard of the articles has also significantly improved. All in all, we had an unprecedented and immense flow of articles during our preparation process for the third issue. This is explained by the fact that the Journal has gained popularity since its inception. A large part of the appeal could be due to the topical and relevant articles on the subject of Entrepreneurial Activities and Law.

The main theme is in line with modern requirements because it reflects many dynamically developing issues of economic development in Armenia, Azerbaijan and Georgia. For this phase of economic transformations, the words of German lawyer and scientist Heinrich Cronstein have particular importance:

«In the conditions of contemporary economy, economic power as a significant force has to be accepted by us. The boundaries within which this power is unfolded should be quite precise to ensure the inviolability of legal and economic order. However, they should not be too restrictive and facilitate entrepreneurs to fulfil their functions in the framework of this order».

This means that the legal order should remain well balanced while regulating entrepreneurial rights. Its tasks should be limited to balancing the interests of all parties and ensuring social justice. Authors of the articles published in the third issue of the Journal are in-

в том, чтобы сбалансировать интересы всех сторон и обеспечить социальный мир. Как раз о согласовании этих интересов и сообщают нам с разных точек зрения авторы статей третьего издания журнала: с точки зрения армянского, азербайджанского и грузинского предпринимательского права, с точки зрения конституционного и международного права, а также в порядке сравнения различных правовых систем.

Кстати, подготовка четвертого издания журнала, которое выйдет в 2013 году, уже началась. В апреле текущего года редакционная коллегия журнала приняла решение по поводу темы четвертого издания: «Право на справедливое судебное разбирательство». Дайте вдохновить себя этой темой и станьте одним из авторов нашего журнала!

Др. Норберт Бернсдорфф,
судья Федерального Социального суда,
Кассель, ФРГ

Цено Райхенбежер,
руководитель программы GIZ „Консультирование
реформ права и юстиции на Южном Кавказе»

deed telling us about the balance of those interests from different standpoints: Armenian, Azerbaijani and Georgian positions on entrepreneurial rights. These interests are analysed from the point of view of constitutional and international laws as well as by comparing various legal systems.

By the way, efforts to publish the fourth issue of the Journal in 2013 have already commenced. In April, this year, the Editorial Board of the Journal decided about the theme of the fourth issue: «Right to Fair Trial». Let yourself be inspired by this topic and become one of the authors of our Journal!

Dr. Norbert Bernsdorff
Judge of the Federal Court on Social Issues
Kassel, Germany

Zeno Reichenbecher
Head of the GIZ Program
“Advice on Legal and Judicial Reforms in the
South Caucasus“

Иракли Бурдули¹

Современное грузинское корпоративное право и институт squeeze out²

I. Введение

В сегодняшней грузинской реальности неоченима роль корпоративного права. Несмотря на то, что корпоративное право в Грузии уже не представляет собой урегулированное законом право, а стало похожим, скорее, на саморегулируемый, основанный на договорной автономии корпус, интерес к нему не то что бы стих, а еще более оживился. Более того, в современном грузинском праве (корпоративное и предпринимательское право) очень большое значение приобрело сопоставительное корпоративное право. Многие законодательные нормы, сыгравшие большую роль для урегулирования тех или иных корпоративно-правовых отношений, просто отменены или изъяты из законодательства. Соответственно, государство перенесло вопрос урегулирования многих внутренних (или внешних) корпоративных отношений в пределы частной автономии самого субъекта предпринимательской деятельности. Это нуждается в огромном опыте, культуре, традициях и судебной практике. Грузия же действительно не может гордиться всем этим. Поэтому, применение аналогии права или закона при рассмотрении корпоративно-правовых споров и толковании связанных с ними вопросов бесспорно занимает большое место. Это будет совершенно невозможно, если грузинские правоведы не будут достаточно хорошо знать прошлое национального корпоративного права и современные тенденции его развития, сходства и различия от других систем. Настоящая статья ставит своей целью, предоставить читателю информацию об основных тенденциях развития корпоративного права в Грузии. Одновременно с этим, в контексте данного развития проанализирован институт вытеснения акционера из акционерного общества и представлена грузинская реальность.

Настоящая работа состоит из двух основных частей. Первая часть, состоящая из нескольких глав и подглав, дает информацию о тенденциях системного развития корпоративного права. Последующая часть, также представленная в виде нескольких глав и подглав, касается непосредственно института «squeeze out» и его грузинского «характера».

II. Обобщение

В современном мультинациональном обществе организационно, структурировано сформированные субъекты выполняют особую функцию, приобретая особо важное значение. Транснациональные корпоративные образования определяют экономический климат. Их имущественное положение в ряде случаев имеет большое влияние на внутренний или внешний экономический порядок. Поэтому корпоративные субъекты нуждаются в особом подходе и отношении со стороны государства. «Основу для организованной экономической деятельности людей создает именно корпоративное право³», для которого весьма актуальны национальные нормативные правила, несмотря на тенденцию стремления в данной сфере⁴ к единому урегулированию. Поэтому, заботой конкретного государства является именно то, как должны быть «трансплантированы» элементы глобального порядка в национальное законодательство, учитывая стимулирование экономики страны, улучшение материального и социального положения общества и сохранение устойчивого экономического развития. Данной цели преимущественно служит корпоративное право, развивающееся быстро и динамично. Подобное развитие в Грузии непосредственно связано с развитием экономических отношений. Чем дальше идет гражданско-правовой оборот в государстве, тем большей эволюции подвергается корпоративное право. И, наоборот, чем ниже экономический прогресс в стране, тем очевиднее неразвитость данной отрасли и необходимость ее усовершенствования.

С 1995 года в Грузии действует Закон о предпринимателях, который, начиная с того времени, претерпел много изменений. Данные поправки и дополнения касаются регистрации субъекта предпринимательской деятельности, уставного капитала, прав малых акционеров, вопросов урегулирования трудовых отношений с директорами предприятий и т.д. Соответственно,

¹ Доктор права, декан юридического факультета Тбилисского Государственного Университета.

² Данная статья является несколько видоизмененным текстом доклада на организованной ТГУ весной 2011 года международной конференции.

³ Теоретические и практические вопросы современного корпоративного права, Институт государства и права им. Тинатин Церетели (изд.), изд. «Меридиани», Тбилиси, 2009, С. 5

⁴ В организованной экономике.

в порядок дня ставится подробное изучение проблемных вопросов корпоративного права по данным поправкам и дополнениям, а также необходимость научной обработки. Усовершенствование и развитие корпоративного права как независимой правовой сферы, подразумевает гармонизацию и унификацию грузинского корпоративного права с западными стандартами. Все это очень актуально для привлечения иностранных инвестиций, ибо усовершенствование данной сферы, как уже отмечалось выше, приобретает еще и глобальный характер, кроме узких национальных правовых рамочных условий. Для создания идеальной инвестиционной инфраструктуры, в первую очередь, необходима либерализация корпоративного права и предпринимательских отношений и сближение с современными стандартами. Несмотря на внедрение либеральных подходов к стимулированию экономики, корпоративное право должно обращать огромное внимание на то обстоятельство, чтобы идея либерализма не стала предпосылкой бесконтрольности и распушенности. Это особенно опасно для таких стран с переходной экономикой, в которых нет или мало развита этика бизнеса, корпоративное управление, практика удовлетворения требований корпоративных кредиторов и т.д. Только традиционность данных элементов и высокий уровень их развития определяют организационный саморегулируемый порядок. А там, где это недостаточно развито, стимулом формирования и одним из важнейших факторов должны стать гибкие и целенаправленные рамочные условия⁵, установление которых является государственной функцией.

III. О системных тенденциях развития корпоративного права

Эволюцию грузинского корпоративного права можно обобщенно разделить на два этапа. Первый этап – со дня принятия в 1994 г. Закона Грузии о предпринимателях до 14.03.2008 г., а второй этап – с 14.03.2008 г. по сегодняшний день.

Известно, что грузинское корпоративное право, которое представляет собой основное ядро предпринимательского права в Грузии, было сформировано на основании логического синтеза между преимущественно немецким и австрийским правом предпринимательских обществ и торговым правом⁶. Это означает, что грузинское законодательство опиралось на немецкое относительно организационной структуры, учреждения, условий регистрации корпораций, капи-

тала общества, корпоративного управления, уставной автономии и ее пределов. С другой стороны, немецкое (а также австрийское, швейцарское, французское) корпоративное право отличается в системном отношении от англо-американского права, что, в том числе, обуславливает не только системные, но и, в определенной степени, функциональные различия. Поэтому для нас особенно важно разобраться, где и какое место занимает грузинское корпоративное право на грани данных систем.

1. «Либерализм» в грузинском корпоративном праве

Можно сказать, что до 2008 г. грузинское корпоративное право было сформировано, как законное право. Законодатель был особенно осторожен относительно законодательных предписаний, регулирующих капитальные общества. Т.н. принцип «default rules»⁷ применялся к субъектам предпринимательской деятельности товарищеского типа. Ему уделялось меньше внимание в капитальных обществах и, тем более, в корпоративном праве. Однако вследствие реформы 14.03.2008 ситуация радикально изменилась и Закон Грузии о предпринимателях, представляющий в Грузии основной источник корпоративного права, взял свой курс на американское право. Предпосылкой внедрения либеральных подходов в грузинскую экономику и упрощения «делания бизнеса» должен был послужить целый каскад законодательных изменений, которые перенесли бы данные принципы в реальные отношения. Именно поэтому первый шаг связан с упрощением учреждения правовых форм субъектов предпринимательской деятельности.

1.1 Упрощение регистрации обществ

Радикально изменились принципы регистрации субъектов предпринимательской деятельности и связанные с ним процедурные вопросы. Изменился также вид проверки и государственного контроля над учреждением общества. Имеется в виду вопрос материальной и формальной проверки регистрационной документации. Как уже отмечалось, грузинское предпринимательское законодательство имело тесную близость с немецким. Это касалось, в том числе, и регистрации обществ, во время которой претендент на получение статуса учреждаемого юридического лица связывался обязанностью формально-материального контроля со стороны государства. Согласно новейшим изменениям, отменена форма

⁵ Для сравнения с данным вопросом см. заключительную часть книги: Чантурия, Корпоративное управление, изд. «Самартали», 2006 г., С. 485.

⁶ Ср., например, Зоидзе, Рецепция европейского частного права в Грузии, изд. GTZ (GIZ), Тбилиси, 2005 г., С. 185.

⁷ Принцип диспозитивного урегулирования, которым выделяется корпоративное право США.

материального, т.е. содержательного контроля⁸. Сохранена лишь формальная проверка со стороны чиновника⁹. В это время почти исключена возможность злоупотребления правом (проверки) со стороны государства, поскольку в основу отказа соответствующим органом регистрации общества или установления пробела лежит строго предписанный законом¹⁰ перечень из трех пунктов.

Примечательными являются также вопросы относительно устава общества. С 2008 г. законодательство о предпринимателях претерпело целый ряд изменений. Впервые сложилась ситуация, когда нет необходимости предъявления устава в регистрирующий орган. Это значит, что устав не представлял существенную предпосылку для регистрации предприятия. Однако, по традиции, устав рассматривался корпоративно, наряду с гражданско-правовым актом. Короче говоря, устав представлял из себя всего лишь соглашение между партнерами, т.е. документ внутреннего пользования в обществе, не представляющий собой публичный документ. После этого ситуация снова изменилась. Одной из основ «возвращения назад» ситуации послужили серьезные проблемы с исполнением¹¹. В результате возникла реальность, согласно которой устав рассматривается юридически, как два независимых по природе акта. Необходимые реквизиты, предписанные в качестве перечня в ст. 5 п. 1 Закона Грузии о предпринимателях, охватывают обязательную сторону устава и, соответственно, корпоративно-правовое содержание учредительной документации. Учредительные партнеры свободно могут установить факультативные нормы, согласно которым данный акт будет рассматриваться исключительно, как обязательно-правовой акт, регулирующий всего лишь внутренние организационные вопросы предприятия. Пересмотрев корпоративное право США, можно легко найти несколько сходств. Особенно попадает в глаза сходство в том, что устав

не рассматривается предпосылкой регистрации предприятия. Ситуация изменилась после изменений от 03.11.2009 г., хотя американский след все же заметен. Для сравнения можно привести общее корпоративное право Делавэра¹². Основное различие между «articles of incorporation» и «bylaw» состоит в том, что первое регулирует учредительную документацию корпоративно-правовой природы, а второе вопросы чисто обязательно-правового характера, исключительно внутренние организационные вопросы корпорации, структуру общества, взаимоотношения между структурными подразделениями, в том числе функциональное разграничение, фидуциарные обязательства директоров и прочие вопросы. Различие очевидно.

1.2 Распределение прибыли, договорно-правовое представительство

Важные изменения претерпела и статья 8, которая была заново сформулирована. Соответствующий орган капитального общества получил полное полномочие свободного распределения прибыли несколько раз в год. Кроме этого, прибыль именуется дивидендами во всех видах капитально-правовой формы.

Из закона полностью были изъяты законодательные нормы, регулирующие понятия торгового маклера и комиссионера. Связанные с ними отношения регулируются отныне на гражданско-правовых началах, чьей правовой основой станет Гражданский Кодекс Грузии. Наверное и это связано с вопросом коммерциализации гражданского права¹³. Когда мы говорим о современных тенденциях развития права грузинских обществ, особое внимание следует уделять обществам капитального типа. В грузинском корпоративном праве сегодня особенно актуален вопрос догматического разграничения между товариществами и капитальными обществами¹⁴. Практика показывает, что основной правовой конструкцией осуществления бизнеса является ООО. Меньше внимания уделяется обществам товарищеского типа. Хотя установление между ними практических и догматических различий является задачей корпоративного права. Поэтому акцент будет делаться на капитальных обществах.

⁸ Т.н. Inhaltskontrolle.

⁹ Регистрация предприятия ведется сегодня Реестром коммерческих и некоммерческих юридических лиц, входящим в состав Публичного Реестра.

¹⁰ Ст. 5³ Закона Грузии о предпринимателях.

¹¹ С отменой регистрации изменений в долевом участии в Предпринимательском реестре стало невозможным изъятие той части привлеченного к исполнению имущества должника, которая рассматривалась его долей в предприятии. В случае, когда должник являлся владельцем контрольного пакета долей в обществе и, одновременно, директором, исходя из изменений в долевом участии и связанного с ними внутреннего учета, для такого должника не представляло сложности «исправление» внутренней документации и «корректировка» долевого права. Конечно, никто не хочет, чтобы при принудительном исполнении судебный исполнитель наложил арест на все имущество должника, а кредитор бы полностью удовлетворил бы свое требование. Описанный выше пример давал хорошую возможность для партнеров общества, избежать этого.

¹² DGCL, а также R.M.V.C.A; M.V.C.A (модельный закон о бизнес-корпорациях и его реформированный вариант).

¹³ Об этом см. подробно: Бурдули (редактор), Развитие предпринимательского (торгового) права в Грузии и Германии, Тбилиси, 2007, С. 61 и последующие страницы.

¹⁴ О типологическом вопросе обществ: например, Кириа, Система корпоративного права Грузии в книге: Сборник по корпоративному праву, том первый, Бурдули (редактор), Тбилиси, 2011 г., С. 8 и последующие, Махароблишвили, Догматически-теоретическое разграничение между субъектами предпринимательской деятельности на началах капитальных обществ, «Журнал права», 2011 г., С. 75 и последующие.

2. Право капитального общества

Предпринимательскому законодательству удалось внедрить либеральный подход также по отношению к капитально устроенным обществам. Это особенно чувствуется в праве ООО, чьи регулирующие законодательные нормы стали, можно сказать, более диспозитивными, чем регулирующие нормы общества с солидарной ответственностью. Пределы уставной автономии здесь намного шире, чем в какой-либо другой правовой форме.

В первую очередь, следует отметить то обстоятельство, что, подобно американскому корпоративному праву, и грузинское право отвергло доктрину о минимальном обязательном законном уставном капитале. Подобно Америке, и в Грузии стало с тех пор возможно учреждение т.н. «однокопеечных» компаний¹⁵.

Отменены нормы, устанавливающие обязанности сохранения имущества, что, возможно, создаст очень большие проблемы¹⁶. Компетенция собрания партнеров преимущественно зависит от устава, хотя закон предписал для всех правовых форм для собрания партнеров установленную универсальную компетенцию в виде ст. 9¹. Исключением являются акционерные общества и зарегистрированные кооперативы. Однако и в случае зарегистрированного кооператива в отдельных случаях преимущественная юридическая сила придается уставным постулатам.

По-новому регулируется вопрос исключения партнеров¹⁷, соответствующим центральным предписанием которого является ст. 3 ч. 7 Закона Грузии о предпринимателях. И здесь преимущественно действуют пределы уставной автономии. Поэтому при исключении партнера из общества и на сегодняшний день спорен вопрос назначения дополнительного срока, возвращения частично внесенного вклада, ввиду нарушения обязательства внесения дополнительных вкладов вопрос возвращения внесенного вклада и распространяется ли на данные случаи правовой режим неосновательного обогащения¹⁸.

2.1 Модернизация права акционерных обществ

Основные изменения, которые фактически были осуществлены с 2006 г. в Законе Грузии о предпринимателях, коснулись предписаний об акционерных

обществах. В этом отношении ситуация радикально изменилась.

Акционерное общество отличалось от других правовых форм, в основном, недиспозиционной природой его урегулирования. Исторически данная юридическая форма ведения бизнеса была предназначена для крупных предприятий, которые, по традиции, имели возможность финансирования посредством рынка капитала. Поэтому в экономических отношениях она всегда играла особую роль. Акционерное общество не утеряло данную функцию и в современной экономике. Поэтому законодатель с особым интересом относится к данному вопросу.

2.2 Понятие АО и уставный капитал

Статья 51 Закона Грузии о предпринимателях была нормой, давшей, после восстановления независимости Грузии и приобретения ею государственности, легальное определение АО. Согласно тогдашней редакции закона, понятие АО охватывало отличительные признаки, которые значительно далеки от сегодняшней формулировки закона. АО было обществом, имевшим разделенный на акции уставный капитал. А сам уставный капитал должен был быть равен 10 000 долларов США. Данная цифра определяла минимальную величину уставного капитала. Чуть позже минимальный уставный капитал АО был определен 15 000 грузинскими лари. Определенный законом минимальный номинальный уставный капитал должен был выполнять в определенной степени одну из функций гарантии удовлетворения требований кредиторов. Однако, реальность выявила с течением времени тенденцию, что уставный капитал учрежденного 15 000 лари акционерного общества реально не мог обеспечить удовлетворение требований кредиторов. Кстати, закон также предвидел относительно ООО как общества средней величины, минимальный уставный капитал в размере, как минимум, 1 000 долларов США (эквивалент в национальной валюте). И уставный капитал ООО имел, в принципе, то же назначение, что и в АО. Поэтому, бросив взгляд на ту правовую реальность, в которой оказалось ООО, можно себе явно представить, почему отменена норма, регулирующая минимальный уставный капитал АО. Согласно принятому в 1994 г. Закону Грузии о предпринимателях, для всех обществ капитального типа было обязательно наличие минимального законного обязательного уставного капитала. Однако, как уже говорилось выше, минимальный уставный капитал не выполнял своих основных функций ввиду недостаточного правового урегулирования и неправильной предпринимательской практики. Данные функции этот институт имеет во многих развитых странах (например, в Германии,

¹⁵ Американцы называют это «one cent corporation».

¹⁶ См. подробно Джугели, Защита капитала в акционерном обществе, Тбилиси, 2010 г., С. 261 и последующие.

¹⁷ Здесь преимущественно подразумевается исключение партнера из общества за нарушение (невыполнение или недолжное выполнение) обязательства внесения вкладов.

¹⁸ См. подробно Бурдули, Правовые последствия невнесения вкладов: утопические взгляды об исключении партнеров из акционерных обществ, «Журнал права», 2010 г., 1-2, 18-58.

Австрии, Голландии и т.д.)¹⁹. Тенденция уменьшения, а, в последствии отмены, минимального обязательного уставного капитала, наблюдается особенно с 2005 года.

Минимальный законный обязательный уставный капитал был в грузинском акционерном праве одним из важнейших институтов, свойственных, как уже было сказано выше, немецкому праву, являясь его культурным наследием. Поэтому его отмена была знаком американизации грузинского акционерного права. Уже нет необходимости предъявления в регистрирующий орган подтверждающей капитал документации²⁰. Это означает, что для регистрации обществ капитального типа уставный капитал не является предпосылкой возникновения АО, установления его полной правоспособности и дееспособности. Это чисто американская модель учреждения корпорации. Хотя отменой всех обязательных норм сохранения имущества грузинское корпоративное право перечеркнуло не только европейское, но и американское право. К тому же, как уже отмечалось выше, отменой обязательной регистрации изменений долевого участия в обществе в Предпринимательском Реестре²¹ национальное законодательство Грузии еще более отделилось от немецкого и австрийского правовых моделей. Хотя однолетний опыт свидетельствует о том, что нельзя вопрос изменений долевого участия в обществе оставлять в надежде на реестр общества. Можно сказать, что и в этом отношении национальный закон взял путь на американское право. Однако, данные вопросы по-другому регулируются в праве США, из-за определенных отличных от континентально-европейского права подходов. В конечном итоге, законодатель пришел к выводу, что любое доленое изменение в корпорациях должно подчиняться обязательной регистрации, функцию которой взяло на себя Национальное Агентство Публичного Реестра Грузии.

2.3 Нормы, регулирующие корпоративное управление. Смешивание контролирующих, руководящих и представительских компетенций

Наряду с законным минимальным обязательным уставным капиталом, грузинское корпоративное право заимствовало еще один важный институт от немецкого права: дуалистическую модель управления

АО, и сегодня действующую в нескольких европейских странах. Среди систем корпоративного управления грузинское право, думаю, в свое время, целесообразно сделало выбор в пользу двухступенчатой модели управления. Однако, ввиду неправильного менеджмента, внедренной в грузинские предприятия неправильной руководящей практики и непрофессионализма менеджеров (директоров) и членов наблюдательного совета, целесообразность существования этой модели²² была поставлена под вопросом.

В 2008 г. грузинское акционерное право отказалось от данной модели управления и выбрало смешанную форму, согласно которой само АО уполномочено, за исключением императивно установленных законом ограничений²³, свободно выбирать ту или иную модель. В действующей редакции закона неудобностью по отношению к данным вопросам является то обстоятельство, что, фактически нет дифференциации между уровнями руководящего контроля в предприятии и деятельности директоров. Согласно ст. 55 п. 7² Закона Грузии о предпринимателях, функции директора могут быть переданы, в предусмотренных уставом случаях, члену наблюдательного совета. Кроме этого, согласно второму предложению той же нормы, законодатель дает АО право, чтобы член наблюдательного совета был одновременно и директором предприятия. Это означает, что контролирующим является одновременно и контролируемым лицом. Считаю, что это неправильный подход к корпоративному управлению. Несмотря на подобное представление, последнее предложение ст. 55 п. 2 того же закона как бы старается исправить данную «ошибку», указывая на то, что, в данном случае, директора *не могут* представлять большинство. Видимо, и это отзыв американизации грузинского корпоративного права, хотя в праве США данные вопросы корпоративного управления регулируются по-другому. Правда, общая фабула, согласно которой было бы возможно участие директоров в деятельности наблюдательного совета, если бы они оказались в меньшинстве, была бы вроде оправданной²⁴. Одна-

¹⁹ Однако, в связи с этим существуют разногласия. Обзор см. у Иракли Бурдули, Основы акционерного права, том первый, изд. «Меридианы», Тбилиси, 2010г., С. 142 и последующие; более подробно см.: Джугели, Защита капитала в акционерном обществе, С. 133-147.

²⁰ Законодательный Вестник Грузии, Закон от 14.03.2008г., № 5913, ст. 5 п. 9.

²¹ 14.03.2008 г.

²² В данном случае сознательно уделяется внимание грузинским причинам законодательных поправок и дополнений. Однако, обобщенно говоря, допущение возможности присуждения свободы выбора при управлении АО является одним из важнейших аспектов европейского корпоративного права. Например, в немецкой реальности предметом критики было именно ограничение такого свободного выбора, обусловленное многими аспектами. Об этом см. Чантурия, Корпоративное управление и ответственность руководителей в корпоративном праве, изд. «Самартали» (право), Тбилиси, 2006 г., С. 131-135.

²³ Данная норма закреплена в ст. 55 п. 1 Закона Грузии о предпринимателях.

²⁴ Здесь следует обращать внимание, исходя из эффективной функции корпоративного управления, на вовлечение аутсайдеров в руководство предприятием, что - несмотря на то, как распределяется внутренний баланс сил в корпорации – соответствовало бы требованиям рынка капитала.

ко грузинские законные предписания дают возможность манипуляции даже в этой ситуации. Возьмем конкретный пример: АО «Х» является субъектом предпринимательской деятельности, учрежденным на основании модели дуалистического управления. Наблюдательный совет состоит из семи, а правление²⁵ – из пяти членов. Устав определяет, что три члена правления одновременно являются членами наблюдательного совета. Исходя из того, что они в наблюдательном совете представляют меньшинство и не в состоянии иметь практическое влияние на решения совета, как коллегиального органа, данная структура корпоративного управления должна быть, вроде бы, приемлемой. Однако тут следует учитывать одно обстоятельство: вопрос касается кворума, т.е. способности принятия решений при осуществлении функций наблюдательным советом. Согласно ст. 54 п. 6 подпункту а Закона Грузии о предпринимателях, общее собрание акционеров уполномочено принимать решения об изменениях в уставе²⁶. Исходя из того, что право акционерного общества существенно регулирует взаимосвязь между меньшинством и большинством²⁷, доминирующие акционеры могут иметь решающее воздействие на деятельность наблюдательного совета²⁸, несмотря на то, будут ли представлять члены наблюдательного совета, не являющиеся директорами, право большинства голосов. В данном случае уставом были определены фундаментальные, существенные для принятия решений единогласные решения, во время которых находящиеся в меньшинстве директора имели бы право на решающий голос. Короче говоря, в данном случае и речи не может быть об эффективном корпоративном управлении, т.е. о контроле предприятия. Поэтому такие вопросы обязательно требуют нормативного и, к тому же, императивного, но в то же время целесообразного регулирования.

Следует отметить также то обстоятельство, что важные изменения претерпели в законе те нормы, которые касаются компетенций, функционирования, деятельности и процедуры созыва общего собрания. Подобно немецкому акционерному закону, прежняя редакция Закона Грузии о предпринимателях отличалась регулирующими, даже ререгулирующими нормами компетенции общего собрания, процедуры его

созыва, вопросов функционального разграничения. В этом отношении национальное акционерное право выбрало default rule, т.е. режим диспозитивного урегулирования. Компетенция общего собрания может быть частично или даже полностью передана наблюдательному совету или директорату²⁹. Подобное предписание незнакомо немецкому акционерному праву³⁰. Думаю, что формирование строгой функциональной грани между руководящими органами корпорации увеличило бы культуру корпоративного управления в грузинских предприятиях³¹, что, в конечном итоге, положительно отобразилось бы на грузинской экономике.

3. Вопросы, связанные с акциями

Согласно первой редакции закона, АО выдавало обыкновенные акции, как в качестве предъявительских, так и именных акций. Несмотря на то, что закон дословно не предусматривал выдачу привилегированных акций корпораций (наряду с обыкновенными акциями), было возможно размещение льготных, т.е. привилегированных акций до величины номинальной стоимости всех обыкновенных акций. Такие акции, как правило, не обеспечивали право голоса на общем собрании, хотя давали акционеру определенное преимущество. Например, в первую очередь, право на получение дивидендов при распределении прибыли. При ликвидации предприятия возникала возможность получения из оставшегося имущества сначала соответствующей его доли имущества, а в последствии, после его удовлетворения, удовлетворение владельцев всех остальных акций (если, конечно, после удовлетворения требований у общества оставалось какое-нибудь имущество).

В грузинском корпоративном праве одна из важнейших реформ была осуществлена в 1999 г.³² Данной реформой была предпринята попытка сближения стандартов современного акционерного права с общими стандартами европейского корпоративного права. Книга общества, в которой, наряду с другими документами, производился учет всех акций общества, была заменена реестром акций. Закон предусматривал выдачу привилегированных акций, как независимого типа ценных бумаг, вместе с обыкновенными акциями. Однако изменения затронули и форму (тип)

²⁵ Немецкий «Vorstand», именуемый в русском корпоративном праве директоратом.

²⁶ Учитывая т.н. квалифицированное большинство, если уставом не предписано ничто иное. В данном случае подразумевается, что устав в этом отношении не предусматривает других положений.

²⁷ Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären, Verlag Manz, Wien 2006, 1.

²⁸ Здесь же следует учитывать то обстоятельство, что в данном АО большинство в директорате представляет собой доминирующий акционер (в прямом смысле этого слова). Акционером и директором будет одно и то же лицо.

²⁹ Действующая редакция Закона Грузии о предпринимателях, ст. 54 п. 6, последнее предложение.

³⁰ Где компетенция органов АО резко разграничена друг от друга и конкретно расписана на законодательном уровне.

³¹ Именно ее отсутствие и является сегодня главной предпосылкой неправильного корпоративного управления обществ в Грузии и предпосылкой нерентабельной деятельности предприятий. Законодательный Вестник Грузии, Закон Грузии о предпринимателях от 09.06.1999, № 2073.

³² Законодательный Вестник Грузии, Закон Грузии о предпринимателях от 09.06.1999, № 2073.

акций, где было предписано, что АО выдает обыкновенные и привилегированные акции *исключительно в именной форме*. Данное положение закона было обусловлено несколькими факторами: попыткой сближения ценных бумаг национальных предприятий с мировым рынком ценных бумаг³³, учетом реальности Грузии того времени, согласно которой почти абсолютное большинство в учрежденных АО не выдавало ценных бумаг в предъявительской форме, и к тому же выпуск предъявительских акций был связан с определенными затратами. Помимо этого, отмена предъявительских акций, на наш взгляд, была обусловлена еще и тем, что АО имело больше механизмов контроля над кругом собственных акционеров. Выдавая именные акции, руководящие органы предприятия намного лучше и эффективнее осуществляют идентификацию и надзор над структурой акционеров, по сравнению с предъявительскими акциями. Однако и предъявительские акции имеют, по сравнению с именными акциями, свои положительные стороны: режим быстрого и простого отчуждения, быстроту инвестирования и т. д.³⁴ Если действующая редакция закона обращала особое внимание с целью создания уставного капитала АО исключительно на облигации и опциональные займы, то новый закон 1999 г. дал корпорации возможность выпуска *других ценных бумаг*, предоставив, тем самым, предпринимателю право, свободно определять формирование (увеличение) такого капитала путем различных правовых комбинаций.

Посредством данной реформы в грузинском акционерном праве, подобно европейскому корпоративному праву, появилась статья³⁵, касающаяся выкупа акций обществом. Это те случаи, когда при становлении определенных предпосылок общество обязано выкупить от акционера существующие в его собственности акции. Однако данный закон не определил институт покупки собственных акций самим предприятием. И данный пробел был восполнен дальнейшими поправками и дополнениями³⁶, предоставив грузинским АО возможность покупки собственных акций³⁷.

³³ На ведущих рынках ценных бумаг котируются исключительно именные ценные бумаги. На некоторых биржах и не допускается размещение других акций, кроме именных - например, на Нью-Йоркском рынке ценных бумаг.

³⁴ См. Бурдули, Имущественные отношения в акционерном обществе – в особенности, на стадии его формирования (на примерах грузинского и австрийского права), изд. Университета, Тбилиси, 2008 г., С. 176-177.

³⁵ Ст. 531 Закона Грузии о предпринимателях.

³⁶ Ст. 53 п. 9 Закона Грузии о предпринимателях

³⁷ Данное положение впервые появилось в грузинском корпоративном праве с Законом от 24.06.2005 (Закон № 1781). Настоящая норма является отсылкой на действующую в ЕС корпоративную директиву, касающуюся либерализации выкупа собственных акций АО. Европейский законодатель внес 06.09.2006 г. поправки и дополнения в директиву № 91 от 1977 г., либерализовав покупку собственных акций. См. в этом отношении, например, *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter, AktG*, 2008, §71, Rz. 13, о перспективах развития там же Rz. 14.

Институт покупки собственных акций играет очень большую роль в деле самокапитализации предприятий и роста рыночного курса акций.

Дальнейшими важными поправками и дополнениями³⁸, коснувшимися грузинского акционерного права, стали установление норм, регулирующих обязательное тендерное предложение и обязательную продажу акций. Статья 53² данного закона определила, что контрольный показатель, т.е. в случае владения более половины пакета акций права голоса, данный акционер или группа действующих акционеров³⁹, обязаны предложить всем остальным акционерам выкупить акции. Это, в определенной мере устанавливает правовую основу принуждения к контрагированию лица, владеющего правом голоса более чем половины акций, хотя и это вписывается в единую тенденцию развития современного корпоративного права. В данном случае, акционер с правом такого количества голосов становится обязанным сделать публичное предложение⁴⁰ другим акционерам о выкупе существующих в его собственности акций. Наряду с нормой об обязательном тендерном предложении, согласно данному закону, вступило в силу еще и положение об обязательной продаже акций⁴¹. Вопрос касался т.н. принципа *squeeze-out*⁴², вызвавшего большие волнения в обществе, в особенности в среде грузинских юристов. Данная норма была обжалована в Конституционном суде Грузии как антиконституционная норма, вследствие чего была признана антиконституционной решением от 18.05.2007г. № 2/1-370, 382, 390, 402 и 405 и отменена⁴³. Действующая в ЕС единая директива определила в 2004 г. принцип обязательной продажи акций (долей) в едином европейском правовом пространстве⁴⁴.

³⁸ Законодательный Вестник Грузии, Закон Грузии о предпринимателях от 24.06.2005, № 1781.

³⁹ На основании оформленного между ними (т.н. синдикатного) договора о «сборе голосов».

⁴⁰ Публичное предложение осуществляется на основании порядка, установленного Законом Грузии о ценных бумагах.

⁴¹ Статья 532 закона. Данное института касается ч. 2.

⁴² Институт вытеснения малых акционеров из АО, речь о котором более подробно пойдет во второй части данной статьи.

⁴³ Об этом вопросе см. в грузинской юридической литературе: Иракли Бурдули, Обязательное тендерное предложение, обязательная продажа акций: злоупотребление присвоенным акцией правом или обязательная предпосылка развития рынка капитала?! Журнал «Мартлмсаджуба» (Правосудие), № 2, 2007 г., С. 10-29. Отстаиваемая мною в то время точка зрения в определенной степени изменилась со временем. Поэтому, относительно режима обязательной продажи акций во втором томе книги будут представлены разные подходы, которые могут отличаться от представленных раньше позиций.

⁴⁴ Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABL 2004 L 142-12, указывая на *Pohlmann, Rechtsschutz der Aktionäre der Zielgesellschaft im Wertpapiererwerbs- und Übernahmeverfahren*, ZGR 1/2007, 5.

На государства-члены ЕС было возложено обязательство внедрения данного принципа до 2006 г. в национальные законодательства⁴⁵. Как видно, именно это и послужило причиной того, что грузинский законодатель не смог «смириться» с отменой данной статьи, заново установив по новому закону⁴⁶ принцип обязательной продажи акций в ст. 53⁴ Закона Грузии о предпринимателях. Совершенно по-новому сформулирован вопрос (механизм) определения справедливой цены акций, вызвавший во время процесса в Конституционном суде Грузии самый большой интерес. При определении справедливой цены на акции суд был оснащен очень важной функцией. Гражданский Кодекс Грузии был расширен дополнительной главой, предписавшей процедуру обязательной продажи акций.

Еще о двух важных поправках и дополнениях, на которые стоит обратить внимание:

4. Принятие решений без созыва собраний

Согласно Закону Грузии о предпринимателях, решения принимаются имеющим право голоса 75%-ым большинством, без созыва общего собрания. В данном случае протокол равносителен собранию. Данная поправка означает, в определенной степени, вмешательство в корпоративные права акционера, ограничивая их. Это суждение вытекает из тех индивидуальных прав, которые обусловлены акциями всех видов. Это определенный и неизменный принцип акционерного права.

4.1 Индивидуальные права

В корпоративном праве в правах управления различают, по традиции, между индивидуальными правами и правами меньшинства. Индивидуальные права акционеров обеспечены, независимо от того, владельцем какого количества акций будет партнер в обществе и каким процентным показателем (права голоса) будет он обладать в данной корпорации. Т. е. для каждого акционера обеспечены установленные законом права, которые он имеет, независимо от процентного показателя участия в корпорации⁴⁷.

4.2 Право участия в общем собрании как связанное с собранием право⁴⁸

Среди индивидуальных прав следует выделить право на участие в общем собрании. Право на участие в общем собрании является корпоративно гарантированным и декларированным правом, отбирание которого у партнеров общества недопустимо⁴⁹. Право участия в общем собрании не урегулировано на законодательном уровне⁵⁰. Данное право является неписанным правом⁵¹. Закон⁵² четко не предписывает возможность применения акционером данного права, однако это вытекает из статуса акционера, как члена корпорации⁵³. Поэтому бытует единое мнение, что право на принятие участия в общем собрании вытекает из единства полномочий членства, и не обеспечено ничем другим⁵⁴. Для права принятия участия в общем собрании не важен вопрос о том, акциями какого класса владеет партнер предприятия. Каждая акция⁵⁵ обеспечивает акционеру данные права. К тому же, акционер обладает правом участия, независимо от процентных показателей. Данное право обеспечивает принятие участия в общем собрании. Поэтому это относится к *категории полномочия*, а не к обязанностям акционера⁵⁶.

⁴⁸ Т.н. Das versamlungsgebundene Recht.

⁴⁹ Исключение из этого правила предусматривает немецкое акционерное право, по которому недопустимо осуществление прав из акций (т.е. акции не обеспечивают никаких прав, например, скрытие информации, владение собственными акциями при ограничении прав в случае двустороннего участия предприятий). Это случаи, предусмотренные и точно предписанные Федеральным акционерным Законом и Законом о рынке ценных бумаг (AktG §§ 20 VII, 71b, 328 I; WpHG § 28). См. Reger in Bürgers/Körber, AktG, §118 Rn. 7; Schneider in Heinz-Dieter Assmann/Uwe H. Schneider (Hrsg.), WpHG, 4. Auf., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, § 28 Rz. 9 ff; Kremer/Oesterhaus in KK-WpHG, §28 Rn. 32 ff.

⁵⁰ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, (2010), S. 64. Несмотря на то, что грузинское акционерное законодательство не предусматривает четко в таких случаях возможность «отбирания» права на участие в собрании, думаю, что в результате толкования немецкого права подобный подход должен быть внедрен и в грузинское право. Это стало бы результатом логического развития анализа норм.

⁵¹ В немецком праве. Однако, в результате анализа национального законодательства, можно сделать вывод, что Закон о предпринимателях определяет на законодательном уровне право участия. В данном случае подразумевается ст. 54 п. 1 закона.

⁵² В данном случае речь идет как о немецком, так и о грузинском законодательстве.

⁵³ Maul in Müller/Rödter (Hrsg.), Beck'sches Hdb. der AG, §4 Rn. 36.

⁵⁴ MünchKomm AktG/Kubis §118 Rn. 37; Münch. Anw.-Hdb. AktR/Sudmeyer §10 Rn. 113. Указывая на: Jannot/Hagemann in Henn/Jannot/Hagemann (Hrsg.), Hdb. des Aktienrechts, (2009), 74.

⁵⁵ Будет или нет у него право голоса (как правило, обыкновенные или привилегированные).

⁵⁶ MünchKommAktG/Kubis, 2. Auf., (2004), §118 Rn. 52.

⁴⁵ Gotschev/Staub, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch squeeze out merger gemäss Fusionsgesetz, GesKR 2006, S. 265. В общем европейском контексте в этой связи см. подробнее у Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auf., Verlag C. H. Beck, München 2006, 343-347.

⁴⁶ Законодательный Вестник Грузии, 11.07.2007г., Закон № 5285.

⁴⁷ Jannot/Hagemann in Henn/Jannot/Hagemann (Hrsg.), Hdb. des Aktienrechts, (2009), 74.

Соответственно, в отличие от других лиц⁵⁷, на акционера не может быть возложена обязанность участия в собрании.

Право принятия участия в общем собрании охватывает и право *присутствия*, которое подразумевает право *задавать вопросы и делать заявления*⁵⁸. Эти права акционера, как правило, будут реализованы на общем собрании акционеров, ибо они непосредственно связаны с предусмотренными порядком дня вопросами. Поэтому нецеленаправленное и непредметное применение этих прав может также зависеть от содержащих определенные санкции последствий⁵⁹. Очень важно, что право участия в собрании намного обширнее, чем право голоса. Правда, право голоса непосредственно связано с правом участия в собрании⁶⁰, хотя последнее является независимым правом, не вытекающим из права голоса. Поэтому, можно сказать, что право участия в общем собрании охватывает также и право голоса. Хотя возможно, акционер может не иметь права голоса, но никто не вправе отобрать у него право высказывать мнения и задавать вопросы (также делать заявления)⁶¹. Принятие участия в собрании не может быть ограничено уставом общества⁶². Наличие такого положения в уставе влечет за собой его недействительность. Право принятия участия в общем собрании акционеров не является правом «высшего персонального характера»⁶³, применение которого не зависит существенно от личности независимого участника⁶⁴. Поэтому юридическое право участия лицо (акционер) может передать сво-

ему представителю по сделке⁶⁵. Сам представитель, конечно же, не сможет воспользоваться статусом акционера, имея эти права от имени партнера общества, упомянутые выше индивидуальными правами акционера. Факт, что и представитель может воспользоваться правом участия в собрании, вытекает из ст. 134 п. 3⁶⁶ и ст. 135⁶⁷ Федерального акционерного Закона, из возможности передачи⁶⁸ права голоса⁶⁹. Подобное содержание определяет Закон Грузии о предпринимателях, в частности, последнее предложение ст. 54 п. 3, согласно которому представительство допустимо в работе общего собрания акционеров на основании письменной доверенности. Право участия в общем собрании зависит от факта регистрации собственника акций в Реестре. Это прямо предусмотрено немецким акционерным законодательством⁷⁰. Правда, Закон о предпринимателях закрепляет то же самое, однако между соответствующим положением немецкого акционерного закона и первым предложением ст. 51 п. 2 Закона о предпринимателях все же существует определенная разница. Данное положение национального законодательства содержит следующее: «Право собственности акционера на акцию подтверждается внесением акций АО в Реестр или записью номинального владельца». Эта норма распространяется на конституционный факт права собственности. Здесь нет и речи о том, по отношению к кому рассматривается акционером приобретатель акций: перед обществом или перед третьим лицом. Запись в немецком законе более конкретизирует данную обстановку, говоря, что в отношениях с обществом акционером рассматривается только тот, кто зарегистрирован в Реестре акций⁷¹. Соответственно, в результате толкования немецкого и грузинского законов⁷² бытует мнение, что право участия в собрании может быть проверено фактом наличия записи в Реестре, т.е. акционер (или его представитель) примет участие в общем собрании после того, как записью будет подтверждено наличие факта регистрации в Реестре акционеров собствен-

⁵⁷ Как, например, директор (член правления), член наблюдательного совета, член совета управляющих. Для этих лиц немецкое акционерное право прямо предусматривает обязанность присутствия (участия) в собрании (AktG §118 Abs. 3, Satz 1). Поэтому, в отличие от акционеров, акционерное право на законодательном уровне предусматривает обязанность участия для лиц, оговаривая, при этом, что уставом могут быть предусмотрены случаи, когда их участие допустимо посредством электронных (телерадиовещание) СМИ (AktG §118 Abs. 3, Satz 2). Например, Hüffer, AktG, 9. Auf., (2010), §118 Rn. 10; Reger in Bürgers/Körber, AktG, §118 Rn. 8.

⁵⁸ Mayer in Manz/Mayer/Schröder, Die Aktiengesellschaft, (2010), 201.

⁵⁹ Например, отбирание у акционера права слова и право на исключение его из зала заседаний.

⁶⁰ Zöllner in KK-AktG, (1985), §118 Rz. 18.

⁶¹ Как уже было сказано, кроме определенных исключений.

⁶² MünchKommAktG/Kubis, (2004), §118 Rn. 54.

⁶³ Hoffmann in Spindler/Stilz, AktG, §118 Rn. 13.

⁶⁴ В общем акционерном праве делают различие между общими и особыми нормами применения (передача) третьим лицом права голоса. Такое деление не является законодательным делением, хотя оно установлено в юридической литературе. Общие нормы применения (передача) третьим лицом (представитель) права голоса обращают внимание на ежедневные случаи применения данного права, тогда как особые положения применяются лишь в специальных (и в определенной степени, точно предусмотренными законом лицами) случаях. Ruoff, Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System. Stimmrechtsausübung durch Intermediäre in Aktionärsversammlungen – Deutschland, Schweiz und USA im Rechtsvergleich, Verlag V. Florenz GmbH, München 1999, 15.

⁶⁵ Данный институт в Германии имеет свою традицию и историю (Об историческом развитии и эволюции см. Körber, Das Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute, Berlin, 1989, 20-21; Püttner, Das Depotstimmrecht der Banken, Berlin, 1963, 15-17). Еще известный юрист Рэнно в 1875г. В своем учебнике «Акционерное право» сформулировал соображение, что «сделочно-правовое представительство вполне допустимо на собрании акционеров». Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. vermehrte und verbesserte Auf., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1875, 467.

⁶⁶ Право голоса может быть осуществлено уполномоченным лицом.

⁶⁷ Осуществление права голоса кредитными институтами и дееспособными представителями.

⁶⁸ Представительство права голоса.

⁶⁹ Hoffmann in Spindler/Stilz, AktG, §118 Rn. 13.

⁷⁰ AktG § 67 Abs. 2, Satz 1.

⁷¹ В обществе акционером считается только зарегистрированное в Реестре акций лицо (AktG §67 Abs 2, Satz 1).

⁷² Несмотря на незначительные различия.

ника акций и конституционной легитимации. Акции могут принадлежать двум или большему количеству лиц с правом собственности. Например, акция, зарегистрированная в Реестре акционеров, является собственностью супругов. Согласно ст. 51 п. 2 Закона Грузии о предпринимателях, возникает вопрос: обеспечено ли участие в общем собрании для обоих или оно охватывает определенные ограничения? По немецкому праву, данное право имеет *исключительно их представитель*, а не каждый из них в отдельности⁷³. Соответственно, т.н. правом участия может воспользоваться только представитель. Здесь очень важным является то обстоятельство, что упомянутая выше позиция закреплена в ст. 69 ч. 1 Федерального акционерного Закона⁷⁴. Данной записи, к сожалению, нет в Законе Грузии о предпринимателях. Поэтому перенос аргументации в грузинское правовое русло будет крайне сложным. На мой взгляд, в грузинском праве никто не вправе запретить акционерам пользоваться данным правом на общем собрании, несмотря на то, что они уполномочены иметь единого представителя на общем собрании. Такая аргументация может быть упрощена следующим образом: согласно гражданско-процессуальному законодательству Грузии, стороны и их представители уполномочены принимать участие в процессе. Однако участие представителя вовсе не исключает, что само представленное лицо (которое, возможно, присутствует в производстве) принимает участие и пользуется, например, правом слова, вопроса и т.д.

5. Отмена обязательства ведения протокола собрания

Отменена обязанность ведения протокола во время общего собрания, ранее предусмотренная законом. Думаю, что и это серьезный пробел, поскольку могут возникнуть многие процессуально-правовые, в том числе, связанные с бременем доказывания, проблемы.

6. Вместо выводов

Подводя итог, можно сказать, что со дня принятия Закона Грузии о предпринимателях в него вошло много поправок и дополнений. Оглянувшись назад, можно сказать, что эволюцию (современного) грузинского корпоративного права можно разделить на два этапа: с 1994 г. до 2008 г. и с 2008 г. по сегодняшний день. Сложно сказать, на какую именно

модель – немецкую или американскую – похоже грузинское национальное право. В этом отношении, на мой взгляд, грузинское право сформировалось, как институт на основании синтеза двух систем. Однако, определение правильных направлений его развития должно быть самым приоритетным для страны. В этом отношении было бы желательно, если бы грузинское корпоративное право взяло бы курс развития на европейское право. Несмотря на то, что Грузия не является государством-членом Евросоюза, страна все же имеет определенную обязанность приведения национального законодательства в соответствие с европейскими директивами. Поэтому актуальность исследования немецкого и, тем более, европейского акционерного права, лишней раз подтверждает право на его безусловное существование. Надеюсь, что дискуссия об этом приобретет со временем среди грузинских юристов все более активный характер.

IV. Squeeze out – обязательная продажа акций

1. Введение

Согласно поправкам от 24.06.2005 г. в Законе Грузии о предпринимателях, в Закон была добавлена статья 53³, которая определяла принцип обязательной продажи акций в акционерном обществе. По решению Конституционного суда Грузии от 18.05.2007 г. №2/1-370, 382, 390, 402, 405, данная норма была признана антиконституционной. Однако, спустя некоторое время Парламент Грузии снова принял по содержанию тот же, но в процедурном отношении отличающийся порядок. Новая норма еще раз была обжалована в Конституционном суде Грузии. Дело не дошло до разбирательства по существу, что послужило основой сохранения данной нормы в Законе о предпринимателях. Со дня принятия данного предписания по сей день в юридическом обществе идет бесконечная дискуссия о частноправовом и публично (конституционно) правовом соприкосновении данного института. Поэтому в данной части настоящего доклада внимание будет уделено этому вопросу.

2. Исторический обзор

Обязательная продажа акций не чужда многим западным странам. Еще в Великобритании «Закон о компаниях»⁷⁵, принятый в 1985 г., определил «существенные правовые основы исключения находящихся

⁷³ Mayer in Manz/Mayer/Schröder, Die Aktiengesellschaft, (2010), 203.

⁷⁴ Если акция принадлежит нескольким уполномоченным лицам, тогда они могут воспользоваться правами их акций исключительно через представителя (Steht eine Aktie mehreren Berechtigten zu, so können sie die Rechte aus Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben).

⁷⁵ Companies Act.

в меньшинстве акционеров»⁷⁶. Именно это и является тем центральным институтом, посредством которого в Великобритании исключаются из общества находящиеся в меньшинстве акционеры⁷⁷. До этого в 70-ые годы прошлого столетия в Швеции были внесены поправки и дополнения в Закон о юридических лицах, согласно которым партнеры, владеющие более 90% голосов, получили право на вытеснение из общества находящихся в меньшинстве акционеров путем обязательной продажи долей. Именно в Швеции этот вопрос впервые на европейском континенте был обжалован в судебном порядке. Жалоба была также подана в Европейский суд по правам человека. Однако, суд не принял и не рассматривал по существу данное дело, ввиду чего в требовании было отказано по определению суда. «Вытеснение» находящихся в меньшинстве акционеров⁷⁸ знакомо также праву «государств-членов» США⁷⁹.

Для стран Евросоюза правовые основы вытеснения из общества находящихся в меньшинстве акционеров были внедрены по Директиве о слиянии и поглощении предприятий от 2004 г. В свою очередь, до 20.05.2006 г. данный принцип должен был быть внедрен в национальные законодательства государств-членов Евросоюза⁸⁰. Подобные нормы возникли также сравнительно недавно и в немецкоязычных странах, как Германия, Австрия. Согласно Закону Германии о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий от 2002 г. и поправкам и дополнениям в акционерном Законе Германии, в Германии впервые был определен институт вытеснения из общества находящихся в меньшинстве акционеров⁸¹. Что же касается Австрии, то вступивший в 1999 г. в силу Закон о контроле предприятий не предусматривал вытеснения из общества находящихся в меньшинстве акционеров. Однако, как уже отмечалось выше, согласно осуществленным в 2006 г. реформам, данный принцип был внедрен и в Австрии. В частности, Закон об исключении из общества находящихся в меньшинстве акционеров⁸², принятый в 2006 г., сделал возможным исключать из общества миноритарных партнеров.

3. Контрольная грань, обязательная для исключения из общества находящихся в меньшинстве акционеров (партнеров)

Согласно Директиве Евросоюза об овладении и поглощении предприятий, для государств-членов Евросоюза были установлены контрольные показатели для исключения из общества малых акционеров величиной как минимум в 90% долей из владеющих в обществе правом голоса⁸³. Соответственно, государствам-членам было присуждено полномочие повышения данной контрольной грани⁸⁴. Именно это обеспечивает ст. 15 Директивы Евросоюза о приобретении и поглощении предприятий.

Для т.н. squeeze out⁸⁵ немецкое законодательство предусматривает минимум 95%-ый контрольный показатель (участие), т.е. для вытеснения из общества малых акционеров в немецком законодательстве определено 95%-ое долевое участие в обществе. Именно это и закреплено в Законе Германии о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий⁸⁶. Для того, чтобы существовала полная правовая основа вытеснения из общества находящихся в меньшинстве акционеров, лицо должно владеть как минимум 95% имеющего право голоса уставного капитала. Именно после этого доминирующий акционер уполномочен потребовать от общества исключения малых акционеров.

Институты обязательного тендерного предложения и исключения находящихся в меньшинстве акционеров тесно взаимосвязаны между собой. Обязательное тендерное предложение должно обеспечить также полномочие доминирующих акционеров по вытеснению находящихся в меньшинстве акционеров. Поэтому бытует мнение, что новый закон о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий должен дать полномочие доминирующим акционерам, завладеть долевым участием меньшинства посредством оплаты наличными⁸⁷. Предлагатель, который посредством публичного предложения подчинил целевое предприятие (общество) абсолютному господству, интегрировав его таким образом, имеет, в первую очередь, финансовый интерес полностью (абсолютно) контролировать данное предприятие⁸⁸. Можно сказать, что интерес абсолютного, неограниченного

⁷⁶ Представительство права голоса.

⁷⁷ Gotschev/Staub, GesKR 2006, 268.

⁷⁸ Исключение находящихся в меньшинстве акционеров именуется еще и вытеснением, выдворением. Думаю, что слово «вытеснение» лучше всего соответствует положению находящихся в меньшинстве акционеров при их выходе, исключении из общества. Понятия «вытеснение» и «выдворение» имеют равноправное значение. Поэтому оба термина будут использоваться в настоящем докладе.

⁷⁹ Gotschev/Staub, GesKR 2006, 268 ff.

⁸⁰ Gotschev/Staub, GesKR 2006, 266.

⁸¹ Schuster, Feindliche Übernahmen, 48-49; Gotschev/Staub, GesKR 2006, 267.

⁸² BGBl. I Nr. 75/2006.

⁸³ См. Gotschev/Staub, GesKR 2006, 266.

⁸⁴ Gotschev/Staub, GesKR 2006, 266.

⁸⁵ Именно это и является термином, которым выражается исключение из общества находящихся в меньшинстве акционеров.

⁸⁶ §39a Abs. 1 WpÜG. Именно это и толкует немецкое законодательство. См. Moritz, 'Squeeze out~: Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§327a ff AktG, 1. См. доступно на следующем сайте: http://www.unil.ch/cyberdocuments/pratique/acces/droit/AB_Moritz_all.pdf [10.08.2009].

⁸⁷ Schiessl, AG 1999, 451.

⁸⁸ Gotschev/Staub, GesKR 2006, 265.

контроля предприятия доминирующим акционером следует и в данном случае рассматривать в единстве с интересами миноритарных акционеров. Необходимо учитывать то обстоятельство, насколько имеет смысл (или не имеет смысла) оставаться находящемуся в абсолютном меньшинстве акционеру в концерне приобретателя. Насколько «жизнеспособным» будет его участие в этом предприятии? Какими реальными возможностями он будет владеть в данном обществе против воли абсолютного большинства? Именно это является одним из основных аргументов урегулирования данного института на законодательном уровне. Вытеснение из общества находящегося в меньшинстве акционера допустимо исключительно в случае оплаты соответствующей справедливой цены акций⁸⁹. Соответственно, считается, что миноритарный акционер сможет спасти свое имущество⁹⁰, получая справедливое и разумное возмещение⁹¹. В случае, если он останется в обществе, он может оказаться в режиме полного «блокирования». Единственный интерес, который может иметь находящийся в меньшинстве акционер, это то, чтобы акции принесли ему имущественную пользу. Говоря иначе, миноритарный акционер стремится получить особо большое количество дивидендов, а возможность получения дивидендов вообще может быть заблокирована решением общего собрания⁹². Данное решение находящийся в меньшинстве акционер не в состоянии изменить. Получается, что он не участвует ни в управлении предприятием (возможность управления предприятием предоставляется ему, всего лишь, гипотетически), не получая также, например, дивидендов. В таком случае, какой другой интерес должен иметь малый акционер, оставаться в обществе? Поэтому юридический институт вытеснения меньшинства из общества льет воду не только на мельницу доминирующего акционера, но и защищает находящегося в меньшинстве акционера, ибо он получает справедливое возмещение из выраженного в акции чистого капиталовложения. Короче

говоря, признано, что данный принцип справедлив. Если миноритарный акционер никак не может справиться с абсолютным «правителем», не извлекая, при этом никакой пользы, законодатель предоставляет ему возможность спасти свою собственность. Однако вопрос следует поставить следующим образом: является ли это единственным путем спасения имущества? В акционерном праве закреплен принцип свободного отчуждения акций (кроме некоторых исключений⁹³), предоставляющий возможность отчуждения собственных акций и получения соответствующего возмещения. Соответственно, находящийся в меньшинстве акционер имеет право дожидаться развития предприятия и еще более прибыльно продать собственные акции⁹⁴. Получается, что возможность, предоставляемая законодательством в виде squeeze out, не является единственным путем спасения имущества. Здесь следует учитывать то обстоятельство, что желает сам находящийся в меньшинстве акционер: продать акции или оставаться в обществе? При обязательном тендерном предложении меньшинство всегда находится в более выгодных условиях, поскольку он и сам имеет возможность предвидеть степень ликвидности собственных акций и сделать выбор: либо продать предлагателю акции, либо остаться в обществе. При вытеснении он теряет возможность субъективного, независимого выбора. Он должен безоговорочно уступить имущество, но только за счет разумного возмещения. Поэтому, в данном случае, и речи быть не может о получении самостоятельного (а не ввиду обстоятельств дела принудительного) решения находящимся в меньшинстве акционером. Но ведь корпоративное право является правом, ориентированным на свободное решение лиц? Ведь и долевое участие или неучастие в обществе является также результатом свободного выбора? Поэтому может быть справедливым вопрос: не посягает ли данный принцип на пределы свободы?

4. Squeeze out как явление, стимулирующее капиталовложения

Согласно законодательству Германии, существует двоякая возможность вытеснения из общества находящихся в меньшинстве акционеров: одна, обеспеченная Законом Германии о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий⁹⁵, и другая – предусмотренная акционерным законом⁹⁶. В первом случае предлагатель подает заявление об отчислении (в Земельный суд Франкфурта на Майне), вытесняя судебным решением находящегося в меньшинстве акцио-

⁸⁹ Schiessl, AG 1999, 451.

⁹⁰ То обстоятельство, что акция представляет собой определенное имущество, является господствующим мнением. Вопрос, представляет ли собой акция имущество, стало предметом обсуждения в 1979 г. Европейского Суда по правам человека, когда гражданами Швеции было обжаловано решение об «отбирании» принадлежащих им 10%-ых акций в одном из крупнейших универмагов Стокгольма. В 1977 г. в Швеции был принят новый Закон о юридических лицах, предоставивший владельцам 90% акций компании возможность исключения из общества миноритарных акционеров. В данном случае комиссия обсудила также вопрос о том, являются ли акции имуществом (с точки зрения их правовой категории), сделав вывод, что акции представляют собой имущество. См. по данному вопросу Бохашвили, Прецедентное право Европейского Суда по правам человека, 2004 г, С. 371.

⁹¹ В большинстве случаев данное возмещение выше рыночной цены акций.

⁹² BGBl. I Nr. 75/2006.

⁹³ Например, согласие на отчуждение, т.е. винкулирование.

⁹⁴ См. Gotschev/Staub, GesKR 2006, 266.

⁹⁵ §39a ff WpÜG.

⁹⁶ §327a ff AktG.

нера из предприятия (общества)⁹⁷. Показатель большинства, являющийся требованием Закона Германии о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий, ориентируется на предпосылки акционерного закона⁹⁸. Что же касается самого акционерного закона, то и в него вошли поправки и дополнения⁹⁹ и определен институт вытеснения малых акционеров¹⁰⁰. В данном случае доминирующий акционер требует созыва общего собрания акционерного общества (созываемое правлением)¹⁰¹. Именно на общем собрании будет поставлен вопрос о вытеснении из общества находящихся в меньшинстве акционеров. Что касается перехода принадлежащих находящимся в меньшинстве акционерам акций в руки доминирующего акционера – для этого необходима регистрация обязательного решения общего собрания. Поэтому считается, что принятое общим собранием решение «переводит процесс вытеснения акционеров на урегулированную корпоративно-правовую платформу»¹⁰². Это обуславливает высокую вероятность полезной публичности находящихся в меньшинстве акционеров¹⁰³. Соответственно, возможность защиты для оказавшихся в меньшинстве акционеров обуславливает и их членство в обществе, предоставляя, тем самым, полную основу для оспаривания неправильного (неправильно принятого) решения общего собрания¹⁰⁴. Акции, находящиеся ранее во владении малых акционеров, оказываются после регистрации решения в руках доминирующего акционера. Соответственно, теряет силу и биржевое котирование упомянутых акций¹⁰⁵.

Здесь же крайне интересно вкратце коснуться и австрийского законодательства, предусматривающего 90%-ый контрольный показатель для вытеснения из общества миноритарных партнеров¹⁰⁶. Важно

также отметить, что австрийское право не содержит отдельных норм вытеснения из акционерного общества находящихся в меньшинстве акционеров, как это, например, предусмотрено немецким законодательством¹⁰⁷. Несмотря на то, что Закон Австрии об акционерных обществах не содержит таких специальных предписаний, существует единый закон, распространяющийся не только на акционерные общества, но и на общества с ограниченной ответственностью¹⁰⁸. Поэтому в законодательстве Австрии употребляется и толкуется термин «основной партнер»¹⁰⁹. Для исключения из общества находящихся в меньшинстве акционеров необходимо решение общего собрания партнеров акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью о вытеснении из общества оставшихся партнеров¹¹⁰. Мы видим, что Закон Грузии о предпринимателях определяет, в отличие от законодательства Австрии, право вытеснения малых акционеров исключительно из акционерного общества¹¹¹. Подобной возможности грузинское законодательство не предусматривает для предпринимательской деятельности обществ другого капитального типа (ООО). Это, наверное, было обусловлено тем, что целью законодателя при внесении поправок и дополнений в Закон Грузии о предпринимателях, в основном, было преобразование гибридных акционерных обществ в функционирующие и здоровые общества с ограниченной ответственностью. Представители правительства Грузии утверждали в Конституционном суде Грузии, что большинство грузинских предприятий было сформированы именно акционерными обществами вследствие их разобществления (приватизации). Они не получили реальных капиталовложений и, исходя из этого сформировались в форме гибридных образований. Однако, в Конституционном суде это обстоятельство не смогло быть подтверждено, о чем суд совершенно справедливо отметил: «не оправдана разработка единого подхода к акционерному обществу в том смысле, что необходимо преобразование всех гибридных, искусственно созданных предприятий в общества с ограниченной ответственностью. Какая именно организационно-правовая форма является эффективной для данного общества, следует решать в конкретном случае. Причиной безуспешности определенных акционерных обществ является не их организационно-правовая форма, а несуществование эффективного и обдуманного управления данными

⁹⁷ См. Merkt, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung in Berlin am 10. Mai 2006 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Freiburg 2006, 17. Это доступно на сайте: [http://www.jura.uni-augsburg.de/prof/moellers/materialien/materialdateien/\[03.09.2009\]](http://www.jura.uni-augsburg.de/prof/moellers/materialien/materialdateien/[03.09.2009]).

⁹⁸ Merkt, Schriftliche Stellungnahme, 17.

⁹⁹ 01.01.2002г. в виде пар. 327а и последующих параграфов.

¹⁰⁰ Moritz, `Squeeze out~, 1.

¹⁰¹ Moritz, `Squeeze out~, 5.

¹⁰² Moritz, `Squeeze out~, 5.

¹⁰³ Moritz, `Squeeze out~, 5.

¹⁰⁴ Moritz, `Squeeze out~, 5.

¹⁰⁵ Moritz, `Squeeze out~, 5. Поэтому принимается во внимание в качестве предшествующей стадии squeeze out т.н. делистинг (прекращение котирования акций), т.е. прекращение котирования акций на биржах ценных бумаг. Schiessl, AG 1999, 452. Однако делистинг значительно посягает на экономические интересы малых акционеров, отбирая у акций их оборотоспособность. Schiessl, AG 1999, 452. Поэтому необходимо особенно прозрачно осуществлять данный процесс, с тем, чтобы максимально защищать интересы меньшинства.

¹⁰⁶ Данное обстоятельство обеспечено § 1 абз. 2 Закона Австрии об исключении партнеров. Для выдворения из общества малых партнеров основной партнер должен владеть в момент принятия решения как минимум 90% уставного капитала. § 1 Abs. 2 GesAusG.

¹⁰⁷ §327a ff AktG.

¹⁰⁸ §1 Abs. 1 GesAusG. В немецком праве вытеснение меньшинства допустимо исключительно из акционерных обществ. Поэтому со вступлением в силу Закона Германии о приобретении ценных бумаг и поглощении предприятий возникла самостоятельная возможность исключения из общества находящихся в меньшинстве акционеров. Hirte, Einführung, XXI.

¹⁰⁹ §1 Abs. 1 GesAusG.

¹¹⁰ §1 Abs. 1 GesAusG.

¹¹¹ Ст. 534 Закона Грузии о предпринимателях.

предприятиями»¹¹². Если рассматривать нормы, регулирующие исключение из общества акционеров в качестве обусловленного развитием рынка капитала обязательного элемента, то было бы совершенно естественно внедрить принцип squeeze out не только по отношению к акционерным обществам, но и в отношении обществ с ограниченной ответственностью. Тот факт, что предлагатель занимает статус и место основного (контролируемого) акционера в целевом предприятии впоследствии обязательного тендерного предложения, дает ему определенный стимул к осуществлению больших инвестиций в предприятии. Данный принцип знаком в экономике как синергический эффект. Соответственно, ожидание и надежда на полный, абсолютный контроль предприятия дают возможность к осуществлению большего количества инвестиций в общество. Данное обстоятельство следует положительно оценивать в общеэкономическом смысле. Именно поэтому существует определенная взаимосвязь между обязательным тендерным предложением и вытеснением акционера. Данная взаимосвязь вытекает именно из экономических целей, поскольку у доминирующего акционера, в принципе, при обязательном тендерном предложении по достижении контрольных показателей и после осуществления инвестиций, остается единственное желание: абсолютно подчинить себе предприятие (для чего он заплатит больше денег). Данным правом он обладает благодаря возможности вытеснения партнеров. Поэтому было высказано соображение о том, что «должно быть создано допустимое в конституционно-правовом отношении пространство для проявления предпринимательских инициатив»¹¹³. Именно такая свобода осуществления предпринимательской деятельности должна быть рассмотрена в качестве предпосылки, толкающей инвестора к капиталовложению¹¹⁴. Поэтому, если в свое время в ст. 53³ Закона Грузии о предпринимателях было заложено исключительно желание инвестирования, то подобная оговорка должна была быть распространена и на общества с ограниченной ответственностью. Почему не должен получать (основной) партнер другого предприятия такой же стимул для инвестирования? Однако, этот пробел в определенной степени был заполнен посредством нововведений данного принципа на законодательном уровне. После проверки и установления справедливой цены в судебном порядке данный вакуум был восполнен. Если проследить за развитием процесса в Конституционном суде Грузии (рассматривался вопрос отмены ст. 53³), то можно наглядно

убедиться в том, что для авторов конституционного иска¹¹⁵ решающее значение имел выкуп их акций за справедливую (а не за необъективно низкую) цену. В общем выявляется четкая тенденция того, что при обязательной продаже решающее значение имеет заплаченная за акции справедливая цена.

Вообще, сравнивая между собой европейские и грузинские стандарты поглощения и овладения предприятиями, в принципе, можно увидеть похожее желание: создание прозрачных, транспарентных рамочных условий при поглощении предприятий, предоставление равных условий партнерам и создание такой возможности привлечения капитала, которая ставит своей целью улучшение общего экономического климата страны. Поэтому следует приветствовать стремление властей Грузии к гармонизации европейского права. Однако, необходимо учитывать и грузинскую реальность, без которой, наверное, невозможно себе представить внедрение данных стандартов в национальное законодательство. Развитие рынка капитала является одним из основных стимулирующих факторов. При этом крайне важен экономический анализ данной нормы, т.е. экономический анализ права, в результате чего можно было бы установить, насколько приемлемым и эффективным оказалось принятие данной статьи Закона Грузии о предпринимателях для грузинского корпоративного права и улучшения экономического климата в стране.

Последней «проблемой», на которую стоит обратить внимание, является:

5. Необходимость обоснования цели выкупа

Одним из важнейших вопросов, касающимся вытеснения находящихся в меньшинстве акционеров из АО, является выявление содержательной и целевой стороны обоснования доминирующим акционером заявления о выкупе и, соответственно, исключении данных акционеров. В данном случае вступают в коллизию последнее предложение ст. 53³ п. 3 Закона Грузии о предпринимателях¹¹⁶ и положение ст. 309⁹ ч. 2 Гражданско-Процессуального Кодекса Грузии. Вопрос нельзя ставить следующим образом: необходимо ли доминирующему акционеру указывать на материальные причины выкупа, т.е. почему он нуждается в акциях, принадлежащих находящимся в меньшинстве акционерам. Как следует понимать саму запись в Законе о предпринимателях – *причины выкупа* – формально или содержательно? В формальном отношении причиной может быть то, что доминирующий акционер овладел более 95% капитала с правом голоса.

¹¹² Решение Конституционного суда Грузии №2/1-370,383,390,-402,405, 18.05.2007, 29.

¹¹³ Weber-Rey/Schütz, Zum Verhältnis von Übernahmerecht und Umwandlungsrecht, AG 2001, 330.

¹¹⁴ Weber-Rey/Schütz, Zum Verhältnis von Übernahmerecht und Umwandlungsrecht, AG 2001, 330

¹¹⁵ Подразумеваются малые акционеры нескольких крупных предприятий.

¹¹⁶ «Заявление должно содержать информацию о причинах, условиях и процедурах выкупа».

Соответственно, закон автоматически предоставляет ему право на выкуп акций от миноритарных партнеров. В материальном (мотивационном) отношении, мажоритарный акционер должен быть обязан, назвать в заявлении реальные причины выкупа, например, для синергического эффекта, для осуществления дополнительных инвестиций и т.д. Однако, гражданско-процессуальное законодательство Грузии не ставит подобных требований доминирующим акционерам. Таким образом данная процедура¹¹⁷ подвергается судебному фильтру. Для доминирующего акционера отпадает необходимость содержательного обоснования выкупа перед судом¹¹⁸, что автоматически означает необязательность материального обоснования его требования. Тем не менее, было бы целесообразно требовать краткое обоснование, в котором были бы представлены реальные намерения находящихся в большинстве акционеров и стало бы ясно, соответствует ли применение данной нормы целям развития реальной рентабельности общества. Одним из аргументов, ввиду чего данный институт не был бы признан антиконституционным, является именно этот.

6. Вместо выводов

В связи со второй частью данной статьи следует отметить, что многим странам знакома возможность вытеснения из АО находящихся в меньшинстве акционеров. В этом отношении Грузия не отстает от современных тенденций, что действительно следует приветствовать. Однако для того, чтобы окончательно убедиться в целесообразности принятия данной нормы и в ее экономической эффективности, необходим экономический анализ этой нормы, который смог бы наглядно представить, какие реальные экономические последствия наступили после ее принятия и какие перспективы намечаются.

¹¹⁷ Учитывая также первый процесс в Конституционном суде Грузии, во время которого суд признал данную норму неконституционной.

¹¹⁸ Именно так ведется рассмотрение дела в суде первой инстанции.

Управление обществ с ограниченной ответственностью в Армении

В статье обсуждается регулирование управления обществ с ограниченной ответственностью в Республике Армения. Общества с ограниченной ответственностью представляют собой одну из самых распространённых форм юридических лиц. Согласно статистике по состоянию на 01.06.2010 в Армении существует около 38.000 действующих обществ с ограниченной ответственностью². Экономической основой их деятельности является инвестиция капитала в гражданский оборот лицом или группой лиц, ограниченный деловой риск участников и возможность осуществлять и контролировать деятельность общества с ограниченной ответственностью лично.

Целью статьи является изучение правовых актов и теории обществ с ограниченной ответственностью, для того, чтобы иметь лучшее представление о данном виде коммерческих организаций. Она состоит из введения и трех глав: Общее Собрание Общества с ограниченной ответственностью, Исполнительный Орган Общества с ограниченной ответственностью и Ревизионная Комиссия Общества с ограниченной ответственностью, которые обсуждают формирование, компетенцию и процедуру деятельности этих органов.

I. Введение

Общество с ограниченной ответственностью³, как отдельная форма юридического лица, существует во многих государствах, но более всего распространено в европейских странах. Первый Закон об Обществе с ограниченной ответственностью был принят в Германии в 1980 году. До этого существовал Закон о Коммерческих Организациях во Франции, отдельная глава которого касалась ООО.

Корпоративное управление представляет собой набор процедур и политик, проводимой компаниями, через которые они контролируют и защищают интересы «бизнесменов»⁴.

Для того, чтобы достичь своих целей и положительного результата, корпоративное управление должно быть реализовано на основе определенных принципов, таких как равное отношение к участникам

общества и уважение их прав, признание интересов других предпринимателей, роль и ответственность совета, честность, прозрачность и публичность⁵.

Законодательство, касающееся отношений в этой сфере, в основном состоит из Гражданского Кодекса⁶ РА, Закона об Обществах с ограниченной ответственностью⁷ и Закона об Акционерных Обществах. Специальные типы обществ с ограниченной ответственностью, такие как банки, расчетные организации и страховые компании регулируются отдельными законами.

II. Общее собрание общества с ограниченной ответственностью

Анализируя Статью 35 Закона, которая касается органов управления ООО, можно выделить следующие органы, которые рассматриваются как органы управления в смысле упомянутой статьи:

1. Общее собрание,
2. Совет, хотя его создание не является обязательным. Он может быть сформирован в случае, если это предусмотрено уставом ООО,
3. Исполнительный орган и
4. Ревизионная комиссия.

Часть 1 Статьи 57 Гражданского Кодекса РА устанавливает, что юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с Гражданским Кодексом, иными правовыми актами и уставом.

В соответствии с законодательством РА высшим органом ООО является Общее собрание, а другие органы формируются или получают определенные права либо непосредственно от Общего собрания или косвенно, через совет директоров или исполнительные органы. Общее собрание – это непостоянно действующий орган. Оно может быть либо очередным или внеочередным. Общее собрание имеет очень важное значение, так как через него участники ООО получают информацию о деятельности, приобретениях, проблемах и будущих программах, в результате чего они в состоянии принять участие в процессе принятия решений по наиболее важным вопросам. Кроме этого, таким образом реализуются права участников на получение информации о деятельности ООО и участие в управлении компанией⁸.

Очередное Общее собрание проводится не реже одного раза в год. Есть особые сроки для Общего собрания в случаях, когда Общее собрание проводится с целью утвердить годовые результаты деятельности компании. Это Общее собрание созывается не ранее

¹ Эксперт проекта GIZ «Консультирование судебных и правовых реформ на Южном Кавказе» в Армении

² www.stateregistry.am

³ В дальнейшем именуется «ООО».

⁴ См. Шиткина И. С., Корпоративное право, изд-во «Волтерс Клувер», Москва, 2007, С. 282.

⁵ См. Шиткина И. С., С. 158-159.

⁶ Принят 28 июня 1998 г.

⁷ В дальнейшем именуется «Законом». Принят 24 октября 2001 г.

⁸ См. Аветисян В. Д., Акционерное Право, С. 134-145.

чем через 2 месяца и не позднее чем через 6 месяцев после окончания финансового года. Более конкретные периоды времени могут быть определены уставом общества в рамках указанного периода времени⁹.

Внеочередное собрание участников ООО проводится в следующих случаях:

1. это предписано уставом ООО,
2. этого требуют интересы ООО и его участников.

Внеочередное собрание созывается Исполнительным Органом. Цель внеочередных собраний является оперативное обсуждение актуальных вопросов, относящихся к высшему органу управления¹⁰.

Закон предусматривает ряд прав, которые составляют исключительную компетенцию Общего собрания. Общее собрание не может передать решение этих вопросов Совету или Исполнительному Органу при условии, если нет никакого исключения для этого права в соответствии с законом. Исключительными правами Общего собрания участников компании являются:

1. определение основных направлений деятельности ООО, а также вопросы, связанные с учреждением организации или участия в ней,
2. изменения устава ООО и размера уставного капитала,
3. образование исполнительных органов ООО и досрочное прекращение их полномочий, а также вопросы, связанные с передачей прав Исполнительного Органа ООО коммерческим организациям или индивидуальному предпринимателю,
4. выбор ревизионной комиссии (ревизора) или досрочное прекращение ее полномочий,
5. утверждение годовых отчетов и годового бухгалтерского баланса,
6. решение о распределении прибыли между участниками ООО,
7. принятие (утверждение) документов, регулирующих внутреннюю деятельность ООО (внутренних документов ООО),
8. принятие решения о выпуске ценных бумаг ООО,
9. принятие решения о проведении аудита ООО,
10. принятие решения о реорганизации и ликвидации ООО,
11. назначение ликвидационной комиссии, получение ликвидационного баланса,
12. решение иных вопросов, предусмотренных Законом и уставом ООО.

Общее собрание может проводиться двумя способами:

1. обсуждением вопросов повестки дня и принятием решений в присутствии участников и

2. принятием решений посредством заочного голосования¹¹.

Закон предписывает порядок созыва Общего собрания, в то же время он дает возможность предусмотреть простую процедуру. В таком случае требуется единогласное решение Общего собрания. Во-первых, орган, имеющий право созывать Общее собрание, принимает решение о созыве Общего собрания, после чего он начинает подготовку повестки дня Общего собрания. Каждый участник имеет право предложить дополнительные вопросы для включения их в повестку дня, и в таком случае формулировки вопросов, выносимых на них, не могут быть изменены. Такие предложения должны быть сделаны не позднее, чем за 10 дней до проведения Общего собрания. Эти дополнительные вопросы могут быть исключены только в том случае, если:

1. они не относятся к компетенции Общего собрания и
2. они не соответствуют требованиям Закона.

Если вследствие дополнительных вопросов, предложенных участникам ООО, в повестку дня вносятся изменения, то участники ООО должны быть уведомлены об этом не позднее, чем за 5 дней до Общего собрания.

После утверждения повестки дня участники ООО должны быть уведомлены о созыве Общего собрания, но не позднее, чем за 20 дней до его проведения. Уведомление должно содержать информацию о месте, дате и повестке дня Общего собрания.

Закон предусматривает обязанность представлять определенную информацию и материалы участникам ООО, когда вопросы, связанные с ними, включаются в повестку дня¹². Это:

1. годовой отчет ООО, предусмотренный уставом общества,
2. заключение Ревизионной Комиссии (ревизора) и аудитора по результатам осмотров годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов,
3. информация о кандидатах в Исполнительный Орган, Совет и Ревизионную Комиссию,
4. проект изменений и дополнений в устав ООО или проект устава ООО в новой редакции,
5. проекты внутренних документов ООО,
6. любую информацию (материалы), предусмотренную уставом ООО.

Порядок проведения Общего собрания предусмотрен Законом, уставом ООО и внутренними документами. Настолько, насколько процедура не регулируется этими документами, она регулируется решением Общего собрания.

Перед открытием Общего собрания, участники должны зарегистрироваться, иначе они не смогут

⁹ См. Статья 37, часть 2 Закона.

¹⁰ См. Ионцев М. Г., Акционерные общества, изд-во "Ось-89", Москва, 2002, С. 121.

¹¹ <http://www.md.spinform.ru/md-ooo.html>

¹² См. Макарова О.А., Корпоративное Право, Москва, 2005 г, С. 96.

принять участие в голосовании¹³. Кроме того, участники могут принять участие в собрании как лично, так и через своих представителей с соответствующими полномочиями. После регистрации участников, Общее собрание объявляется открытым, в ходе которого Исполнительный Орган организует ведение протокола Общего собрания.

Для того, чтобы Общее собрание было правомочным, необходимо присутствие участников, владеющих более половиной общего числа голосов. Для принятия разных решений Общего собрания необходимо разное количество голосов. Самое меньшее две трети голосов от общего числа участников ООО необходимо для принятия следующих решений:

1. изменения в уставе ООО и размере капитала ООО,
2. принятие решения о реорганизации и ликвидации общества,
3. решения по другим вопросам, установленным уставом.

Для принятия определенных решений устав может предписать большее количество голосов. Все остальные решения принимаются большинством голосов от общего числа проголосовавших участников ООО, если большее количество не предусмотрено Законом или уставом ООО для принятия определенного решения.

Общее собрание может быть проведено также заочно¹⁴. Это означает, что решения Общего собрания могут быть приняты без проведения собрания. В таких случаях голосование проводится путем обмена документами почтой, телексом, факсом, телефоном, электронной или другими средствами связи, обеспечивающими достоверность и документальное подтверждение обмена сообщениями.

Что касается процедуры заочного голосования, то это предусматривается внутренними документами ООО. Процедура устанавливает:

1. обязательное уведомление участников ООО о предложенной повестке дня,
2. возможность для участников ООО ознакомиться со всей необходимой информацией и материалами до начала голосования,
3. обязательное уведомление участников ООО о поправках в повестке дня,
4. время закрытия процедуры голосования.

В случаях, когда ООО состоит из одного участника, то выше обсужденные правила не применяются. Все решения принимаются самим участником в письменной форме.

III. Исполнительный орган общества с ограниченной ответственностью

Исполнительным Органом является орган, который выражает волю компании, через который компания действует во внешних связях, приобретая права и принимая на себя обязанности. Целью этого органа является обеспечение прибыльности и конкурентоспособности компании, а также финансово-экономической стабильности и защиты прав участников¹⁵. В компетенцию Исполнительного Органа входят вопросы, связанные с текущей деятельностью общества, за исключением вопросов, которые находятся в пределах исключительной компетенции Общего собрания.

Исполнительным Органом ООО может быть только одно лицо, что вытекает из статьи 43 части 2 Закона, согласно которой только физическое лицо может исполнять роль Исполнительного Органа. Единственным исключением является случай, когда полномочия Исполнительного Органа осуществляет управляющий. В этом смысле существует противоречие между Законом и Гражданским Кодексом, его статьей 99, часть 1 которой предусматривает, что Исполнительный Орган может быть коллегиальным и единоличным.

Образование и досрочное прекращение Исполнительного Органа относятся к компетенции Общего собрания. Исполнительным Органом может быть как участник компании, так и любое другое лицо. Он избирается Общим собранием на определенный срок, определенный уставом. Между ООО и лицом, осуществляющим функции Исполнительного Органа, подписывается контракт. От имени ООО контракт подписывается либо председательствующим лицом Общего собрания, который был избран Исполнительным Органом или лицом, уполномоченным Общим собранием¹⁶. Что касается оснований для досрочного прекращения полномочий Исполнительного Органа, то они не предусмотрены Законом и этот вопрос остается открытым.

Статья 43, часть 3 Закона дает неполный перечень полномочий Исполнительного Органа, предусматривая, что он может иметь и другие права в соответствии с Законом или уставом при условии, что эти права не входят в компетенцию Общего собрания или Совета. Согласно этой статье, Исполнительный Орган:

1. действует от имени ООО без доверенности, в том числе, представляет его интересы и заключает сделки,
2. выдает доверенность на право представлять ООО, в том числе доверенности с правом передоверия,
3. издает приказы о назначении, переводе или увольнении сотрудников ООО, применяет поощрения и назначает дисциплинарные взыскания.

¹³ См. Аветисян В. Д., Акционерное Право, СС. 134-145.

¹⁴ <http://www.md.spinform.ru/md-ooo.html>

¹⁵ См. Шиткина И. С., С. 175.

¹⁶ См. Макарова О. А., С. 117.

Полномочия Исполнительного Органа могут быть переданы управляющему по контракту. Но это возможно только тогда, когда это прямо предусмотрено в уставе. Коммерческая организация или индивидуальный предприниматель¹⁷ могут принять на себя роль управляющего. Институт управляющего направлен на укрепление профессионализма текущей деятельности ООО¹⁸. В европейских странах институт управляющих организаций является довольно распространенным и соответствующие решения принимаются на конкурсной основе¹⁹. Основной характеристикой передачи полномочий Исполнительного Органа управляющему является сочетание обязательных и корпоративных отношений, так как кажется, что управляющая организация имеет двоякую роль. С одной стороны, она является участником гражданско-правового договора, с другой стороны является участником внутренних корпоративных отношений. В этом смысле Козлов пишет, что между юридическим лицом и управляющим существуют гражданские-корпоративные отношения. Элементами содержания этих отношений являются права корпоративной власти и обязанности корпоративного подчинения, которые в качестве независимых субъектов гражданского права добровольно передаются в соответствии с законом, учредительными документами юридического лица и договором.

Могилевский полагает, что мы имеем дело с уникальным случаем, когда управляющий не является органом юридического лица, а только исполняет полномочия, назначенные органом юридического лица²⁰.

Существуют различные мнения по поводу статуса контракта, подписанного между управляющим и компанией. Некоторые полагают, что он является одним из видов делегирующего контракта²¹. Более распространенным и обоснованным является мнение, согласно которому он представляет собой смешанный договор, в котором преобладают характеристики договора возмездного оказания услуг²². Этот контракт предусматривает цели деятельности управляющего, права и обязанности, размер оплаты, срок действия договора ответственности управляющего перед руководством органов общества.

Другим спорным вопросом является вопрос о том, все ли полномочия исполнительного органа передаются управляющему. Некоторые считают, что опре-

деленные полномочия могут быть ограничены для управляющего²³. Другие считают, что только часть полномочий может быть передана управляющему. В таких случаях исполнительный орган формируется параллельно с управляющим²⁴. Более приемлемым представляется мнение, что полномочия исполнительного органа передаются управляющему в полном объеме. Анализ законодательства показывает, что нет полномочий, которые не могут быть переданы управляющему.

Закон также предусматривает возможность обжалования решения Исполнительного Органа и управляющего, а также вопрос ответственности Исполнительного Органа. Его решения могут быть обжалованы, когда

1. он нарушает требования Закона, иных правовых актов и устава ООО и
2. он нарушает права и интересы ООО или его участников.

Такие решения могут быть признаны недействительными в судебном порядке на основании заявления участника.

Исполнительный Орган несет ответственность за ущерб, причиненный по его вине. ООО или его участники могут обратиться в суд с иском о компенсации ущерба.

В соответствии с Законом Совет не является обязательным органом управления. Его формирование может быть предписано уставом ООО, который предусматривает правовые вопросы, связанные с Советом, такие как его компетенция, порядок формирования и т.д.

IV. Ревизионная Комиссия

Так как Ревизионная Комиссия упоминается в статье 35 Закона, касательно органов управления, то можно сделать вывод, что она также является органом управления²⁵. Но не все ООО имеют Ревизионные Комиссии (контролеров). ООО, у которых до двадцати участников, могут иметь Ревизионную Комиссию, только если это предписано уставом. ООО с двадцатью и более участниками обязано иметь Ревизионную Комиссию. Членом Ревизионной Комиссии может быть лицо, которое не является участником ООО, члены Совета или члены Исполнительного Органа не могут одновременно быть членами Ревизионной Комиссии. Комиссия избирается Общим собранием и число ее членов и срок полномочий предусмотрены уставом. Ревизионная Комиссия имеет право на проверку фи-

¹⁷ См. Статья 36, часть 2 Закона.

¹⁸ См. Шиткина И. С., С. 177.

¹⁹ См. Андронов М., Верозуб М., Использование управляющей компании. Ипыт "ЕЧН Энерго"// Управление компанией. 2002, С. 36.

²⁰ См. Могилевский С. Д. Управляющая организация хозяйственного общества: вопросы теории и практики. Гражданин и право. 2004. N 4, С. 100

²¹ См. Степанов Д.И., Компания, Управление Коммерческой Корпорацией, Экономика и Право, 2000г., N 10, С. 48.

²² См. Степанов Д. И. Компания, управляющая хозяйственным обществом. Хозяйство и право. 2000. N 10. С. 95-97.

²³ Степанов Д. И. Компания, управляющая хозяйственным обществом. Хозяйство и право. 2000, N 10. С. 68.

²⁴ См. Мозолин В. П., Юденков А. П. Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах". Москва. 2002. С. 315.

²⁵ См. Аветисян В. Д., С. 191.

нансово-хозяйственной деятельности ООО и ознакомление с документами, касающимися его деятельности, требовать письменные или устные объяснения от членов Совета и Исполнительного Органа. Годовые отчеты и бухгалтерские балансы ООО не могут быть утверждены Общим собранием до предоставления заключения Ревизионной Комиссией.

V. Выводы и заключения

В заключение следует отметить, что Закон более или менее регулирует отношения, связанные с управлением ООО. Пробел в том, что данный Закон не считает существование Совета обязательным, а связывает это с предписанием в Уставе. Мы считаем, что будет лучше прописать формирование Совета в Законе во всех случаях, в то же время, давая возможность учредителям в уставе иметь нормы, касающиеся формирования Совета. Второй вопрос состоит в отсутствии в Законе компетенций Совета. Необходимо отрегулировать компетенции Совета, порядок его формирования и деятельности в общих чертах, оставляя детальное регулирование в уставе ООО.

Понятие и элементы коммерческой деятельности (предпринимательства)

I. Роль элементов коммерческой (предпринимательской) деятельности в понятии коммерческого (предпринимательского) права

Коммерческое (предпринимательское) право, является специальной областью частного права, которая регулирует отношения между физическими и юридическими лицами, связанные коммерческой деятельностью. Как видно из этого определения, в основе понятия коммерческого права стоит коммерческая (предпринимательская) деятельность. Во многих случаях мы становимся свидетелями того, что коммерческое (предпринимательское) право кратко называют областью права, регулирующего коммерческую (предпринимательскую) деятельность².

Таким образом, определение коммерческого права с помощью коммерческой деятельности приводит к необходимости подробного изложения понятия «коммерческая деятельность». То есть конкретно возникает вопрос: в чем заключается суть и смысл «коммерческой деятельности» или слова «коммерция»? Ответ на этот вопрос, связанный как с экономическими науками, так и с юриспруденцией, различен.

Во-первых, давайте посмотрим на объяснение с точки зрения экономики. Как известно, экономическая деятельность делится на четыре части:

- Работа в целях приобретения товара и услуг и **производство** в целях извлечения выгоды от проделанных работ;
- использование производимых товаров и услуг с целью удовлетворения спроса, что означает **потребление**;
- **Обмен**, который играет связующую функциональную роль между производством и потреблением. Замена в свою очередь делится на два вида: I – оборот, в смысле изменения местоположения товара; II- в смысле изменения принадлежности (хозяина) товара.
- **Распределение** дохода (материальных благ).

Теперь, когда в экономическом смысле говорят «коммерция», имеется в виду доставка производимых товаров тем, кто в нем нуждается. То есть, в экономическом смысле «коммерческая деятельность» означает доставку производимых товаров

потребителям. Тех, кто занимается этим видом деятельности (торговая деятельность) называют коммерсантами.

Здесь становится ясно, что в экономике понятие «производственная деятельность» не входит в определение коммерции. Потому что реальная работа производителя заключается не в доставке товаров и услуг потребителям, а в производстве товаров. Поэтому в экономической науке производитель не считается коммерсантом (предпринимателем)³.

С юридической точки зрения, слово коммерция по сравнению с экономикой выражает более широкий смысл. Так, в юриспруденции слово коммерция наряду с посреднической деятельностью обмена товаров и недвижимости охватывает деятельность производства и распределения. *То есть, с юридической точки зрения, слово коммерция означает претворение в жизнь любых видов экономической деятельности с целью извлечения прибыли (дохода).*

Таким образом, деятельность, связанная с промышленным производством, которая определяется приобретением сырья или других товаров с помощью машин и других технических средств для создания новых и более ценных товаров, также с юридической точки зрения входит в понятие «коммерция». Поэтому, с юридической точки зрения, производитель считается «коммерсантом» («предпринимателем»).

Для законодательства Азербайджана мы считаем более целесообразным использование слов «коммерция» и «коммерсант», ибо термин использованный на азербайджанском языке как «sahibkar» и переводящийся на русский как «предприниматель», имеет отличные значения в системе законодательства. Причины можем изложить нижеследующим образом:

1. Термин «предприниматель» на азербайджанском языке образуется из двух частей – «sahib+kar». Первое из них означает «владелец», приставка «кар» означает людей выбравшую себе профессию владельца. В то же время в главе 7 ГК слово «владелец» используется с другим юридическим значением. То есть, использование слов «владелец/владение» и «предприниматель» в тождественных смыслах, с точки зрения обоснованности (соответствия фактического изложения юридического статуса) и функциональности (выгодного использования во всех правилах, связанных к относящейся области) нецелесообразно.
2. Именно по этой причине, в четвертой главе ГК юридические лица, предметом деятельности которых является торговля, или же коммерция, определены не как «владельческие юридические лица», а взяв за основу английский термин «commerce» были использованы такие выражения как «коммерческие

¹ Д.ю.н., директор Аналитического Центра Гражданского Права Университета Кавказ

² Poroy Yaşaman: Ticari Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1995, s.1.

³ Tuna: Ticaret Hukuku, C I., İstanbul, 1993, s.2.

организации», «коммерческие юридические лица» и «некоммерческие юридические лица».

3. Кроме того, как видно из вышеизложенного понятия коммерческого права среди понятий экономической деятельности нет особого понятия «бизнес». И всем известно, что обеспечение установления контактов в связи с экономической деятельностью с древних времен называют термином «коммерция».
4. Лиц, претворяющих в жизнь коммерческую деятельность, естественно и логично называть коммерсантами. Поистине, традиционно с древних пор на языке народов, между выражениями «коммерсант», «коммерция» всегда была и есть и сегодня определенная связь.

В Азербайджане ревностное использование слов «коммерсант», «торговец» или «коммерция» в юридических текстах, связано не с научными, а с социально-психологическими причинами. В советский период была запрещена любая инициатива, связанная с приобретением частной собственности над средствами производства и материального дохода. Причина этого, как известно, состоит в желании достижения равенства материальных благ между людьми. Для извлечения этой цели приходилось лишать людей средств производства, запрещать приобретение средств производства и запрещать инициативу, направленную на приобретение личного дохода.

Таким образом, кто-то пользуясь средствами производства, или лучше пользуясь ими может добиться больших материальных благ, чем тот, кто не пользуется ими вообще или же использует их неоптимально. Таким же образом, те, кто проявлял особую инициативу, не могли приобрести больше материальных благ в отличие от не проявляющих инициативы, или инициаторов, чьи инициативы были более успешными. Таким путем было обеспечено равное разделение материальных благ среди людей и достигалось равенство между ними.

С точки зрения методов производства, фактически добиться соблюдения этого запрета, по сути, от людей, было гораздо легче, чем запретить частную инициативу. Так как средства производства в основном являются физическими объектами, отнять их у народа и фактически контролировать ситуацию, по сути было легче, чем не позволять людям проявлять инициативу для приобретения материальных благ. Поэтому проявление инициативы для извлечения материальных благ у людей, лишенных средств производства, т.е. любая инициатива в этом направлении предотвращалась любыми средствами, включая средства общественного порицания. Людей, занимающихся торговлей, называли не торговцами или коммерсантами, а «спекулянтами», а людям прививалось представление,

что такая работа присуща людям, относящимся только к низкому уровню общества, тунеядцам и никчемным людям. С течением времени анти-пропаганда также показала влияние: «спекулянт» и «спекуляция» стало считаться бесполезным видом деятельности, которое не занимало какой-либо общественной позиции. Поэтому в советский период в социалистическом обществе люди, уважающие себя, имеющие или собирающиеся занять общественную позицию, категорически не занимались таким видом деятельности – точно так же, как в древнеримском государстве. В Древнем Риме римляне считались благородными людьми и не занимались торговлей, т.к. считалось, что торговлей занимаются люди второго сорта, и точно так же «истинные советские» граждане не занимались такой работой. Разница между этими двумя системами (с точки зрения отношения коммерческой деятельности) заключалась в том, что в советской системе занятие подобным видом деятельности, в дополнение, считалось уголовным преступлением и служило причиной уголовной ответственности.

Но и после обретения самостоятельности, официального отказа от марксистской идеологии и построенной на этой идеологии государственной системы, люди, составляющие общество, конечно же, остаются теми же людьми, что в предыдущем обществе. Естественно, сформированное в период прошлого социалистического общества понятие и мышление этих людей в короткий период не изменилось и не может измениться.

Хотя система, основанная на данной идеологии была покинута, в новой системе рыночной экономики возникли серьезные препятствия в использовании соответствующих терминов и определений. Потому что с одной стороны, в условиях социалистического общества понятия «торговля» в *юридическом смысле* не было и не могло быть. С другой стороны, принять и перенять чуждые термины и понятия в короткий срок, которые осуждались до этого (термины, присущие капиталистической системе) психологически очень трудно. В постсоветское время в основе призывов не использовать слова «торговля» и «купец» лежат именно эти социально-психологические факторы. Поэтому, имеющиеся в силе законодательные положения, связанные с коммерческой деятельностью, в лексике азербайджанского языка отдают предпочтение английским словам, таким как «коммерция», «коммерсант» или «бизнес», «бизнесмен», «объект» вместо «торговля», «купец» и т.д. Во время произношения этих слов на своем языке, мы подсознательно более чувствуем предвзятость против этих слов, чем при произношении этих слов на иностранных языках.

II. Понятие коммерческой (предпринимательской) деятельности и её элементы

1. Понятие коммерческой (предпринимательской) деятельности

В статье 13 ГК даётся определение «предпринимательской деятельности». Так же, еще до вступления в силу ГК в принятом и вступившим в силу в 1992-ом году законе о предпринимательской деятельности было дано определение предпринимательской деятельности. Оба определения описаны одинаковыми словами и в одинаковой последовательности. Но в рамках, внесенных в ГК изменений от 25.06.2005-ого года, из определения было убрано выражение «на свой риск». Прежде чем изучить элементы и сущность определения коммерческой (предпринимательской) деятельности, заранее следует отметить, что удаление из определения в ГК выражения «на свой риск» не послужило причиной изменений элементов и сущности понятия коммерческой (предпринимательской) деятельности. То есть, с правовой точки зрения нет никакой разницы в отсутствии или присутствии этой фразы в определении. Возможно, именно по причине ненужности этой фразы она была удалена из текста закона.

Прежде, чем рассмотреть элементы определения коммерческой (предпринимательской) деятельности из двух по сущности одинаковых определений, мы выберем последний по дате изменения.

В статье 13 ГК предпринимательской деятельностью признается самостоятельно осуществляемая деятельность лица на свой риск, главная цель которой состоит в извлечении прибыли от использования имущества, реализации товара, выполнения работ и оказания услуг. В этом определении фактически уделено место двум элементам: i – самостоятельная деятельность; ii - цель извлечения прибыли. Если мы попытаемся определить сущность коммерческой (предпринимательской) деятельности, обосновываясь на этих двух элементах и будем считать коммерческой деятельностью, в которой присутствуют эти два элемента, тогда мы вынуждены будем считать почти все отношения гражданского права связанными с коммерческой деятельностью. В таком случае каждый, кто в той или иной степени находится в отношениях гражданского права, должен считаться коммерсантом (предпринимателем), потому что отношения гражданского права, как правило, связаны непосредственно с имуществом, т.е. в той или иной степени эти отношения связаны с прибылью, имеющей экономическую ценность⁴.

В этом случае другое определение коммерческой (предпринимательской) деятельности в юридическом смысле не имело бы смысла, так же как и не было бы смысла в подготовке и принятии норм законодательства и государственных программ, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью, создании отдельной судебной системы, связанной с деятельностью такого рода и отдельных процессуальных процедур.

Наличие этих двух элементов недостаточно для раскрытия сущности коммерческой (предпринимательской) деятельности и поэтому приведение примеров о нецелесообразности юридического определения, по нашему мнению, будет весьма полезным с целью внести ясность в тему.

Если опираться на юридическое определение, тогда оплату студента за общественный транспорт с целью добраться до университета или вернуться домой, продажу использованного кем-то телефона кому-то с целью приобретения нового телефона, оплату проголодавшегося студента в столовой за еду, попрошайничество кого-то на улице, работу взамен чего-то, чистку обуви и т.п. - деятельности разного рода с целью обеспечения прибыли придется считать коммерческой (предпринимательской) деятельностью, а лиц, исполняющих такую деятельность юридически считать коммерсантами (предпринимателями). Потому что во всех этих примерах приводятся два элемента, которые имеют место в правовом определении (элемент самостоятельности и извлечение прибыли). Проанализируем приведенные примеры на основе единого юридического определения:

1. Студент, заплатив за использование общественного транспорта, чтобы добраться до университета или вернуться домой, обеспечивает себе материальную выгоду. Здесь факт оплаты, чтобы добраться в университет или домой расценивается как «использование собственности», а цель оплаты расценивается как обеспечение «материальной выгоды». Потому что услуга общественного транспорта (транспортная деятельность) с экономической точки зрения представляет ценность и именно поэтому за неё приходится платить.

Ясно, что все указанные действия претворяются в жизнь совершенно самостоятельно. Поэтому, если опираться на законное определение, эту деятельность необходимо считать предпринимательской, так как все предусмотренные законом условия и положения, связанные с предпринимательской деятельностью, находят отражение в этих действиях.

венности. Т.е., интересы под правовой защитой, имеющие экономическую ценность, называются правами собственности. Если интересы, гарантированные правовой защитой не имеют экономическую ценность, то такого рода интересы под правовой защитой называются неимущественными правами (законами).

⁴ Право (закон) - это юридически охраняемый интерес. Если охраняемый законом интерес имеет экономическую ценность, то такие права (законы) называются правами собст-

2. В случае продажи другому лицу имеющегося в собственности старого телефона с целью приобрести новый, продажа телефона расценивается как «продажа товара». Приобретение денег взамен продажи есть условие извлечения прибыли, а все эти действия, претворяющиеся в жизнь в самостоятельной форме соответствуют всем условиям и положениям, указанным в законе о коммерческой деятельности. В случае покупки телефона тем же лицом с целью удовлетворить свою потребность мы приходим к тому же выводу.
3. Так как в случае проголодавшегося студента, заплатившего в столовой за еду, соблюдаются все условия, требуемые в законе о коммерческой деятельности, то деятельность кого-либо, заплатившего за еду приходится воспринимать как коммерческую. Потому что, факт оплаты считается как «использование имущества», цель оплаты заключается в обеспечении потребности в пище. Здесь открыто изложена экономическая ценность потребности в пище, потому что, как ясно видно из примера, есть цена осуществления потребности с помощью денег. В приведенном примере, указанное лицо претворяет все это в жизнь совершенно самостоятельно.
4. Нищий, или рабочий, самостоятельно занимающийся работой с целью извлечения прибыли в рамках законного определения, будут считаться лицами, которые ведут «коммерческую» (предпринимательскую) деятельность. Таким образом их придётся также считать коммерсантами (предпринимателями).

Из приведенных примеров становится ясно, что определение, предусмотренное законом, не соответствует как существующей правовой системе, так и обычной логике и актуальным понятиям общества.

В законном определении использование слова «прибыль» в общем (т.е. без указания назначения), является весьма нецелесообразным. Потому что, прибыль лиц, в частности физических, может быть различной и часть этой прибыли не всегда может быть связана с имуществом. В качестве примеров можно показать такие, как выгода кого-либо, связанная с желанием, чтобы победителем конкурса оказался его соотечественник, или выгода кого-либо по поводу его выборов народным депутатом, или выгода лица, призванного на обязательную военную службу в соответствии с его желанием служить там, где он хочет и т.п. Факт не указания в законе назначения желаемого извлечения прибыли, является очевидной причиной неопределенности юридического определения.

Наконец, в законном определении выражение «деятельность для извлечения прибыли» на азербайджанском языке не имеет смысла.

Все это ясно показывает, что юридическое определение, к сожалению, было составлено без должного

внимания. Поэтому есть необходимость такого определения коммерческой деятельности, которое бы обеспечивало разницу коммерческой деятельности от других деятельностей гражданского права, соответствовало бы потребностям существующей системы рыночной экономики и служило справедливости соответственно актуальным понятиям.

2. Определение коммерческой (предпринимательской) деятельности и ее элементы

С учетом вышеупомянутых наверху примеров и пояснений, связанных с понятием коммерческой (предпринимательской) деятельности, можно сказать, что *в определении коммерческой деятельности должны быть отражены следующие элементы:*

- самостоятельность,
- цель извлечения прибыли,
- намеренность в устойчивой деятельности,
- владение определенным объемом работ и/или экономическим оборотом,
- деятельность на основе инвестиций.

Только после того, как мы внесем ясность в указанные элементы, будет сформулировано определение, связанное с коммерческой деятельностью в области права. Прежде чем приступить к этому, следует отметить, что отсутствие в осуществляемой деятельности какого-либо одного из этих элементов, по сути, указывает на то, что данная деятельность не является коммерческой (предпринимательской). И снова, как уже упоминалось выше, так как в действующем законодательстве указаны только два элемента (самостоятельность и прибыль), отсутствие одного из этих двух элементов, категорически опровергает отношение данной деятельности к коммерческой (предпринимательской). Но нельзя забывать, что в отношениях гражданского права присутствие только этих двух элементов недостаточно для определения разницы между коммерческой (предпринимательской) деятельностью и деятельностью других гражданских прав и следовательно определение, обоснованное на этих двух элементах, не соответствует регулированиям, связанным с коммерческой (предпринимательской) деятельностью в существующей системе законодательства. Поэтому, чтобы деятельность признавалась коммерческой (предпринимательской) нельзя опираться только на эти два элемента.

2.1 Элемент самостоятельности

Здесь подразумевается, что для того, чтобы лицо, осуществляющее коммерческую деятельность, считалось коммерсантом (предпринимателем), оно должно

самостоятельно, независимо от чужой воли, в любой форме (в определении режима и выполняемых работ) от своего имени и за свой счет претворяют в жизнь свою деятельность (инициативу) в любой экономической сфере. Здесь выражение «от своего имени» указывает на то, что все дела и заключенные договоры, связанные с осуществлением коммерческой деятельности, должны вестись от его имени, т.е. от имени коммерсанта (предпринимателя). Выражение «за свой счет» дает нам знать, что выполняемые работы и правовые итоги заключенных договоров касаются коммерсанта (предпринимателя), т.е. непосредственно связаны с его имуществом.

2.2 Цель извлечения прибыли

Для того чтобы деятельность признавалась в качестве юридической коммерческой деятельности, необходимо чтобы она осуществлялась как деятельность с целью извлечения прибыли. Деятельность, которая осуществляется без такой цели, не считается коммерческой деятельностью. Например, если личность А, только с целью завоевать симпатию личности Б окажет ему содействие в проведении товара Б через таможню, это само по себе не может считаться коммерческой деятельностью. Но если завоевание симпатии Б обеспечит ему (А) экономическую выгоду, и А помогал в проведении товара через таможню, учитывая эти интересы, то эту деятельность можно рассматривать как коммерческую. Потому что эта деятельность была осуществлена с целью извлечения прибыли.

Извлечение прибыли, в частности, не означает приобретение денег. *Извлечение прибыли означает увеличение стоимости имущества (т.е. положительная разница между активом и пассивом имущества) с приобретением экономической выгоды.* Слово «имущество» выражает не конкретно какую-то вещь или право⁵ (юридическое), а права личности, имеющие

⁵ Слово «закон», перешедший на наш язык с арабского, по сути, множественное число слова «право». В некоторых иностранных языках слова «право» и «закон» звучат одинаково. Например, в качестве примера можно показать эти слова на французском языке, «droit», на немецком языке «recht», на итальянском языке «diritto», и русском языке «право». С целью разделения этих слов, в этих странах перед ними добавляются слова «объективный» (в случаях, когда подразумевается система, связанная со словом «закон» или определенная область юридической науки) и «субъективный» (представленная лицам со стороны правовой системы особый интерес для выражения права). Так как на нашем языке присутствуют оба слова «право» и «закон», для выражения объективной системы или института (например, таких как особое право, право на имущество или торговое право) мы будем пользоваться словом «закон», а для выражения субъективных интересов (например, имущество, залог, требование оплаты соответственно контракту и т.д.) какого-либо лица, охраняемого этой объективной системой (т.е. правовая система и ее область), мы будем пользоваться словом «право». Таким образом, будет предотвращена смысловая путаница слов, и кроме того для обеспечения точности выражения не останется нужды использовать фразы «объективное» и «субъективное».

материальную ценность и сумму всех обязательств. Все права, принадлежащие лицу (неважно, юридическое или физическое), которые могут представлять интерес с материальной точки зрения, составляют активную часть имущества, а обязательства представляют его (имущества) пассивную часть⁶. Т.е. имущество не состоит исключительно из имущественных прав, иными словами, имущество и имущественные права не означают одно и то же и потому разница в названиях исходит из-за разного смысла слов. Права, имеющие экономическую ценность, т.е. представляющие значение с точки зрения материальной выгоды и поэтому выраженные и измеряемые в деньгах, входят в имущество и все права, входящие в имущество, в общем называются имущественными правами. Имущественные права состоят из: личных прав (право требования), имущественных прав, указательных прав, имеющих материальную ценность (например, право предпочтительных закупок, ошибок, или доведения до износа, ссылаясь на угрожающие обстоятельства и т.д.) и прав интеллектуальной собственности экономического характера (например, продажа оригинала или экземпляров произведения, или сдача в аренду). Права, не имеющие материальной ценности, точнее, не выраженные и не измеряемые в деньгах, называются неимущественными правами. Несмотря на то, что неимущественные права служат достаточно широкой области и различным интересам, элементом, представляющим возможность их классификации в форме общей группы является невозможность материальной заинтересованности, т.е. они не выражаются и не измеряются в деньгах. Другими словами, общая черта неимущественных прав заключается в том, что их причины и основные функции не предназначены служению цели обеспечения прибыли экономических ценностей. В качестве примеров можно привести: право на защиту личной жизни и здоровья человека, права, связанные со свободой, честью и достоинством человека, семейные права, личные права, права выбора и выборов, право получать государственные должности, а также политические и гражданские права.

Также, как выгоды, имеющие материальную ценность, т.е. измеряемые в деньгах и охраняемые законом входят в имущество, так и обязательства, имеющие материальную ценность, т.е. измеряемые в деньгах относятся к имуществу. Только обязанности и обязательства не по существу (например, неразглашение государственной тайны, преданность Родине или долг защиты Родины и т. д.) не относятся к имуществу.

Таким образом, *сумма всех прав личности, имеющих материальную ценность и обязательств, называ-*

В части ГК, связанной с наследством (ч. 1151.1) имеется особое указание на эти части имущества.

⁶ В части ГК, связанной с наследством (ч. 1151.1) имеется особое указание на эти части имущества.

ется «имуществом». Т.е. имущество - это юридическое понятие, которое выражает общность всех прав и обязанностей, принадлежащих личности и представляющих значение с экономической точки зрения. Потому что не может быть прав и обязанностей, не имеющих субъекта. Отсюда становится ясно, что будь то юридическое или физическое лицо, будь то богатый или бедный, в конечном итоге у каждого человека может быть только одно «имущество».

Учитывая вышесказанное об имуществе, надо отметить, что имущество имеет три основные особенности:

- *Имущество - это правовое сообщество.* В состав этого сообщества входят не только права, но и обязательства. Составляющие прав и обязательств, типы и ценности могут меняться, имущество всегда остается сообществом, состоящим из прав и обязательств.
- *Имущество само по себе организовано из прав и обязательств, выражающих экономическую ценность и важность.* Права и обязательства, которые не могут быть выражены и измерены в виде денег, не относятся к имуществу.
- *У каждого человека может быть только одно имущество.* Действительно, у каждого человека есть имущество вне зависимости от того, бедный он или богатый. Но, человек может иметь только одно имущество, т.е. у одного и того же человека в одно и то же время не может быть несколько имуществ. Ценность имущества, которым обладает личность, не имеет никакого значения. Единство имущества, как единое понятие концепции «имущества», есть естественный результат функции принадлежности всех прав и обязанностей, представляющих значение с точки зрения материального интереса.

Теперь о том, является ли прибыль экономической или нет: она определяется тем, имеет ли объективную экономическую ценность, другими словами, может ли эта прибыль быть выражена и измерена в деньгах. Тем не менее, не каждый вид осуществляемой деятельности с целью любого извлечения экономических выгод должен признаваться деятельностью с целью извлечения прибыли. То есть, в то время, как поступок признается деятельностью с целью извлечения экономического дохода, он может также признаваться поступком, не имеющий цели извлечения прибыли. Например, при покупке топлива для автомобиля с определенным интервалом в регулярной форме, мы при заключении контракта имеем целью извлечение экономической прибыли. Но наша цель при заключении этих контрактов - это не повышение экономической ценности нашего имущества. Поэтому, наша деятельность, связанная с покупкой топлива для ав-

томобили не признается деятельностью с целью извлечения прибыли.

Здесь особо следует отметить, что хотя для того, чтобы деятельность признавалась коммерческой, ее претворение в жизнь исключительно с целью непосредственного извлечения прибыли есть главное условие, извлечение же прибыли в результате этой деятельности не является условием. То есть, если при осуществлении деятельности с целью извлечения прибыли ничего не было приобретено, или если деятельность потерпела неудачу, эта деятельность тем не менее может рассматриваться как коммерческая. Потому что, отношение той или иной деятельности к сущности коммерческой деятельности связано с целью, а не с конечным результатом. Здесь «цель», входит в составную часть осуществляемой коммерческой деятельности и, следовательно, играет важную роль в определении правовой сущности этой деятельности. Тем не менее, результат коммерческой деятельности не входит в составную часть этой деятельности и, следовательно, не играет роли в определении правовой сущности коммерческой деятельности. Именно поэтому, если в результате деятельности фактически извлечена прибыль, но деятельность осуществляется не с целью извлечения прибыли, то такой вид деятельности юридически не характеризуется коммерческой деятельностью. В связи с этим, в качестве примера можно назвать Центральный Банк Азербайджанской Республики. Поскольку Центральный Банк не имеет цели извлечения прибыли, (закон о Центральном Банке АР, часть 4.3), если в результате осуществляемых мероприятий будет извлечена прибыль, он не признается коммерческой организацией.

С точки зрения восприятия деятельности, осуществляемой с целью извлечения прибыли (т.е. с экономической целью), не играет роли, кто является исполнителем - физическое или юридическое лицо, также как не представляет значения, сколько лиц, временно или постоянно осуществляют ее и представляет ли она физический или умственный труд, зависит от инвестиций, или нет.

Кроме того, с этой точки зрения не имеет особого значения использование извлеченной прибыли в той или иной форме.

2.3 Намерение устойчивой деятельности

Для того, чтобы осуществляемая деятельность с целью извлечения прибыли признавалась коммерческой, необходима ее устойчивость. Если не будет элемента устойчивости, будет невозможно отличить друг от друга коммерческую (предпринимательскую) деятельность и остальные отношения гражданских прав за ее пределами. Точнее, если не требовать

«элемента устойчивости», в общем, бессмысленны такие понятия, как «коммерция» (предпринимательство), «коммерсант» (предприниматель) и «закон о коммерции» (о предпринимательстве) и естественно, связанные с ним в правовой системе все правила и институты. Потому что, как правило, люди в нормальной повседневной жизни каждый день бывают в различных гражданско-правовых отношениях, связанных с их экономическими выгодами. Поэтому, понятие коммерческая (предпринимательская) деятельность, указывающее на отдельную и особую деятельность и понятие коммерсант (предприниматель), указывающее на профессиональный статус, не способны обеспечить то или иное различие, т.е. не могут быть смыслом и функцией.

Здесь понятие устойчивости не имеется в смысле вечности, также и в непрерывности. Это даже не означает необходимость вести деятельность в течение длительного времени. *Устойчивость выражает неопределенное количество работ и контрактов, связанных с коммерческой деятельностью, которую предстоит сделать.* С точки зрения элемента устойчивости, в коммерческой деятельности главное не исполнение деятельности за какое-то время или каким-то количеством договоров, а осуществление такого вида деятельности, которая не связана с ранее предусмотренными определенными договорами в малом количестве. Так, заниматься торговой деятельностью означает превратить такой вид деятельности в профессию. Приведение этой деятельности в профессию само по себе содержит непрерывность, связанную с этой деятельностью. При намеренности долгосрочной деятельности особенностью, требующей внимания и необходимости определения, является направленность намерений и целей инициатора (инициаторов) на долгосрочную деятельность. Если, например, кто-то открывает крупный торговый центр, для определения того, занимался он или нет предпринимательской деятельностью, нет необходимости ждать (для того, чтобы считать состоявшейся цель устойчивой деятельности), чтобы прошло долгое время. Если торговый центр будет закрыт через короткий срок после открытия и сдачи в эксплуатацию, осуществляемая деятельность за период от момента открытия до момента закрытия признается коммерческой деятельностью, потому что, если кто-то открывает торговый центр, то это указывает на то, что сама по себе эта деятельность является долгосрочной, точнее, открыто и конкретно указывает на цель заключения неопределенного числа контрактов. В связи с этим, так как деятельность в указанном примере, по существу в своем намерении отражает устойчивую деятельность, несмотря на то, занимался ли фактически деятельностью или нет инициатор торгового

центра в течение длительного времени, он (инициатор) считается коммерсантом (предпринимателем) с момента организации торгового центра.

2.4 Оценка товарооборота выше определенной стоимости

К сожалению, до сих пор, ни в одном из правил, связанных с *сущностью коммерческой (предпринимательской) деятельности*, не предусмотрено какое-либо условие или элемент по поводу объема этой деятельности. Т.е. по законодательству, чтобы деятельность признавалась коммерческой (предпринимательской), нет никакого определения или установления об уровне и объеме товарооборота. В этом случае, людей, ремонтирующих обувь в небольшом помещении или парикмахеров, зарабатывающих с трудом на жизнь и содержащих себя и свою семью, или тех, которые торгуют жареными семечками на улице, а также рабочих в порту или на вокзале приходится считать «предпринимателями». Потому что все перечисленные лица отвечают всем требованиям закона о предпринимательстве (самостоятельность, извлечение прибыли и даже не предусмотренное законом условие «устойчивости»). Если принять во внимание, что признание кого-либо коммерсантом (предпринимателем) становится причиной некоторых серьезных правовых последствий - например, условия использования возможности хранения (ГК, ч.468.2) и в соответствии стандартным условиям договора (ГК, ч.418.2, 420.1) содержание под более строгим режимом ответственности, подчинение банкротству и т.д. – здесь будет ясна неудовлетворенность ситуацией.

Поэтому, как с точки зрения справедливости и уместности, а также с точки зрения актуальных нужд общества, для того чтобы признать деятельность с юридической точки зрения коммерческой (предпринимательской), необходимо иметь оборот выше определенной стоимости. По этой причине, несмотря на присутствие в осуществляемой деятельности элемента «обоснование на инвестиции», если эта деятельность изначально не владеет оборотом выше определенной экономической ценности, назвать её в юридическом смысле «коммерческой деятельностью» будет нецелесообразно. Поэтому лица, занимающиеся такого рода (т.е. под определенным уровнем) мелкой прибылью, с юридической точки зрения не должны считаться «коммерсантами» («предприниматель», «бизнесмен») и юридические разногласия, появляющиеся в связи с таким родом деятельности физических лиц должны решаться в рамках правил (как материальные нормы, так и нормы процессуального права), связанных с физическими лицами, являющимися простыми субъектами гражданского права.

Таким образом, с юридической точки зрения для признания деятельности, осуществляемой с целью извлечения прибыли коммерческой, эта деятельность с экономической точки зрения должна достичь определенного объема работы и/или экономического оборота.

Теперь ответим на следующий вопрос о том, что необходимо принимать за меру, связанную с определением минимального предела «экономического оборота»? В связи с этим, мы можем сказать, что в рамках осуществляемой предпринимательской деятельности, если объем годового товарооборота близок к годовому доходу, например, работника, рабочего или чиновника, получающих зарплату выше среднего уровня в нынешних условиях в Азербайджане, то такую гражданскую деятельность нецелесообразно считать коммерческой деятельностью. То есть, если годовая экономическая ценность гражданской деятельности, осуществляемая с целью извлечения постоянной прибыли в самостоятельной форме, *в разумной степени не больше годового объема зарплаты, обеспечивающей минимальные потребности (удовлетворение нормальной ежедневной потребности одной семьи)* в рамках существующих условий в конкретной стране, признавать эту деятельность с юридической точки зрения коммерческой будет неправильно. Так, признание коммерческой деятельности связанной с экономической ценностью, которая в разумной степени не больше всего лишь годового объема зарплаты, обеспечивающего удовлетворение ежедневных необходимых потребностей индивида, не будет соответствовать ни цели и ни сути норм, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью, ни равновесию взаимной выгоды субъектов в гражданско-правовых отношениях и, наконец, по этим причинам не будет соответствовать требованию справедливости. Попытаемся объяснить такую ситуацию на примере. Например, представим себе, что годовым оборотом лица, взявшего в аренду холодильный аппарат для мороженого и осуществляющего продажу мороженого в парках, приблизительно равен годовому доходу (в этом примере, учитывая цену купленного мороженого с надбавочной ценой и общую сумму оплачиваемой аренды) чиновника или рабочего, получающих высокую зарплату в экономических условиях Азербайджана. Теперь, можно ли предположить что этот человек, в отличие от других субъектов гражданского права, только потому, что занимается такой гражданской деятельностью, должен подчиняться стандартным условиям заключенных договоров в области транспортировки товара и банковских операций, или в любой другой экономической области в рамках законов ГК чч.418.2 и 420? В данном случае, если не будет разницы с точки зрения стоимости работы, даже наем работника для продажи мороженого не повлияет на результат (по

поводу того, признается или нет с юридической точки зрения эта деятельность коммерческой).

Следуя за обычным правилом логики «многое включает и малое», мы постарались прояснить ситуации, связанные с тем, что годовая экономическая ценность такого типа деятельности в разумной степени не больше годовой суммы зарплаты среднего уровня. Однако не следует забывать, что годовая экономическая ценность деятельности, связанной с такой малой гражданской инициативой, может быть ниже годовой экономической ценности зарплат среднего уровня и даже ниже в экономических условиях Азербайджана, тогда как внешняя позиция законодательства относительно таких случаев не меняется. То есть, если мы не будем придавать значения объему осуществляемой инициативной деятельности для извлечения прибыли, то должны будем считать деятельности, находящиеся под годовой экономической ценностью зарплат среднего уровня и даже ниже в экономических условиях Азербайджана, коммерческими (предпринимательскими), а исполняющих их лиц коммерсантами (предпринимателями) и бизнесменами. Насколько это не соответствует реальности и обычной логике, очевидно. Что касается существующих положений в законодательстве, если представить хоть на миг принятие такого рода деятельности за коммерческую, становится невозможным объяснение цели служения этих положений в законодательстве и их разумная польза. Деятельности, о которых идет речь, конечно же, экономические деятельности, но признавать такого рода деятельности в юридическом смысле за «коммерческую (предпринимательскую) деятельность» и лиц, претворяющих их в жизнь «коммерсантами (предпринимателями)» или «бизнесменами», связывать их деятельность с особыми правовыми последствиями, даже признать необходимость разрешения правовых разногласий, возникающих в результате их деятельности в специальном суде⁷, не соответствует ожидае-

⁷ Суд считался бы специальным судом в том случае, если бы в этом суде юридические разногласия рассматривались в рамках различных процедурных правил. В то время, как судебное решение правовых и других гражданских правовых разногласий, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью, подчиняются совершенно одинаковым правилам процедуры. По этой причине, рассмотрение правовых разногласий, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью в отдельном (экономическом и административном) суде, занимающимся деятельностью только в определенных местах, по моему мнению, будет нецелесообразным. Потому что, это служит причиной осложнений (ведь не везде есть экономический и административный суд) в решении правовых разногласий, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью. Здесь может прийти на ум, что рабочая нагрузка районных судов слишком большая и поэтому не советуется загружать их дополнительной нагрузкой. Но большой объем работы районных судов не должен быть причиной появления дополнительных проблем в решении правовых разногласий, связанных с коммерческой (предпринимательской) деятельностью.

мым целям и задачам положений закона, привязывающих статусу коммерческой (предпринимательской) деятельности и коммерсанта (предпринимателя) особые правовые результаты. То есть, законные положения, привязывающие особые правовые последствия статусу коммерческой деятельности и коммерсанта, направлены на урегулирование деятельностей, имеющих относительно большой объем работ и оборота, а не деятельностей, связанных с малой экономической ценностью и объемом работ⁸.

Кроме того, мы в задаче определения, является ли инициативная деятельность сущностью торговой деятельности, считаем целесообразной оценку существующих условий в стране и определение минимального уровня со стороны официального органа правительства, имеющего к этому отношение (Министерство Экономического Развития или Кабинет Министров), и при необходимости изменение этого уровня соответственно меняющимся обстоятельствам без необходимости внесения изменений в закон.

Здесь, наконец, снова следует отметить, что даже в настоящем состоянии законодательства, по нашему мнению, для того, чтобы деятельность признавалась коммерческой (предпринимательской), необходимо условие, чтобы она была над определенной денежной ценностью. В противном случае, возникает серьезная правовая путаница между отношениями гражданского права и отношениями, связанными с коммерческой (предпринимательской) деятельностью, а также с применением правил, связанных с этими отношениями. Заключенные контракты относительно работ рабочим или подрядчиком, контракты, связанные с пользой собственника от предмета собственности, приходится рассматривать как контракты, связанные с коммерческой (предпринимательской) деятельностью. То есть, например, если *не принимать во внимание экономическую ценность осуществляемой деятельности*, то владельца арендуемых жилых помещений всегда придется считать коммерсантом (предпринимателем). Тем не менее, в рамках общего понятия, существующего в обществе (даже в судебной практике) принятие такого лица коммерсантом (предпринимателем), т.е. признание таким путем контракта об

аренде всегда коммерческой (предпринимательской) деятельностью, а сдающих в аренду осуществляющих коммерческую деятельность, нет смысла. Таков же результат для тех, кто занимается выведением овец и крупного рогатого скота в региональных областях. Тем не менее, для них даже по закону не учитывается приобретение идентификационного номера налогоплательщика (VOEN).

2.5 Обоснование на инвестиции

В законодательстве не предусмотрено особых правил, связанных с осуществлением коммерческой (предпринимательской) деятельности, в частности за счет личной рабочей силы инициатора или за счет его инвестиций.

По нашему мнению, какую бы прибыль ни извлекло физическое лицо за счет своей рабочей силы, признавать его коммерсантом (предпринимателем) категорически нецелесообразно и в существующем и актуальном понятии, лиц, занимающихся таким видом деятельности в большинстве случаев не считают коммерсантами (предпринимателями). Действительно, было бы нецелесообразно признавать предпринимателями, например педагога за то, что он хорошо объясняет урок или хорошо учит языку или врача за то, что индивидуально и хорошо лечит лично обратившихся к нему больных, а также адвоката, который прекрасно справляется со своей работой. Данный список, то есть тех, кто приобретает большой доход за счет оказания услуг по дорогой цене, можно увеличить. Это группа лиц, которые извлекают прибыль на основе личного труда и рабочей силы, а не на основе «инвестиций», которые образуют основу определения торговли в юридическом смысле. Природа такого вида деятельности, извлекающей прибыль на основе личного труда и рабочей силы, в отличие от природы извлечения прибыли на основе инвестиций, имеет особую сущность и особенности. Поэтому вне зависимости от объема дохода, признавать коммерческой (предпринимательской) деятельностью с целью извлечения прибыли на основе личного труда и рабочей силы, будет неправильно и нецелесообразно. В противном случае, продажа в большом количестве опубликованных произведений писателя, завоевавшего симпатии читателей, дает нам основания считать его коммерсантом (предпринимателем). Тогда, работа писателя, опубликованные произведения которого хорошо покупаются его читателями, должна признаваться коммерческой (предпринимательской) деятельностью. Потому что, именно в результате этой деятельности он извлекает прибыль. Оказывается, писателей, чьи произведения хорошо покупаются его читателями, надо считать «коммерсантами» (предпринимателями) или «писателями-коммерсантами» (предпринимателями), а писа-

Что касается того, что по мере увеличения числа судей в районных судах возможно их рабочая нагрузка может быть уменьшена, нельзя забывать, что развитие коммерческой (предпринимательской) деятельности имеет очень большое значение в развитии экономики страны и с точки зрения стратегических интересов страны в целом.

⁸ Как известно, во главе основных причин урегулирования в особой форме коммерческой (предпринимательской) деятельности, связанной с претворением в жизнь гражданских прав отдельно от других деятельностей, стоит цель обеспечения создания в деловой жизни открытости, доверия и скорости. Правовое обеспечение открытости, доверия и скорости в области коммерческой (предпринимательской) деятельности само по себе служит развитию коммерции и в конечном результате развитию всей экономики страны.

телей, произведения которых мало покупаются или не покупаются, надо считать просто «писателями» или «писателями не коммерсантами (не предпринимателями)»? Не только с точки зрения актуального понятия общества, в котором мы живем, также в ведущих правовых системах, основанных на рыночной экономике, когда мы говорим «коммерсант (предприниматель)» или «бизнесмен», не имеются в виду лица, занимающиеся такого вида деятельностью.

Однако, если преподаватель открывает учебный курс и в этих учебных курсах со стороны педагогического коллектива будет осуществлена учебная деятельность, если врач открывает личную клинику обследования и в этой клинике услуги медицинского обследования и лечения будут осуществляться со стороны коллектива из врачей и медицинских сестер, если юридические услуги оказываются в основном со стороны работников офиса, т.е. если все указанные деятельности осуществляются не за счет личных рабочих сил педагога, врача, юриста, а за счет работников, тогда значит, что эти деятельности осуществляются не за счет личной трудовой деятельности, а за счет инвестиций. Потому что в этом случае лица, осуществляют деятельность с целью извлечения прибыли в основном не за счет их личной трудовой деятельности, а за счет вложенных инвестиций в определенном месте и за счет использования рабочей силы других. Поэтому, в последнем случае, упоминавшиеся в качестве примера учитель, врач, или адвокат признаются предпринимателями не потому, что они самостоятельно приобретают много дохода, а потому, что они претворяют эту деятельность в жизнь в основном за счет инвестиций, с целью получения устойчивого дохода.

В конечном результате, раскрыв все элементы, связанные с коммерческой (предпринимательской) деятельностью и учитывая вышеизложенные элементы и условия, мы считаем целесообразным следующее определение: коммерческая деятельность - **деятельность, которая осуществляется самостоятельно, с целью извлечения устойчивой прибыли, а также основывающаяся на инвестициях, оборот или рабочий объем которого превышает определенную экономическую ценность.**

Особенности правового регулирования обществ с ограниченной ответственностью в Армении

В своей работе автор анализирует правовые регулирования обществ с ограниченной ответственностью в Республике Армения. Целью статьи является создание всесторонней картины названного регулирования посредством сравнительного анализа таким образом, чтобы читатель получил представление о качестве регулирования обществ с ограниченной ответственностью в Армении.

Если государство имеет целью привлечение в собственную экономику как можно больше инвестиций, то его первичной целью должно быть наличие прозрачного, стабильного, предсказуемого и гибкого законодательства. Существование такого законодательства и его применение являются гарантией для тех инвесторов, которые ищут лучшие условия для основания своего бизнеса. Сложное законодательство, даже если оно эффективным образом применяется, может стать барьером для развития экономики, создавая большие трудности для того, чтобы производить инвестиции, включая создание торговых компаний и партнерств.

Во всей статье, обсуждая разные институты и положения законодательства об обществах с ограниченной ответственностью, автор дает сравнительный анализ армянского регулирования с другими странами, в основном Восточной Европы (Сербия, Литва, Молдавия, Россия и другие), вместе с этим принимая во внимание практику стран Западной Европы (Германия и другие).

I. Введение

Юридические лица делятся на две группы: торговые (коммерческие) организации и неторговые (некоммерческие) организации. Критерием для такого деления является цель, для чего было создано юридическое лицо, другими словами, была ли организация создана для получения прибыли или нет. Коммерческие организации пытаются получить прибыль и поделить эту прибыль между ее участниками.

Согласно общему правилу, некоммерческие организации могут заниматься коммерческой деятельностью только с целью решения своих уставных задач.

Они не имеют права делить полученную прибыль между своими членами.

Существуют разные формы коммерческих организаций: компании, партнерства, производственные кооперативы.

Общества с ограниченной ответственностью включены в так называемое “объединение капиталов” и, в отличие от партнерств, личный элемент здесь играет вторичную роль². В то же время партнерство среди участников обществ с ограниченной ответственностью теснее, чем в случае акционерных обществ.³

Разные источники ссылаются на различные данные и правовые системы, когда рассказывают о происхождении общества с ограниченной ответственностью. Некоторые документы ссылаются на принятие немецкого закона о коммерческих компаниях в 1892 г.,⁴ а другие ссылаются на английское право⁵.

Армянское законодательство об обществах с ограниченной ответственностью включает в себе ряд законов. Как предписано “Законом об Обществах с ограниченной ответственностью”⁶, законодательство об обществах с ограниченной ответственностью состоит из ... «Гражданского Кодекса Республики Армения⁷, настоящего закона, других законов и международных договоров Республики Армения». Особенности создания и деятельности, реорганизации и ликвидации, а также правового статуса обществ с ограниченной ответственностью, учрежденных в форме банка, кредитной или расчетной организации, определены законами “О банках и банковской деятельности”⁸, “О расчетной системе и расчетных организациях”⁹, “О рынке ценных бумаг”¹⁰, “Об инвестиционных фондах”¹¹ и “О страховании и страховой деятельности”¹².

Надо заметить, что нормы об обществах с ограниченной ответственностью (Статьи 95-104) армянского Гражданского кодекса более или менее повторяют

² См. “Гражданское право”, Часть 1, Издательство “Проспект”, Москва, 1999г., С. 152

³ там же.

⁴ См. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982

⁵ См. Limited Liability Act 1855

⁶ См. Закон Республики Армения “Об обществах с ограниченной ответственностью”, (Закон о ООО) принятый 24 октября 2001г.

⁷ См. Гражданский Кодекс Республики Армения, принятый 28 июля 1998г.

⁸ См. Закон Республики Армения “О банках и банковской деятельности”, принятый 30 июня 1996г.

⁹ См. Закон Республики Армения “О расчетной системы и расчетных организации”, принятый 24 ноября 2005г.

¹⁰ См. Закон Республики Армения “О рынке ценных бумаг”, принятый 20 октября 2007г.

¹¹ См. Закон Республики Армения “Об инвестиционных фондах”, принятый 30 декабря 2010г.

¹² См. Закон Республики Армения “О страховании и страховой деятельности”, принятый 9 апреля 2007г.

¹ Эксперт программы GIZ “Консультирование судебных и правовых реформ на Южном Кавказе» в Армении

положения, предписанные Законом об ООО. Таким образом похожая модель регулирования существует в Российской Федерации¹³.

В отличие от армянского и российского законодательств, в немецком Гражданском кодексе нет специального регулирования обществ с ограниченной ответственностью¹⁴. Там есть нормы о юридических лицах в целом – их создание, деятельность, реорганизация и ликвидация, но эти нормы не регулируют детально конкретные виды коммерческих организаций, вместо этого все эти особенности предусмотрены в немецком законе “Об обществах с ограниченной ответственностью”.¹⁵

Разумным является выбор немецких законодателей не включать специальные регулирования обществ с ограниченной ответственностью в Гражданский кодекс, если уже есть специальный закон об этом.

Не все страны имеют отдельный закон об обществах с ограниченной ответственностью. Например, в Сербии есть закон “О коммерческих компаниях”¹⁶, который регулирует создание коммерческих компаний и предпринимателей, управление коммерческих компаний, права и обязанности основателей, партнеров, членов и акционеров коммерческих компаний, объединение и реорганизацию (изменения статуса и правовой формы, реорганизация) коммерческих компаний, прекращение предпринимательской деятельности и ликвидацию коммерческих компаний; общее партнерство, ограниченное партнерство, общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества.

Та же самая модель законодательства существует в Молдавии.¹⁷

II. Общие регулирования армянского законодательства общества с ограниченной ответственностью

1. Определение обществ с ограниченной ответственностью и их основные особенности согласно армянскому законодательству

Обществом с ограниченной ответственностью признается общество, учрежденное одним или несколькими лицами, уставный капитал которого раз-

делен на доли, установленные уставом общества. Это определение обществ с ограниченной ответственностью, которое приводится в статье 95 Гражданского кодекса Армении и статье 3 “Закона об ООО”, в отличие от других стран, не делает различия между публичными и частными обществами с ограниченной ответственностью. Например, закон Литвы¹⁸ предусматривает два вида обществ с ограниченной ответственностью: публичное и частное. Согласно закону Литвы уставной капитал публичного общества с ограниченной ответственностью не может быть менее 150 000 латов. Акции таких компаний могут быть предложены для продажи и публичной торговли согласно правовым актам, регулирующим рынок ценных бумаг; вместе с этим уставной капитал частного общества с ограниченной ответственностью не может быть менее 10 000 латов. Частное общество с ограниченной ответственностью должен ограничить число своих акционеров до 250. Акции общества с ограниченной ответственностью не могут быть предложены для продажи или публичной продажи, если иное не предусмотрено законом.

Согласно статье 104 сербского Закона о Коммерческих Компаниях, общество с ограниченной ответственностью - это общество, которое организовано одним или несколькими юридическими лицами и/или частными лицами как члены общества, с целью ведения бизнеса под общим зарегистрированным именем.

Армянский Закон об ООО определяет общество с ограниченной ответственностью в виде коммерческой организации со статусом юридического лица. Оно должно иметь в собственности обособленное имущество, которым несет ответственность по своим обязательствам. Оно может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, выступать в суде в качестве истца или ответчика. Общество имеет не запрещенные законом гражданские права, необходимые для осуществления своей деятельности, если это не противоречит предмету и целям деятельности, определенным уставом общества.

Общество вправе в установленном порядке открывать банковские счета в Республике Армения и за ее пределами.

Общество должно иметь свое фирменное название на армянском языке. Оно должно содержать наименование, а также слова “общество с ограниченной ответственностью”.¹⁹ Подобным же образом литовский закон предусматривает: “публичное общество с ограниченной ответственностью должно иметь свое наименование, определяющее свою правовую форму,

¹³ См. “Гражданский Кодекс Российской Федерации”, принятый 8 декабря 2006г.

¹⁴ См. Bürgerliches Gesetzbuch, Wolters Kluwer, Москва, 2008

¹⁵ См. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, последние изменения сделаны в 2009г.

¹⁶ См. Закон “О коммерческих компаниях Республики Сербия”, опубликованный в официальном бюллетене Республики Сербия No. 125/04

¹⁷ См. Закон “О бизнесе и предприятиях Республики Молдова”, принятый 3 января 1992г.

¹⁸ См. Закон Республики Литва “О компаниях”, принятый 21 декабря 2000г.

¹⁹ См. § 4 von Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, последний раз изменен в 2009г.

включая слова “*akcinė bendrovė*” (публичное общество с ограниченной ответственностью) или аббревиатуру «АВ». Частное общество с ограниченной ответственностью должно иметь свое наименование, определяющее свою правовую форму, включая слова “*uždaroji akcinė bendrovė*” (частное общество с ограниченной ответственностью) или аббревиатуру «UAB»”.

Общество должно иметь круглую печать, содержащую иные реквизиты, установленные правительством Республики Армения. Печать общества может содержать также наименование или фирменное наименование общества на иностранных языках, а также изображение или эмблему его товарного знака.

Общество может иметь бланки со своим наименованием или фирменным наименованием, эмблему, товарный знак и другие средства индивидуализации.

Местом нахождения общества является место постоянного нахождения его действующего органа.

Общество имеет собственность, чем и несет ответственность за свои обязательства. Вклады учредителей (участников) общества, имущество, созданное за их счет, а также произведенное и приобретенное в процессе деятельности общества, принадлежат обществу по праву собственности.

2. Ответственность общества с ограниченной ответственностью и его участников

Общество не отвечает по обязательствам своих участников и участники общества не отвечают по обязательствам общества. Они рискуют в пределах стоимости внесенных ими вкладов, несут риск убытков, связанных с деятельностью общества. Российские законодатели регулируют вопрос ответственности участников таким же образом.²⁰

Есть другое правило для участников общества, внесших свой вклад в уставной капитал общества не полностью. Они несут солидарную ответственность по обязательствам общества в пределах стоимости неоплаченной части своего вклада. По всей вероятности, причина предусмотрения солидарной ответственности для тех участников, которые внесли свой вклад в уставный капитал общества не полностью, принуждает их выполнять обязательство внесения вклада в уставной капитал вовремя и полностью.²¹

Касательно соотношения ответственности, есть мнение в правовой литературе по коммерческим компаниям, что существует противоречие между названием “общество с ограниченной ответственностью” и соотношением ответственности этих обществ: так как общества с ограниченной ответственностью

ответственны всей своей собственностью, использование фразы “общества с ограниченной ответственностью” неправильно.²²

Возвращаясь к армянскому законодательству, надо заметить, что в Законе об ООО предусмотрено специальное правило. Статья 5 этого закона гласит, что, когда экономическое партнерство реорганизуется в общество с ограниченной ответственностью, то каждый партнер, становясь участником нового общества, за два года должен нести ответственность за дочернюю компанию всей своей собственностью за обязательства, переданные от партнерства обществу, и отчуждение акций, принадлежащих бывшим партнерам не должно освобождать его от такой ответственности. Если Республика Армения или ее общины будут участниками общества с ограниченной ответственностью, то они не несут ответственности за обязательства общества, а также общество не несет ответственность за обязательства Республики Армения.

3. Филиалы, представительства и учреждения обществ с ограниченной ответственностью

В соответствии с армянским законодательством общество может создавать филиалы и открывать представительства на основании решения своего уполномоченного органа.

В соответствии с армянским Гражданским кодексом представительство является отдельным подразделением юридического лица за пределами местонахождения юридического лица, представляющее и защищающее интересы юридического лица. Филиал является отдельным подразделением юридического лица, отдельного от местонахождения юридического лица, производит все или часть его функций, включая функции представительства.

Создание обществом филиалов и открытие представительств в иностранных государствах осуществляется в соответствии с законодательством данной страны, если иное не предусмотрено международными договорами Республики Армения. Филиалы и представительства общества в Республике Армения подлежат учету в установленном законом порядке органом, осуществляющим регистрацию юридических лиц. Общество может создавать учреждения на основании решения своего уполномоченного органа. Эти учреждения общества подлежат учету в установленном законом порядке органом, осуществляющим регистрацию юридических лиц.

²⁰ См. статью 87, Гражданский кодекс Российской Федерации, принятый 8 декабря 2006г.

²¹ См. “Коммерческое право России”, Б. С. Белых, Москва, 2009г., С. 103

²² См. “Юридический статус обществ с ограниченной ответственностью”, Горлов В.В., Москва, 2002г., С. 13; “Коммерческие компании”, Белов В.А., Пестрова Е.В., Москва, 2002г., С. 123

Сербский Закон²³ О Бизнесе определяет, что коммерческая компания, местная или иностранная, может создать один или несколько филиалов, которые являются организационной частью общества и имеют статус юридического лица. Филиал имеет местонахождение общества и уполномоченных представителей, проводит коммерческую деятельность с третьими лицами от имени общества. Филиал общества должен быть зарегистрирован, как это требуется законом, который регулирует регистрацию коммерческих лиц.

Относительно юридического статуса филиалов и представительств обществ с ограниченной ответственностью литовский и молдавский законы имеют похожее регулирование: филиалы и представительства не имеют статус юридического лица.²⁴

Хотя армянский Закон об ООО не регулирует статус филиалов и представительств, существует регулирование по этому вопросу в армянском Гражданском кодексе. В частности в статье 61 Кодекса говорится: «Представительства и филиалы не являются юридическими лицами и они действуют на основе устава, утвержденного юридическим лицом».

III. Регулирование создания обществ с ограниченной ответственностью в Армении

Согласно статье 8 армянского Закона об ООО, существуют две возможности для создания нового общества с ограниченной ответственностью:

- создание нового общества
- реорганизация коммерческих организаций.

Создание общества посредством его учреждения осуществляется по решению учредителей.

Общество может впоследствии преобразоваться в общество с одним участником. При создании общества с одним учредителем (участником) договор об учреждении общества не заключается.

Общество с ограниченной ответственностью считается созданным с момента его государственной регистрации, которая определяется законом Республики Армения «О государственном регистрировании юридических лиц».²⁵ Юридическое лицо считается закрытым с момента его государственной регистрации о закрытии. Юридическое лицо или единственный собственник считается зарегистрированным с момента внесения данных, предусмотренных этим законом, в госрегистр. Региональное отделение, производящее государственную регистрацию юридических лиц, вы-

дает зарегистрированным юридическим лицам соответствующий сертификат.

Государственная регистрация юридических лиц производится госрегистром, который действует в Министерстве юстиции РА. Заместитель министра юстиции РА является главой госрегистра.

Документы государственной регистрации юридических лиц подаются в соответствующие региональные отделения госрегистра, принимая во внимание местонахождение юридического лица, которое регистрируется. В регистрационной книге делается соответствующая запись о принятии документа.

Общества с ограниченной ответственностью создаются без временного ограничения, но Закон об ООО позволяет обществам в уставе предвидеть определенный промежуток времени для своей деятельности.

1. Договор об учреждении общества с ограниченной ответственностью

Лица, пожелавшие учредить общество, заключают письменный договор. Договор об учреждении общества подлежит удостоверению в нотариальном порядке по требованию одного из учредителей, в случае, если в соответствии с договором об учреждении общества в уставный капитал общества учредителями будут внесены права в отношении недвижимого имущества или в иных предусмотренных Гражданским Кодексом случаях.

Как видно, Армянские законодатели предоставили участникам обществ с ограниченной ответственностью возможность выбора: заверять договор об учреждении общества нотариально или нет.

В немецком законодательстве вопросы нотариального утверждения определены по-другому. § 2 немецкого Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью устанавливает нотариальную форму для учредительного договора общества (notarielle Form für den Gesellschaftsvertrag), и этот параграф не делает исключений и не предоставляет усмотрения участникам.²⁶

Нотариальное утверждение учредительного договора является дополнительной гарантией того, чтобы участники имели больше ответственности при учреждении общества с ограниченной ответственностью, и, возможно, именно это беспокойство лежит в основе немецкого регулирования.

В отношении армянского регулирования сути договора об учреждении общества, статья 9 подробно описывает содержание договора:

- Правила совместной деятельности для учреждения общества с ограниченной ответственностью;

²³ См. статью 3, Закон Республики Сербия «О коммерческих компаниях», опубликованный в официальном бюллетене Республики Сербия No. 125/04

²⁴ См. статью 21, Закон Республики Молдова «О бизнесе и предприятиях», принятый 3 января 1992г.

²⁵ См. Закон Республики Армения «О государственном регистрировании юридических лиц», принятый 3 апреля 2001г.

²⁶ См. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, Последние изменения сделаны в 2009г.

- условия передачи обществу их имущества и условия их участия в его управлении;
- порядок денежной оценки неденежных вкладов, внесенных в уставный капитал общества;
- состав учредителей общества;
- размер уставного капитала общества и размер доли каждого из учредителей;
- состав и размер вкладов;
- порядок внесения вкладов на момент создания общества и
- ответственность учредителей за неисполнение своих обязанностей по внесению вкладов.

Учредители общества несут одинаковую ответственность по обязательствам, связанным с созданием общества, возникшим до государственной регистрации общества.

Немецкие законодатели не предусмотрели такого детального регулирования для содержания договоров.²⁷

Кстати, следует отметить, что немецкие эксперты всегда выражали свое беспокойство по поводу подробного регулирования, предусмотренного в разных законах армянского законодательства.

2. Устав общества с ограниченной ответственностью

Основным документом, который определяет юридический статус общества с ограниченной ответственностью, является Устав общества.²⁸

Устав, утвержденный учредителями, считается учредительным документом общества с ограниченной ответственностью. Решение об утверждении устава должно быть принято учредителями единогласно. Устав общества должен содержать:

- название общества;
- место нахождения общества;
- состав органов управления общества и их компетенцию, в том числе вопросы, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов;
- размер уставного капитала общества;
- права и обязанности участников общества;
- порядок выхода участника общества из общества и
- порядок передачи доли в уставном капитале общества другому лицу.

Вышеупомянутый список не ограничен и устав компании может содержать другие положения с условием, что эти положения не противоречат законодательству.

По требованию приглашенного участником общества аудитора или любого другого лица общество

обязано в разумные сроки предоставить ему возможность ознакомиться с договором об учреждении общества и уставом с внесенными в них изменениями.

В будущем можно вносить изменения в устав общества. Изменения в устав общества вносятся общим собранием. Внесенные в устав общества изменения приобретают юридическую силу для третьих лиц с момента их государственной регистрации, а в случаях, предусмотренных законом, после уведомления органа, осуществляющего государственную регистрацию юридических лиц.

IV. Участники общества с ограниченной ответственностью

Статья 11 армянского Закона об ООО устанавливает, что учредителями общества признаются лица, заключившие учредительный договор до его государственной регистрации. При учреждении общества одним лицом участниками общества признаются лицо, принявшее решение о создании общества, и лица, обладающие правом собственности в отношении доли общества с момента государственной регистрации общества.

Учредителем или участником общества могут быть физические или юридические лица. Государство и муниципалитеты сами тоже могут учреждать и принимать участие в обществах с ограниченной ответственностью. От имени Республики Армения учредителем или участником общества может выступать только Правительство. От имени муниципалитета учредителем или участником общества может выступать глава муниципалитета с согласия муниципального совета.

И в Гражданском Кодексе, и в Законе об ООО существует одно и то же специальное регулирование: статья 96 Гражданского кодекса и статья 11 Закона об ООО устанавливают, что общество с одним учредителем (участником) не может учреждать или иметь другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица.

То же самое регулирование предусмотрено в статье 88 российского Гражданского кодекса. Вероятно, намерением армянских и российских законодателей²⁹ является предотвращение злоупотребления участниками обществ с ограниченной ответственностью, пытающихся не выполнять свои договорные обязательства.

Число участников обществ с ограниченной ответственностью не ограничено. Разные страны предусматривают разное число участников обществ с ограниченной ответственностью.

Статья 96 армянского Гражданского кодекса предусматривает, что число участников общества с огра-

²⁷ там же, § 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags

²⁸ См. "Гражданское право Республики Армения", Т. К. Барсебян, Ереван, 2009г., С. 143

²⁹ См. "Коммерческое право России", Б. С. Белых, Москва, 2009г., С. 102

нической ответственностью не должно превышать ограничение установленное законом "Об общества с ограниченной ответственностью. Положение 6 статьи 11 Закона об ООО предусматривает, что число участников не должно превышать 49.

Российское законодательство³⁰ предусматривает, что число участников не должно превышать 50. Молдавское законодательство предусматривает, что число участников тоже не должно превышать 50.³¹ В Литве частное общество с ограниченной ответственностью должно ограничить число своих акционеров до 250.³²

В разных странах, предусматривая ограничение участников общества с ограниченной ответственностью, законодатели намерены взять под контроль процесс учреждения и деятельность обществ с ограниченной ответственностью. Таким образом, государство хочет продемонстрировать свое отношение к числу участников обществ с ограниченной ответственностью, показывая, что, исходя из общественных интересов, предпочтительнее иметь другие формы коммерческих организаций, когда число участников превышает ограничение, предусмотренное законом.

Если число участников обществ с ограниченной ответственностью превышает 49, то, согласно армянскому Закону об ООО, в течение одного года общество подлежит реорганизации в акционерное общество. Если число участников не сокращено до 49, при истечении этого периода общество подлежит ликвидации в судебном порядке.

Участник общества может быть удален из компании по решению суда, на основе запроса со стороны других участников общества, если действия участника или бездействие создает трудности для нормальной деятельности компании или делает это невозможным.

V. Управление, реорганизация и ликвидация обществ с ограниченной ответственностью в армянском законодательстве

Высшим органом общества является общее собрание участников общества. Общее собрание может быть очередным или внеочередным. Все участники общества имеют право присутствовать на общем собрании, участвовать в обсуждении вопросов повестки дня и голосовать при принятии решений.

³⁰ См. Положение 3 статьи 7 Закона Российской Федерации "Об обществах с ограниченной ответственностью", принятый в 1998г.

³¹ См. Статью 17 Закон Республики Молдова "О бизнесе и предпринятиях", принятый 3 января 1992г.

³² См. Статью 2 Закон Республики Литва "О компаниях", принятый 21 декабря 2000г.

На общем собрании каждый участник общества имеет соответствующее его доле в уставном капитале общества число голосов. Уставом общества может быть предусмотрено образование совета.

Исполнительный орган общества (генеральный директор, председатель и другие) избирается общим собранием на срок, установленный уставом общества. Исполнительный орган общества может быть избран также не из числа участников общества. Исполнительный орган без доверенности действует от имени общества, в том числе представляет его интересы и заключает сделки.

Общество с ограниченной ответственностью может быть добровольно реорганизовано по решению общего собрания. Армянский Закон об ООО предусматривает, что общество может быть преобразовано в акционерное общество.

Общество с ограниченной ответственностью может быть ликвидировано добровольно по решению общего собрания или принудительно в судебном порядке. Общество может быть ликвидировано также вследствие его банкротства.

На основе сравнительного анализа законодательства об обществах с ограниченной ответственностью в разных странах можно установить следующее: в случае инвестиций в форме учреждения общества с ограниченной ответственностью армянское законодательство предусматривает все необходимые юридические гарантии и условия для обеспечения инвесторов и их инвестиции в экономике.

VI. Выводы и заключения

Принимая во внимание всю информацию, представленную выше, можно сделать несколько предположений по поводу дальнейшего развития законодательства об ООО в Армении.

С точки зрения законодательной техники, было бы предпочтительнее, чтобы все нормы, которые относятся к ООО в Армении, были собраны в армянском законе об ООО. В противном случае нужно проверить несколько законов по тому же вопросу, что в свою очередь делает сложным для правоприменителя нахождение всех необходимых регулирований. Система регулирования законодательства должна быть простой, чтобы быть доступной не только для специалистов в области права, но также и прежде всего для обычных граждан.

Выбор немецкого законодателя не включить конкретные положения об обществах с ограниченной ответственностью в Гражданский кодекс, когда есть специальный закон, является разумным.

Что касается процедуры основания общества с ограниченной ответственностью, следует обратить внимание на меру необходимости нотариального подтверждения.

Немецкий Закон об обществах с ограниченной ответственностью обеспечивает нотариальную форму для договора основания ООО (notarielle Form für den Gesellschaftsvertrag), и этот пункт не предусматривает никакого исключения.

Армянские законодатели представили частичную дискрецию для нотариального утверждения, что дает возможность выбора, будет ли договор об учреждении компании подлежать нотариальному утверждению или нет. Немецкий законодательный вариант абсолютного нотариального подтверждения может быть предпочтительнее, так как нотариальное подтверждение для основания ООО является дополнительной гарантией более ответственного отношения участников общества к учреждению общества с ограниченной ответственностью.

В целом законодательство Армении об ООО в основном имеет сходство с восточно-европейскими правовыми актами об ООО, но стоит констатировать, что сравнительный анализ законодательства об обществах с ограниченной ответственностью в разных странах показывает, что армянское законодательство в основном обеспечивает все необходимые правовые гарантии и условия для обеспечения инвесторов и их инвестиций в экономику, когда инвестиции осуществляются в форме создания общества с ограниченной ответственностью.

Сущность и значение добросовестности в частном праве

I. Введение

Общепризнанно, что правовые системы отличаются друг от друга, но когда дело касается правового регулирования конкретных вопросов, они придерживаются общей позиции (*praesumptio similitudinis*)². Хотя разный подход к каждому конкретному вопросу в странах с той или иной правовой системой воспринимается как «святой» принцип.³

Именно в принципах видна настоящая картина правового тела.⁴ Само законодательство дает нам ясное представление о важности принципов. Ведь правовая аналогия не что иное, как решение тех правовых проблем в соответствии с правовыми принципами, которые остались за рамками законодательного упорядочения. Профессор Гиорги Хубуа в правовых принципах усматривает определение сущности права.⁵ В нашем случае особое внимание следует уделить принципам права,⁶ которые незримо сосуществуют и создают фундамент правовых норм и правовой практики.

Важный принцип гражданского оборота и, соответственно, предпринимательской деятельности, представляет добросовестность, без которой невозможно представить себе деятельность субъектов предпринимательства.

Предпринимательская деятельность - один из видов экономической деятельности, цель которой – получение прибыли. Предпринимательство – это система, где главный субъект – предприятие/предприниматель - выступает как движущая сила. Деятельность предпринимателя направлена на получение и использование того блага, которое удовлетворяет общественные потребности.

Движущей силой рыночной экономики является личный интерес. Каждая экономическая единица пытается сделать то, что выгодно и приемлемо для неё. Предприниматели ставят своей целью максимизировать прибыль предприятий. Мотив личного интереса направляет функционирование экономики и обеспечивает её упорядочение. Предприниматель постоянно пытается реализовывать и наращивать потенциал прибыли своего предприятия. Получение прибыли не единственная цель предпринимателя. Его основная деятельность – это удовлетворение общественных потребностей на имеющих те или иные географические границы рынках.⁷

Субъектов предпринимательской деятельности представляют физические и юридические лица, которые при осуществлении предпринимательской деятельности наделяются определенными правами и обязанностями. В понимании современного права юридические лица частного права приравниваются к физическим лицам во всех тех правах, которые не требуют наличия личностных свойств.

Под предпринимательскими юридическими лицами частного права подразумеваются предприятия разной правовой формы, которые выполняют решающую роль в развитии экономики любой страны. Субъект предпринимательства есть юридическое или физическое лицо, которое занимается предпринимательской деятельностью независимо от правовой формы и формы собственности предприятия.

В ряде случаев в роли субъекта предпринимательства могут выступать такие юридические лица, основная цель которых – некоммерческая деятельность, хотя для достижения уставной цели такие организации правомочны осуществлять предпринимательскую деятельность. В таком случае они участвуют в предпринимательских отношениях и действуют как субъекты предпринимательского права.

II. Исторические предпосылки

В римском праве существовал термин «fides», который выражал доверие не только к собственной, но и чужой совести, верность данному слову, нравственную обязанность всех лиц, обязательство лица непременно выполнить собственные обязанности. Понятие «fides» стало основой отношений между гражданами и негражданами, одним из главнейших понятий в римском правовом мышлении. В том случае, когда «fides» строго выражало заявления сторон договора и доверие друг к другу, его называли «bona fides»,⁸

¹ Начальник юридической службы (Head lawyer) ООО «Аджара» (Аджара групп), гостиницы «Холидей Инн» (Holiday Inn), преподаватель Кавказского университета, Свободного университета, Грузино-американского университета

² Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2 (1964) см. также 346 Bar/Drobnig, Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law, 2002; p. 319

³ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2 (1964) см. также 346 Bar/Drobnig, Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law, 2002; , p. 320

⁴ Б. Зоидзе, Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, GTZ, Тбилиси, 2007, С. 208

⁵ Г. Хубуа, Теория права, Тбилиси, 2001, С.164

⁶ Принцип неписаного права нечётко сформулирован в позитивной норме, он вытекает из единой системы права и конкретизируется в решении суда». Г. Хубуа, там же

⁷ К. Кокрашвили, Предпринимательское право, Технический университет, Тбилиси 2010, С. 20

⁸ Бартошек М. Римское право: Понятие, термины, определения / Пер. с чешск. М., 1989. С. 131-132

а антонимом этого термина был «*mala fides*». Это была категория, близкая по своему значению к лжи.⁹

После начала фундаментальных преобразований в римском праве (VII век до н.э.) судьи во время рассмотрения спора «наказывали» стороны, исходя из добросовестности. Подобная оценка судей основывалась на том обстоятельстве, что стороны договора во время заключения договора и выполнения обязательств действовали бы именно в соответствии с принципом добросовестности.¹⁰

Термин «добросовестность» означает честного исполнителя своих обязательств, обязанностей. А этимологическое и семантическое значение прилагательного «добросовестный» предполагает, что носитель этого свойства обладает «доброй совестью». Совесть, как известно, «есть чувство нравственной ответственности за собственное поведение перед окружающими, перед обществом». Понятие «доброй совести», со своей стороны, «представляет своего рода критерий общественной нравственности, которая посредством закона выражает минимальные нравственные требования общества к участникам конкретных правовых отношений.

Добросовестность как термин имеет антоним «недобросовестность»,¹¹ хотя в правовой доктрине этот последний используется гораздо реже, не говоря уже о самих правовых нормах. Во многих странах право пытается не делать акцент на отрицательной частице «не», и вместо этого юристы используют фразы: «нарушение добросовестности», «вопреки добросовестности» и т.д.

В правовой норме нечасто встречаются сами термины «добросовестность» или «недобросовестность», хотя их значение дает возможность сделать вывод, что речь идет именно об этой категории.

III. Современная концепция и законодательство Грузии

В современном праве нравственные нормы - это интегрированный элемент, который является почти органической частью процесса правоприсуждения, но наиболее часто к нравственным нормам обращаются тогда, когда становятся необходимыми анализ фактов общественной жизни и правовая оценка явлений. В нашем случае в виде такой нравственной нормы можно рассмотреть понятие «добросовестность», которое является сопутствующим элементом субъекта предпринимательской деятельности.

В грузинской юридической науке добросовестность представляет собой один из самых непознанных и малоизученных вопросов, важностью которого обуславливается постоянно растущий интерес к нему. Добросовестность привлекает внимание как нормативно-правовая конструкция, которая основывается на морали. Её роль в частном праве многообразна и велика, в особенности в гражданском праве, что выражается неоднократным указанием на неё в Гражданском кодексе. В части 3 статьи 8-ой Гражданского кодекса говорится, что участники правовых отношений обязаны добросовестно осуществлять свои права и обязанности. Это общая норма, которая признает особое значение добросовестности в гражданских отношениях, а в отдельных частях Кодекса уже конкретизируются содержание и роль добросовестности. Так, например, законодатель говорит о добросовестности некоммерческого (непредпринимательского) юридического лица¹², руководителя и представителя, Кодекс требует от стороны сделки добросовестного отношения к основанию сделки.¹³ Кодекс признает понятия добросовестного владельца¹⁴ и добросовестного приобретателя.¹⁵ В Кодексе добросовестность представлена как общий принцип поведения, или стандарт.¹⁶ Относительно конкретных договоров подчеркивается важность добросовестности,¹⁷ и более того, добросовестность представлена как субъективное отношение супруга также и в семейном праве.¹⁸

6-ой пункт статьи 9-ой закона Грузии «О предпринимателях» (руководство и представительство) указывает на обязанность правомочных на руководство и представительство лиц, которая состоит в том, что они должны руководить делами общества добросовестно. 56-ая статья этого же закона обязует директоров общества, чтобы они добросовестно и старательно выполняли возложенные на них задачи. Директор общества должен руководить делами добросовестно, в частности, заботиться так, как находящееся на аналогичной должности и в аналогичных условиях обыкновенное здравомыслящее лицо, и действовать с той верой, что это действие самое выгодное для общества. Ту же мысль разделяет английский закон «О компаниях», где отмечается: «Директор компании должен вести дело добросовестно, с высококвалифицированным знанием и опытом».¹⁹

¹² Гражданский кодекс Грузии, часть 2-я ст. 37 (Гражданский кодекс Грузии, с дополнениями и изменениями до 10 февраля 2011 года, Тбилиси 2011, ст. 26)

¹³ ГКГ, 73 ст., ч.2 ст.81

¹⁴ ГКГ, ст. 159-163, ст. 252

¹⁵ ГКГ, 187

¹⁶ ГКГ, ст. 98, 261, 346, 361

¹⁷ ГКГ, ст. 609, 731, 765, 781, 785, ч. 2 ст.935, 969

¹⁸ ГКГ, ст. 1146-1147

¹⁹ К. Кокрашвили, Предпринимательское право, ст. 96

⁹ Бартошек М. Римское право: Понятие, термины, определения / Пер. с чешск. М., 1989. С. 132

¹⁰ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 341

¹¹ Bad faith

Акционерный закон Германии определяет обязанность руководящих обществом лиц следующим образом: «Члены правления при осуществлении руководства должны основываться на прилжности порядочного и добросовестного руководителя».²⁰

Нас интересует добросовестность не как стандарт поведения законодателя во время законодательной деятельности, а добросовестность как одна из важнейших и частнопровых ценностей.

Бесспорно, что понятие добросовестности находится в непрерывной связи с этикой. С этой точки зрения заслуживает внимания плоскость взаимоотношения права и морали, конкретным проявлением которого при применении правовых норм становятся нравственные нормы и обращение к ним.

Добросовестность нормативная категория. Её концепция заключается в том, что это не просто моральный и этический принцип, который признают все более или менее развитые правовые системы, но и правовая доктрина, на основании которой в каждом конкретном случае у сторон могут возникнуть права и обязанности, или же им будет отказано в защите права.²¹

Нормативное применение «добросовестности» не означает конкретно определенного понятия. В этом случае нормативная природа подразумевает то, что добросовестность есть та оценочная категория, которая важна с правовой точки зрения, и это признается законодательством, однако отношение к факту одного и того же лица или оценка деяния – уже компетенция судей.

Добросовестность можно представить как антоним недобросовестности. Там, где мы говорили о добросовестности как важной для права концепции и необходимости её существования, там же мы исключаем недобросовестность как субъективное отношение лица. Правовой нагрузкой антонимических понятий является то, что если одно из них порождает право, то второе препятствует этому. Такими антонимическими понятиями можно представить добросовестность и недобросовестность.

IV. Субъективная и объективная добросовестность

1. Определение объективной и субъективной добросовестности

Следует учесть, что слово «добросовестность» употребляется в частном праве в разных значениях. Фактически мы имеем дело с его омонимическим зна-

чением, что весьма существенно для установления значения понятия добросовестности.

Большинство правовых систем различает принцип субъективной и объективной добросовестности. В субъективном понимании²² добросовестность указывает на настрой лица по отношению к конкретному факту: существование добросовестности обуславливает знание или незнание лицом тех или иных обстоятельств. В объективном понимании, добросовестность²³ – это норма, принцип действия сторон договора.²⁴

В объективном понимании под добросовестностью подразумеваются те требования, которые предъявляются к деянию субъекта правовых отношений, а в субъективном понимании добросовестность подразумевает знание того факта, знал ли приобретатель права о существовании обстоятельств, препятствовавших приобретению этого права.²⁵ Учитывая это, считают, что вещное право осмысливает «добросовестность» в субъективном понимании, тогда как договорное право учреждает объективную концепцию добросовестности.

Добросовестность как субъективное отношение выражается в отношении приобретателя имущества к правомочию на отчуждение отчуждателя, а добросовестность как объективная категория представляет стандарт и основной принцип его поведения. Здесь же надо отметить, что каждый из них заимствует друг у друга «что-либо». Субъективная добросовестность исключается без объективных элементов и наоборот, объективная добросовестность всегда связана с её омонимом.

2. Разграничение субъективных и объективных факторов

Выше говорилось о том, что вещное право применяет понятие добросовестности в субъективном, а не в объективном понимании, хотя не было дано толкования содержания понятий «субъективный» и «объективный».

В первую очередь следует отметить, что каждый из них представляет собой философскую категорию, которая имеет неизмеримое значение как для правовой науки, так и для правовой практики. Право не раз-

²² bona fide

²³ Good faith

²⁴ M. W. Hesselink, The Concept of Good Faith, The paper was published in: A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, C.A. Jouston, C.E. du Peron, M. Veldman (eds), Towards a European Civil Code, 3rd ed (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 2004), at: <http://ssrn.com/abstract=1098856>

²⁵ См. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права, 2006, № 6. С. 56–57; Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР: Отделение экономики и права, 1946, № 6. С. 431.

²⁰ Л. Чантурия, Корпоративное управление и ответственность руководителей в корпоративном праве, С. 206

²¹ Г. Вашикидзе, добросовестность по Гражданскому кодексу Грузии – абстракция или действующее право, ж. «Обзор грузинского права», 10/2007-1, С. 18

личает понятий «субъективный» и «объективный», оно основывается на философском подходе.

В философии субъективность и объективность понимается в двух основных направлениях. Первое подразумевает то, что восприятие какого-либо факта или явления субъективно или объективно, для второго важно субъективное или объективное существование какого-либо факта или явления. Первое представляет «предмет восприятия»,²⁶ а второе – «основание существования».²⁷

Для философской науки содержание факторов «субъективный» и «объективный» вытекает из того же значения, которое заключают в себе понятия «субъективный» и «объективный». Эту схему можно представить так: для того, чтобы понять, что подразумевается под факторами «субъективный» и «объективный», сначала следует определить понятия «субъективная оценка» и «объективная оценка»

В философской науке суть «субъективной и объективной оценок» понимается следующим образом: объективная оценка основана на истине, а субъективная оценка относительна и представляет истину только для того лица, которое само ее оценивает.²⁸

Таким образом, можно сделать вывод о том, что субъективная добросовестность никогда не является истиной и она относительна, тогда как при установлении объективной добросовестности судья основывается на истинных оценках.

V. Содержание добросовестности

Право обязано урегулировать конфликт прав, который возникает при приобретении движимой вещи между приобретателем и первоначальным собственником в том случае, когда вещь была отчуждена неправомочным лицом, а приобретатель вещи отнесся к этому факту добросовестно.²⁹ Это означает, что когда выявляется добросовестность приобретателя имущества, в то же время возникает обязанность законодательства, не допускать конфликта между правами, или в случае возникновения конфликта решить его. Значение принципа добросовестности в вещном праве заключается в

том, чтобы установить рамки осуществления вещных прав собственника.³⁰

Понятие добросовестности связано по большей части с правовым недостатком (legal effects), который препятствует наступлению желаемого правового результата. Таким образом, оно отрицает такие «правовые недостатки», которые обусловлены недостаточным знанием или неправильным представлением. Добросовестность, как правило, требует разумного отрицания. Если «правовой недостаток» возник, несмотря на то, что действовала презумпция знания, тогда применяется принцип добросовестности для отрицания такого недостатка.³¹

К указанию на добросовестность в вещном праве прибегают тогда, когда чье-то право зависит от презумпции его добросовестного деяния.³² Это значит, что в суде во время спора следует доказать презумпцию добросовестного деяния.

Добросовестность приобретателя можно охарактеризовать как предположение о незнании приобретателем факта неправомочия отчуждателя, или того, что приобретателю неизвестно о неправомочии отчуждателя, в этих случаях он является добросовестным приобретателем. Неправильное представление становится причиной того, что приобретатель добросовестно заключает сделку с неправомочным лицом. Говоря иными словами, формирование воли участника сделки происходит не формальным путем, а осуществляется под влиянием неправильных представлений. Следует подчеркнуть, что формирование воли обуславливается неправильными представлениями или возникает ошибка в содержании сделки. Не существует недостатка проявления воли, а существует недостаток, который обуславливает неправильное формирование воли.

Мы можем рассмотреть характеристику добросовестности как психическое отношение приобретателя к собственному поведению в двух плоскостях. Это, во-первых, осознание добросовестным приобретателем своего деяния и, во-вторых, осознание общественного значения результата этого деяния.

Добросовестное приобретение имущества, несмотря на то, что оно происходит на основании сделки, представляет независимую передачу в собственность имущества, по большей части движимой вещи. В частности, право нового собственника вытекает не из права предыдущего собственника, а устанавливается силой закона.³³ В немецкой юри-

²⁶ Question of application

²⁷ P. Mandik. Subjective and Objective Judgments (2000), p. 3 <http://www.petemandik.com/philosophy/papers/dissertation.pdf> (August, 2010)

²⁸ P. Mandik. Subjective and Objective Judgments (2000), p. 3 <http://www.petemandik.com/philosophy/papers/dissertation.pdf> (August, 2010)

²⁹ Литература 22-й сноски, см. также Andreas Rahmatian, A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law, 2010, p.11 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1629268 (Journal of Comparative Law, Vol. 3, No. 1, pp. 197-248, 2010)

³⁰ См. Д. Кереселидзе

³¹ Lâle Sirmen, Acquisition of Movables in Good Faith, p. 307, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/302/2842.pdf>

³² Там же С. 307

³³ См. также Andreas Rahmatian, A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law,

дической литературе это спорное утверждение.³⁴ Однако нам следует согласиться с ним. Если мы заявляем, что присвоение преимущества добросовестному приобретателю нарушает возникший в римском праве и сегодня действующий принцип – никто не может передать больше прав, чем имеет сам – тогда мы должны согласиться и с тем, что добросовестный приобретатель обрел право собственности не потому, что оно было передано ему предыдущим собственником. Лицо, которое передало ему вещь, вовсе не было правомочно распорядиться вещью. Таким образом, не существовало воли собственника на отчуждение. Просто закон защищает добросовестного приобретателя, и право собственности присуждается ему ввиду его субъективного отношения к фактическим обстоятельствам, что выражается в его добросовестности.

Итак, добросовестность в вещном праве, с одной стороны, связана с субъективным отношением, восприятием факта приобретателем имущества и, с другой стороны, представляет собой оценочную категорию, которая выполняет регуляционную функцию и служит искоренению конфликта прав.

«Договор должен быть выполнен» - это кардинальный принцип обязательственного права. Единое мнение существует только о том, обязательно или нет выполнение договора. Существуют также другие модели по поводу того, следует ли доверять данному партнером договора слову. С одной стороны мы имеем дело с правом кредитора требовать реального исполнения, а с другой стороны, это право требования возмещения вреда.

В ряде правовых систем добросовестность считается жизненной и органичной частью современного договорного права.³⁵ Образно её сравнивают с законодательным желудком, который превратился в правовой дуб и собственной тенью объял договорные отношения субъектов частного права.³⁶ Ясно, что подобная характеристика не может дать представления о функции добросовестности в договорном праве, но, бесспорно, подчеркивает её особое значение.

Во всех правовых системах, которые признают объективную добросовестность, она становится

нормативной концепцией.³⁷ Многие европейские кодексы уделяют принципу добросовестного деяния специальную норму. Некоторые из них содержат нормы, в которых просто указывается на понятие добросовестности, а иногда оно устанавливается специальными нормами.³⁸ Одним из достижений гражданского правосудия Германии является параграф 242, который учреждает обязанность добросовестного деяния, а точнее, считает добросовестность моральным пределом осуществления прав и обязанностей.

Для юриста, выросшего на общем праве, это напоминание судье о том, что он скован обязанностью принять обоснованное правом решение.³⁹

В пределах договорного права разных систем добросовестность выполняет различную роль. Гражданский кодекс Грузии видит в ней нравственный стандарт осуществления прав и обязанностей,⁴⁰ и считает ее стандартом для действий.⁴¹ На основании анализа норм Гражданского кодекса считают, что добросовестность подразумевает отзывчивое и ответственное деяние участников гражданского оборота, уважительное отношение к правам друг друга.⁴²

VI. Заключение

Применение принципа добросовестности на практике настолько рискованно, насколько и эффективно.⁴³ «С объективной точки зрения bona fide - это справедливое и ориентированное на интересы сторон учение, но оно носит весьма общий и абстрактный характер, ввиду чего в каждом конкретном случае становится необходимой конкретизация его судом. Это, со своей стороны, требует большого внимания, чтобы субъективно понятые судьей справедливость и добросовестность не посягнули на правовые интересы сторон».⁴⁴

2010, p.37 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1629268 (Journal of Comparative Law, Vol. 3, No. 1, pp. 197-248, 2010)

³⁴ См. Schwab, K H and Prütting, H (2003) H *Sachenrecht* (31st ed) C H Beck § 35 n 441, см. также Andreas Rahmatian, A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law, 2010, p.37 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1629268 (Journal of Comparative Law, Vol. 3, No. 1, pp. 197-248, 2010)

³⁵ R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, 13

³⁶ Jack Beatson, Daniel Friedmann (eds.) *Good faith and fault in contract law*. 1995. p. 171 см. также: R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 13

³⁷ Martijn W. Hesselink, *The Concept of Good Faith*, This paper was published in: A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, C.A. Joustra, C.E. du Perron, M. Veldman (eds), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 2004), <http://ssrn.com/abstract=1098856>

³⁸ Там же

³⁹ R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p.15

⁴⁰ Участники правоотношений обязаны добросовестно осуществлять свои права и обязанности (часть 3, ст. 8 ГК)

⁴¹ Обязательство должно быть выполнено полностью, добросовестно, в назначенное время и месте.

⁴² Б. Зоидзе, комментарии Гражданского кодекса Грузии, кн. 3-я, Тбилиси, «Самартали» 2001, С. 270

⁴³ Staudinger/Looschelders/Olzen-Looschelders, *Kommentar zum BGB, Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben*, Berlin (Sellier-de Gruyter), 2005, §242, Rn.1, Rn.104 указывается по Г. Вашикидзе, добросовестность по гражданскому кодексу Грузии – абстракция и действующее право, ж. «Обзор грузинского права», 10/2007 – 1 С.18

⁴⁴ Вашикидзе, добросовестность по гражданскому кодексу Грузии – абстракция и действующее право, ж. «Обзор грузинского права», 10/2007 – 1, С.18

Поскольку цель предпринимательской деятельности есть удовлетворение общественных потребностей и получение на этом основании прибыли, постольку в такой деятельности добросовестность и старательность каждого участника предпринимательского субъекта - одно из важных зёрен всего плана, который составляет предприниматель для получения результата – прибыли. В этом случае принцип добросовестного выполнения обязательства находится в подчиненном положении и сохраняется постольку поскольку он соответствует главной вышеупомянутой цели предпринимателя.

Как мы видим, добросовестность как нормативная конструкция - это оценочная многофункциональная категория в предпринимательском и вообще в частном праве. Хотя в любом случае она является оценочным понятием. Сколько бы мы ни говорили о субъективном и объективном понимании добросовестности, ясно одно - установить её существование или отсутствие всегда осуществляется судом, хотя субъекты предпринимательского права всегда связаны обязательством проявления добросовестности и добросовестного деяния.

Субъекты предпринимательства в Республике Армения

I. Введение

Юридическая конструкция субъектов предпринимательства непосредственно влияет на эффективность предпринимательских отношений. С этой точки зрения чем проще и доступнее порядок создания субъектов предпринимательства, тем легче занятие предпринимательством. С другой стороны, чрезмерное упрощение механизма формирования субъектов предпринимательства может привести к всевозможным злоупотреблениям, в частности в сфере создания фиктивных организаций, ухода от гражданско-правовой ответственности, уклонения от уплаты налогов, нарушения антимонопольного законодательства и т. д.

По этой причине крайне важен сбалансированный подход в вопросах совершенствования системы формирования субъектов предпринимательства и любое изменение или реформирование законодательства в этой сфере должно быть обоснованным и необходимым.

Как известно, наиболее распространенными субъектами предпринимательства являются коммерческие организации и индивидуальные предприниматели. Они играют наиболее важную роль в объединении и использовании капитала и иных видов материальных ресурсов. Именно поэтому они в соответствии с законом подлежат государственной регистрации, обладают гражданской правосубъектностью и самостоятельно от своего имени выступают в экономическом обороте.²

Признавая важное значение государственного контроля за субъектами предпринимательства, следует остановиться на некоторых проблемах совершенствования законодательства в этой сфере, в частности, на вопросах упрощенной регистрации коммерческих организаций, соотношении статусов индивидуального предпринимателя и физического лица в предпринимательских отношениях и др.

II. Некоторые проблемы создания коммерческих организаций

Законом РА от 26 декабря 2008 года за номером ЗР-39-Н³ в гражданский кодекс были внесены определенные изменения, связанные с упрощением порядка создания юридических лиц. Было установлено правило, согласно которому отказ в регистрации юридического лица может иметь место только по исчерпывающим основаниям, строго предусмотренным в законе, в частности в законе РА “О государственной регистрации юридических лиц”⁴ (далее – закон о регистрации). В новой редакции статьи 56-ой ГК РА отсутствуют основания отказа в регистрации юридических лиц, из прежней редакции изъяты такие основания, как нарушение установленного законом порядка образования юридического лица или несоответствие его устава закону.

Развивая соответствующие положения гражданского кодекса закон о регистрации прямо предусмотрел норму о недопустимости отказа в регистрации по причине несоответствия устава коммерческой организации требованиям закона или представленным документам. Более того, для предотвращения возможных юридических неточностей и ошибок закон о регистрации предусмотрел специальный порядок регистрации коммерческих организаций на основании типовых уставов. Данный механизм позволил свести к минимуму время регистрации коммерческих организаций и теперь практически менее чем за час в Армении возможна регистрация хозяйственного общества.

В рамках процесса по усовершенствованию системы регистрации коммерческих организаций следует рассмотреть также проблему минимального размера уставного капитала хозяйственных обществ. В результате законодательных изменений требование гражданского кодекса о необходимости к моменту регистрации оплатить уставной капитал хозяйственного общества утратило силу. Соответствующие изменения были произведены в законах “Об обществах с ограниченной ответственностью”⁵ и “Об акционерных обществах”⁶. В частности, если раньше для обществ с ограниченной ответственностью устанавливался минимальный уставной капитал в размере 50-кратной суммы МРОТ, для акционерных обществ, в размере 100-кратной (для закрытых акционерных обществ) и 1000-кратной (для открытых акционерных обществ), то теперь на законодательном уровне нет требований об обязательном минимальном размере уставного капитала. Конечно, речь не идет об

¹ К. ю. н., заведующий кафедрой гражданского права и гражданского процесса юридического факультета Российско-Армянского (Славянского) университета

² Предпринимательское право Российской Федерации/ Отв. ред. Е.П.Губин, П.Г.Лахно.- М.: “Юрист”, 2004г., С. 129

³ Официальный Вестник РА- 2009/7 (673)„ 04.02.2009 г.

⁴ Официальный Вестник РА- 2001/14 (146)„ 18.05.2001 г.

⁵ Официальный Вестник РА- 2001/38 (170)„ 07.12.2001 г.

⁶ Официальный Вестник РА- 2001/34 (166)„ 06.11.2001 г.

обществах, осуществляющих деятельность в определенных сферах, в частности, в банковской сфере, в сфере страхования и т.д.

Как известно, законодательное закрепление минимального размера уставного капитала решает две основные задачи. Во-первых, уставной капитал должен хотя бы в минимальной степени гарантировать возможность возмещения имущественных требований кредиторов. Во-вторых, уставной капитал должен обеспечивать необходимые условия для занятия предпринимательской деятельностью.

Очевидно, что существовавший минимальный размер не был в состоянии реально обеспечить интересы кредиторов при обращении взыскания на имущество коммерческой организации. По этой причине законодательное закрепление небольших сумм в качестве минимального размера носил формальный характер и реальных проблем не решал. Проблема законодательной регламентации минимального размера уставного капитала может иметь определенное значение в случае существенного увеличения этого размера.

Что касается обеспечения необходимых условий для предпринимательской деятельности, то эти вопросы скорее являются внутренним делом учредителей и участников организации и должны регулироваться экономическими, а не юридическими законами.

Следует также добавить, что отмена требования о минимальном размере уставного капитала вовсе не означает, что отныне хозяйственные общества могут не иметь уставного капитала. Необходимость уставного капитала вытекает из сущности самих хозяйственных обществ. Он нужен для эффективного функционирования общества в предпринимательских отношениях. Отмена минимального размера скорее связана с оптимизацией системы создания субъектов предпринимательской деятельности.

III. Проблемы правового статуса индивидуального предпринимателя

Что касается индивидуальных предпринимателей, то следует отметить, что в законодательстве РА произошли определенные изменения (закон РА "О внесении изменений в Гражданский кодекс РА" от 26.12.2008г за номером ЗР-243-Н⁷), которые стали основанием для пересмотра института индивидуального предпринимателя. В частности, если до соответствующих изменений лицо без образования юридического лица имело право заниматься предпринимательской деятельностью только с момента государственной регистрации в качестве индивиду-

ального предпринимателя, то теперь предусмотрены исключения и физическим лицам в двух случаях без государственной регистрации разрешается заниматься предпринимательской деятельностью. Во-первых, когда физические лица занимаются определенными видами деятельности, предусмотренными специальным законом "О патентных платежах"⁸. Во-вторых, если они занимаются предпринимательской деятельностью в сфере производства сельскохозяйственной продукции на основании соглашения о совместной деятельности (договора простого товарищества).

Что касается производства сельскохозяйственной продукции, то гражданский кодекс предусмотрел специальный порядок заключения подобного договора. Заключив его, граждане без регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей могут совместно заниматься предпринимательской деятельностью.

Вышеуказанный договор может быть заключен в простой письменной или в нотариальной форме. Если заключается договор в простой письменной форме, то подписи участников договора должен удостоверить руководитель соответствующей общины (муниципального образования). Следует также добавить, что постановлением правительства утверждён типовой договор о совместной деятельности по производству сельскохозяйственной продукции, что намного облегчает реализацию идеи создания подобных товариществ.

Что касается патентных платежей, то следует отметить, что первая редакция закон РА "О патентных платежах" была принята 26 декабря 2008 года и действовала до 01.01.2011 года, то есть, до введения в силу новой редакции того же закона.

Если первая редакция платежей признавала только физические лица, то новая редакция закона расширила сферу его действия и теперь она распространяется не только на физические лица, но и на индивидуальные предприниматели и юридические лица.

Закон содержит приложение с перечнем видов деятельности, которые, как правило, осуществляются лично физическим лицом. В частности, речь идет о таких видах деятельности, как пошив и ремонт одежды, обуви, ремонт бытовых изделий, ремонт часов, репетиторство, обучение танцам, пению, деятельность обслуживающего персонала домашних хозяйств и т. д.

Для занятия подобными видами деятельности вовсе необязательно регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя, если конечно годовой оборот не превышает установленную в законе определенную сумму. Достаточно получить патент, оплатив фиксированную сумму. Размер патентного платежа предусмотрен в законе. В зависимости от

⁷ Официальный Вестник РА – 2008/76, 30.12.2008 г.

⁸ Официальный Вестник РА – 2010/69 (803), 29.12.2010 г.

конкретного места деятельности применяются соответствующие коэффициенты.

Не являющиеся индивидуальными предпринимателями плательщики патентных платежей обязаны осуществлять соответствующую деятельность только по заказам населения.

Как уже было отмечено, новая редакция закона распространила свое действие также на юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Закон предусмотрел отдельный перечень видов деятельности, осуществлять которые вправе индивидуальные предприниматели, получившие соответствующий патент. К таким видам деятельности относятся в частности, осуществление пассажирских перевозок легковым транспортом, предоставление парикмахерских услуг, ремонт и техническое обслуживание автотранспортных средств, осуществление торговли посредством небольших торговых палаток и т. д.

Думается, критерии разграничения видов деятельности подлежат дальнейшему изучению и анализу. Во всяком случае, перечень видов деятельности, которыми могут заниматься физические лица без получения статуса индивидуального предпринимателя может быть дополнен.

Исходя из вышеизложенного следует остановиться на вопросах необходимости существования такого специального субъекта гражданского права как индивидуальный предприниматель. С учетом того, что последний является физическим лицом, отвечающим всем своим имуществом перед контрагентами, вопрос четкого разграничения правового статуса физического лица и индивидуального предпринимателя становится проблематичным. Законодательство Армении в целом применяет одинаковые подходы к физическим лицам и индивидуальным предпринимателям по многим вопросам. В частности, по вопросам банкротства, лицензирования и др.

Так, закон РА «О банкротстве»⁹ не предусматривает особых отличий в процедуре банкротства индивидуальных предпринимателей и физических лиц. Кредиторы, независимо от субъектов и оснований возникновения обязательств, предъявляют все свои требования в полном объеме. Естественно, существуют определенные особенности для индивидуальных предпринимателей, но они связаны в основном с обязанностью последних представлять финансовые отчеты в соответствующие органы, а также с необходимостью прекращения статуса индивидуального предпринимателя. Что касается последствий, то основное отличие заключается в том, что признанный банкротом индивидуальный предприниматель в течение пяти лет не вправе вновь зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя либо быть учре-

дителем (участником) коммерческой организации или членом кооператива.

Закон РА «О лицензировании»¹⁰ в вопросах получения лицензий также особо не различает индивидуальных предпринимателей и физических лиц. Так, статья 3-я закона в качестве субъектов лицензирования наряду с индивидуальными предпринимателями предусматривает также физических лиц. Согласно логике закона лицензию на осуществление определенного вида деятельности может получить физическое лицо, независимо от того, зарегистрировалось оно в качестве индивидуального предпринимателя или нет. Однако это не означает, что если лицо приступит к осуществлению конкретной деятельности, то оно не должно иметь статуса предпринимателя. Вопрос заключается в том, что процедура лицензирования не ставится в зависимость от статуса лицензиата.

Определенный интерес представляет собой вопрос гражданско-правовой ответственности, в частности, повышенной ответственности предпринимателей. Естественно, статус индивидуального предпринимателя указывает на то, что он должен нести повышенную ответственность и в реальных отношениях гораздо удобнее применять эту ответственность к лицам, зарегистрированным индивидуальным предпринимателям. Однако, следует отметить, что повышенная ответственность должна наступать в предпринимательских отношениях, независимо от правового положения конкретных субъектов предпринимательской деятельности. Не случайно гражданский кодекс допускает возможность применения судом повышенной ответственности физических лиц, занимающихся предпринимательством без должной государственной регистрации. Думается, и в этих отношениях наличие или отсутствие статуса не должно быть решающим.

IV. Заключение

Обобщая вышесказанное можно утверждать, что проблема субъектов предпринимательских отношений требует детального изучения. С одной стороны, процесс создания субъектов предпринимательских отношений должен быть гибким и простым, не создавать ненужных препятствий для занятия предпринимательством. С другой - чрезмерное и необоснованное упрощение системы может привести к иным нежелательным последствиям.

Армянский законодатель четко придерживается позиции применения оптимальных решений в этой сфере. В немалой степени процессу оптимизации способствует также использование новых информационных технологий. Так, широкое применение электронных документов и электронной подписи

⁹ Официальный Вестник РА – 2007/7 (531), 31.01.2007г.

¹⁰ Официальный Вестник РА – 2001/26 (158), 08.08.2001 г.

привело к возможности отказа от таких атрибутов коммерческих организаций, как печати. Согласно законодательству наличие печатей для коммерческих организаций не является обязательным. Обязательное условие наличия печати так или иначе создает дополнительные обременения для организации, не решая фактически каких-либо серьезных проблем. Используя современные технические средства без особых затруднений можно изготовить документы с оттисками разнообразных печатей.

Кроме того, утратили силу практически все нормы соответствующих правовых актов, которые обязывали в тех или иных документах (договорах, отчетах и т.д.) использовать печать организации. Данный подход позволил коммерческим организациям, не имея печати, тем не менее свободно участвовать во всех отношениях, связанных с предпринимательской деятельностью.

Упразднение минимального размера уставного капитала, отмена печатей, регистрация фирменного наименования организации с использованием системы «единого окна», а также регистрация коммерческих организаций в предельно минимальный срок сделали систему создания субъектов предпринимательства в Республике Армения доступной и эффективной.

Следует также отметить, что законодательные изменения коснулись и индивидуальных предпринимателей. Так, если раньше речь шла о государственной регистрации индивидуальных предпринимателей, то теперь речь идет об их государственном учете. И дело здесь не только в терминологических изменениях. С правовой точки зрения при государственной регистрации государство по сути присуждает соответствующий статус и «разрешает» заниматься предпринимательской деятельностью. Когда речь идет о государственном учете индивидуального предпринимателя, то фактически государство признает за физическим лицом право заниматься предпринимательством и только фиксирует (учитывает) конкретного предпринимателя для фискальных и иных целей. Таким образом, система учета индивидуальных предпринимателей может быть преобразована в систему учета физических лиц, желающих заниматься предпринимательской деятельностью.

О некоторых вопросах банкротства субъектов предпринимательского права в Республике Армения

В статье обсуждаются основы банкротства субъектов предпринимательского права, дается общее описание системы банкротства в Армении, подвергаются критическому анализу основы и признаки банкротства. Обсуждая отдельные вопросы, автор ссылается на две европейские модели – немецкую и французскую.

I. Общее описание системы банкротства в Республике Армения

Принятием правовых актов о банкротстве в законодательной системе третьей армянской республики сформировалось абсолютно новое измерение. В современном смысле в любой стадии становления отношений банкротства (включая период существования СССР) армянской действительности и, следовательно, правовой мысли была чужда такая система исключения субъектов права из имущественного оборота. Может быть, по этой причине его природа еще чужда и недоступна для субъектов, действующих в этой сфере: будь это суд, другой орган государственной власти, управляющий, или предприниматель-кредитор. Позиции заявителей по делам Конституционного Суда РА от 2011 г. по Закону РА о Банкротстве² (далее Закон) части 3 статьи 19 (РКС-954)³ и части 5 статьи 20 (РКС-932)⁴ выявляют подход интерпретации некоторых аспектов института банкротства в системе логических связей гражданско-процессуального права (например: система обжалования принятых актов). Между тем они имеют не такие широкие спектры взаимодействия, и положения Гражданско-процессуального кодекса РА⁵ применяются *mutatis mutandis*, в силу наилучшей сопоставимости процессуальных норм. Например, одним из результатов развития института банкротства на Западе явилось внедрение внесудебных процедур, что обосновалось рядом закономерностей экономических отношений. Закон о Банкротстве

принятый в результате 20-летней работы в Федеративной Республике Германия предполагает ключевое участие суда только в стадии возбуждения производства (German Insolvency Statue (Insolvenzordnung), 1999, §§ 57, 67, 157).

С момента принятия в 1995 г. первого Закона РА о Банкротстве Предприятий и Предпринимателей⁶ до сегодняшнего дня в Армении отношения несостоятельности существенно отличаются от аналогичных отношений в США и западноевропейских странах. Эти отличия выявляются не столько простым сравнением правовых норм, сколько их реальной ролью в экономическом обороте. В частности, возможность использования одной из процедур преодоления финансовых трудностей должника, широко используемая на Западе – финансового оздоровления – предусмотрена также в главе 8 Закона. Однако, только для 6 из 541 законченных дел о банкротстве в 2010 г. были одобрены программы по финансовому оздоровлению, то есть только для 0.9% дел⁷. Такую ситуацию невозможно объяснить несовершенством правовых норм, так как существование вопроса в этой плоскости непременно актуализировало бы законодательные изменения. Во Франции по состоянию на 2003 г. индекс оздоровления в 11% послужил основой для пересмотра законодательства о банкротстве⁸. На основе вышеупомянутого мы приходим к заключению, что институт банкротства в РА пока еще является средством для исключения должника из экономической деятельности.

II. Основы и особенности банкротства

Для любого предпринимателя с финансовыми трудностями, работающего в данной “правовой атмосфере” или имеющего материально-правовые отношения с таким субъектом, первичным и решающим являются вопросы основ банкротства, и только после этого все другие гарантии, предусмотренные для кредитора и должника. В РА действуют две системы решения проблемы банкротства для предпринимателя, основы которых соответственно определяются Статьей 3 Закона и Статьей 2 “Закона о банкротстве банков, кредитных учреждений, инвестиционных компаний, управляющих инвестиционных фондов и страховых компаний”.

В рамках формирующей системы на основании Статьи 3 Закона действуют две основы признания банкротства физических и юридических лиц:

¹ Преподаватель юридического факультета Ереванского Государственного Университета

² Принят 25.12.2006г., вступил в силу 10.02.2007г., РАПТ 2007.01.31/7(531) Стат.139:

³ Принят 12.04.2011г., вступил в силу 12.04.2011г., РАПТ 2011.04.20/22(825) Стат. 427:

⁴ Принят 11.01.2011г., вступил в силу 11.01.2011г., РАПТ 2011.01.19/3(806) Стат. 18:

⁵ Принят 17.06.1998г., вступил в силу 01.01.1999г., РАПТ 1998.09.09/20(53).

⁶ Принят 16.05.1995г., вступил в силу 16.05.1995г., РАГХТ 1995/10.

⁷ РА Судебный Департамент, Отдел Судебной Практики, “Отчет 2010г. о Рассмотрении Дел о Банкротстве”. 03.01.2012г. <http://www.court.am/?!lo&id=50>.

⁸ The new French insolvency law. Freshfields Bruckhaus Deringer, February 2006, 1. 03.01.2012 <http://www.freshfields.com>.

1. 60 дней и более длительный срок просрочки по обязательствам (inability of making payments-illiquidity) или
2. превышение обязательств должника по сравнению со стоимостью его активов (over-indebtedness-несостоятельность баланса).

Для этих двух основ необходим единственный признак: неоспоримое платежное обязательство, превышающее тысячекратный размер минимальной заработной платы (1 миллион драм или больше). Следовательно, для того чтобы субъект предпринимательского права в Армении был признан банкротом, он должен иметь: 1. 60 дней или более длительный срок просрочки по обязательствам в 1 миллион драм или больше (применяется, когда обращается кредитор) и 2. обязательства должника должны быть 1 миллион драм и превышать стоимость его активов (применяется, когда обращается кредитор).

Это регулирование действует после принятия «Закона о внесении изменений в Закон РА о Банкротстве» 22 Декабря 2010 года по инициативе Правительства РА⁹, который согласно авторам инициативы должен был устранить внутренние противоречия закона. Согласно пункту 1 антиобоснования законопроекта Закон не определяет достаточно ясно основы признания банкротом, так как в случае добровольного банкротства не предусмотрено никаких предпосылок. Пункт 2 того же антиобоснования предусматривал: «Для признания банкротом согласно пункту 2 Статье 3 Закона определено требование «30 дневный или более длительный срок просрочки по платежным обязательствам». Мы думаем, что 30 дней недостаточный срок для признания банкротом, и законопроектом предлагается определить срок в 60 дней. Одновременно вместо 500 тысяч драм, как минимальный порог для признака банкротства, предусматривается порог в 1 миллион драм»¹⁰. Мы полагаем, что в условиях прошлого регулирования внутреннее противоречие отсутствовало, так как в случае принудительного банкротства это свойство необходимо кредитору, чтобы «видеть» финансовые трудности должника. А в случае добровольного банкротства такое свойство вообще не нужно, так как должник наилучшим образом владеет информацией о своей финансовой ситуации. В перспективе надо отказаться от любого свойства банкротства. Во-первых: почему субъект в ± 1.000.000 драм должен быть признан банкротом, а субъект с задолженностью 950.000 или 200.000 драм – нет, если у него действительно нет достаточно средств; во-вторых: выявление этого свойства может быть признаком деловой недобросовестности, что преодолимо в порядке иско-

вого производства. В связи с этим вопросом хотелось бы представить некоторые соображения. Увеличение или снижение денежного порога ничего не меняет в фактическом статусе субъекта, имеющего финансовые трудности. В законопроекте изменений авторы абсолютизируют значение этих свойств, что является последствием механического, а не правового применения основ банкротства.

Две европейские модели банкротства - французская (Статья L.640-1 Коммерческого Кодекса с поправками от декабря 2008 г.) и немецкая (Немецкий закон о неплатежеспособности (Insolvenzordnung) 1999 г., § 17, 18, 19):

1. не предусматривают каких-либо денежных или временных признаков,
2. для юридических и физических лиц определяют дифференцированные основы – соответственно неплатежеспособность и платежная неспособность, и
3. предусматривают возможность инициирования процедур банкротства по заявлению кредитора и должника – в случае любых из вышеуказанных признаков.

Ни внедрение какой-либо европейской модели, ни изменения основ или признаков банкротства не могут решить вопрос эффективного применения норм института банкротства судом – согласно их сущности, общественным и индивидуальным интересам или обоснованным соотношениям этих интересов. Рассматривая дело о банкротстве принципиальным является изучение судом *ex officio* всех обстоятельств финансово-хозяйственной ситуации должника и на этой основе принятие решения судом о признании должника банкротом – не ссылаясь только на внешние признаки. Несомненно, в Армении и на законодательном, и на практическом уровне суд ограничен позитивным правом, которое в свою очередь построен на очевидным ликвидационным направлением (например, Статьи 12, 16, 17, 58, 60 и 64). Однако только решения, соответствующие принципам института могут считаться правовыми. Тем временем признание платежеспособного субъекта банкротом и использование процесса ликвидации по отношению к нему не может считаться правовым решением, независимо от того, насколько оно соответствует положениям законодательства. Так, суд первой инстанции Армавирского марза Армении решением от 20.09.2011 г. отклонил заявление ликвидационной комиссии о признании ЗАО «Баграмянский нефтепродукт» банкротом на том основании, что у должника отсутствуют признаки банкротства¹¹. Тем временем, часть 5 Статьи 67 Гражданского Ко-

⁹ Принят 22.12.2010г., вступил в силу 05.02.2011г., РАГХТ 2011.01.26/4(807) Стат.43.

¹⁰ На 03.01.2012г. <http://www.parliament.am/drafts.php?sel=showdraft&DraftID=4341&Reading=0>.

¹¹ Суд общей юрисдикции Армавирского марза Армении, АРД/0026/04/11, принято 20.09.2011г., 03.01.2012г. доступно на www.datalex.am.

декса Армении¹² устанавливает следующее правило: «Если стоимость ликвидируемого юридического лица недостаточна для удовлетворения требований кредиторов, то оно может быть ликвидировано только с применением процедур банкротства». Даже если вопрос рассматривается в контексте конкуренции специальных и общих норм, вышеупомянутая норма Гражданского Кодекса Армении больше соответствует сущности института банкротства и ее назначению. Правовое решение сложившейся ситуации можно было найти, если сопоставить части 2 и 3 Статьи 5 и Статьи 3 Закона, из чего следует еще одна основа признания должника банкротом (без временного и денежного признака). Однако, эта основа применима только по отношению к ликвидирующим юридическим лицам.

III. Заключение

Рассматривая законодательство и опыт его применения мы можем прийти к заключению, что при условиях развитой профессиональной правовой культуры действующее законодательство создает достаточные основы для решения вопросов банкротства должника, если антинаучные «реформы» постепенно не усложнят существующую систему.

Можно пойти путем системных реформ законодательства – ликвидировать признаки банкротства, увеличить или уменьшить влияние суда на отдельные аспекты производства банкротства или менять очередность процессов (например, применение процедуры финансового оздоровления по инициативе суда, внедрение других оздоровительных процедур). Однако такие правовые решения в условиях нашей действительности могут ставить субъекты предпринимательского права в крайне неопределенную ситуацию. Процесс системного пересмотра законодательства будет эффективным только в том случае, если он будет основан на классических принципах законоотворчества.

¹² Принят 05.05.1998г., вступил в силу 01.01.1999 г., РАГХТ 1998.08.10/17(50).

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ АКЦИОНЕРОВ ЗА ОБЯЗАННОСТИ КОРПОРАЦИИ – НАРУШЕНИЕ КОРПОРАТИВНОЙ ОБОЛОЧКИ

I. Введение

В корпорациях владельцы акций (долей) не отвечают за обязательства предприятия². Однако ограничение ответственности представляет собой не абсолютный принцип, а правило, допускающее исключения. Более того, для пресечения злоупотребления ограничением ответственности³ подобное правило можно рассматривать в качестве составной части принципа ограниченной ответственности⁴. В пользу целесообразности ограниченной ответственности свидетельствуют многие экономические факторы⁵. Одновременно с этим, ограниченные возможности пренебрежения ими (проникновение за корпоративный занавес) представляют собой необходимую возможность предотвращения несправедливых действий со стороны акционеров. Соответственно, общая идея, которая опирается на доктрину нарушения корпоративной оболочки (*Piercing the Corporate Veil, Durchgriffshaftung*), подразумевает снятие ограничения ответственности для предотвращения несправедливости⁶.

В отличие от законодательства многих других стран, в грузинском корпоративном праве возможность нарушения корпоративной оболочки является законодательным положением. Согласно ст. 3.6 Закона Грузии о предпринимателях:

«Ограниченный партнер коммандитного общества, партнеры общества с ограниченной ответственностью, акционерного общества и кооперати-

ва лично отвечают перед кредиторами общества, если они злоупотребили правовыми формами ограничения».

Несмотря на то, что текст закона прямо не указывает на это, думаю, что нарушение корпоративной оболочки является правовым орудием дополнительного (акцессорного) характера, подразумевающим наличие обязательств предприятия, за которые ответственный, в силу конкретных обстоятельств, также и владелец (партнер/акционер) корпорации⁷. Одной из предпосылок возникновения подобных обязательств является невозможность предприятия (главного должника), удовлетворить просроченные требования кредитора (т.е. его неплатежеспособность)⁸. Данный вывод вытекает из следующей аргументации: целью нарушения корпоративной оболочки является защита интересов кредиторов против недобросовестности акционеров (злоупотребление ограничением ответственности). Единственной заботой соответствующего положения Закона Грузии о предпринимателях являются именно кредиторы. Защищаемые перед предприятием интересы кредитора исчерпываются ожиданием своевременного и полного удовлетворения требований. Если недобросовестные действия акционера не повлияли отрицательно на своевременное удовлетворение (т.е. неплатежеспособность) требований кредитора, то нет и защищаемых интересов кредитора. Поэтому в платежеспособном предприятии не оправдано пренебрежение ограниченной ответственностью.

Думаю, что, исходя из комплексности вопроса, сложно, даже нецелесообразно исчерпывающее, полное законодательное урегулирование нарушения корпоративной оболочки, таким образом, чтобы текст закона явился всеобъемлющим руководством для суда. Разносторонние правовые вопросы часто не подлежат исчерпывающему и однозначному урегулированию. Уточнение общего, на первый взгляд, непонятного законодательного урегулирования, является делом судебной практики. Суд должен выделить конкретный фактический состав злоупотребления формами ограничения ответственности. К сожалению, судебная практика Грузии пока не имела возможности рассуждать о нарушении корпоративной оболочки.

Критики упрекают доктрину нарушения корпоративной оболочки в неясности⁹. Хотя, как отмечалось выше, неясность не имеет объективной основы. Исходя из общих целей предотвращения несправед-

¹ Доктор права, ассоциированный профессор корпоративного права Школы Права Кавказского Университета (Caucasus University School of Law).

² См. Закон Грузии о предпринимателях, ст. 3.3 ч. 2.

³ Wormser, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, 12 Colum. L. Rev. 1912, 496, 497; Morrissey, *Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order*, The Journal of Corporation Law, 2007, 529, 541, URL: <http://ssrn.com/abstract=1109180>; *U.S. v. Bestfoods*, 524 U.S. 51, 118 S.Ct. 1876, 141 L.Ed.2d 43 (1998); *Dorton v. Dorton*, 77 N.C.App. 667, 336 S.E.2d 415, 418 (N.C. App., 1985).

⁴ *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 475 (2003); 18 Am Jur 2d Corporations § 47 (LexisNexis 2008).

⁵ См. Георгий Джугели, *Защита капитала в акционерном обществе*, 2011г, со С. 11.

⁶ *De Witt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F.2d. 681 (4th Cir. 1976); Morrissey, 529, 541.

⁷ *Morris v. New York State Dept. of Taxation and Finance*, 603 N.Y.S.2d 807, 810, 82 N.Y.2d 135 (N.Y., 1993); 18 Am Jur 2d Corporations § 47 (LexisNexis 2008).

⁸ См. Закон Грузии о производстве по делу о неплатежеспособности, ст. 3 подпункт а.

⁹ David Millon, *The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing*, 89 Texas Law Review, URL: <http://ssrn.com/abstract=1711335>

ливости, очень трудно заранее определить ориентированные на все возможные случаи обстоятельства. Поэтому, исходя из конкретного дела, суды опирают решения о нарушении корпоративной оболочки на разные обстоятельства. Свойственная институту нарушения корпоративной оболочки определенная неясность связана с методом правового урегулирования, которое условно можно назвать опирающееся на стандарты (подходы) урегулирование или *ex post*. В данном случае метод урегулирования однозначным и исчерпывающим порядком заменяется общими принципами, содержание которых устанавливается судом в каждом отдельном случае оценкой конкретных обстоятельств. Подобный подход становится необходимым, если ввиду многосторонности вопроса очень сложно заранее разработать единое четкое правило. Более того, в случае «исчерпывающего» урегулирования закон может стать путеводителем правонарушений вместо средства пресечения нарушений. Соответственно, определенная неясность законных положений иногда определяется необходимостью.

II. Пределы ограниченной ответственности

Корпорация, как правовой субъект, отличается от ее акционеров. Предприятие отвечает, независимо от своих обязанностей, всем своим имуществом. Акционер не ответственен даже в том случае, если все акции предприятия в его руках. Отклонения от данного принципа допустимы только в том случае, если его соблюдение содействует происхождению несовместимых с правовой идеей добросовестности и предотвращения несправедливости последствий¹⁰. Например, в немецком корпоративном праве т.н. доктрина целесообразности (**Normzwecklehre**)¹¹ старается исследовать основу нарушения корпоративной оболочки. Согласно этому, необходимо пренебрегать ограниченной ответственностью, если ее последствия противоречат правовым интересам сторон и объективной цели нормы. Субъективная теория умышленного злоупотребления (**subjektive Missbrauchstheorie**) видит оправдание нарушения корпоративной оболочки в умышленном злоупотреблении акционером применения статуса юридического лица. Согласно данной доктрине, злоупотреблением юридического лица

в обход закона является попытка нарушения договора или причинения вреда третьему лицу¹².

Исключением, когда допустима личная ответственность партнера/акционера, Закон о предпринимателях считает «злоупотребление» ограниченной ответственностью. Следует отличать случаи, когда ответственность акционера за обязанности предприятия имеет другую независимую правовую основу: ответственность акционера за обязанности общества, вытекающие из договора поручительства или гарантии. Кроме этого, личная ответственность акционера может возникнуть на стадии подготовки договора (например, **culpa in contrahendo**), или на основании деликта.

III. Предпосылки нарушения корпоративной оболочки

1. Общие основы

Как и отмечалось, необходимой предпосылкой нарушения корпоративной оболочки является «злоупотребление» акционером/партнером ограниченной ответственностью. Думаю, что для злоупотребления акционер должен иметь возможность решительного влияния на действия корпорации – т.е. потенциал злоупотребления правовой формой общества. На это способны не любые, а исключительно доминирующие акционеры¹³ или действующая по соглашению группа акционеров. Влияние на корпорацию является точкой отсчета при рассмотрении вопроса нарушения корпоративной оболочки. Наличие доминирующих акционеров (или совместно действующая группа акционеров) еще недостаточно для возложения акционерам ответственности за обязанности корпорации. Отклонения от принципа ограниченной ответственности допустимо только в том случае, когда соблюдение корпоративной формы, т.е. принципа ограниченной ответственности повлечет за собой несправедливые последствия. Несправедливые последствия настанут, если останутся «ненаказуемыми» умышленные действия влиятельного акционера под корпоративной оболочкой во вред третьим лицам или же «принуждение» корпорации к таким действиям. Таким образом, при решении вопроса об ответственности необходимо учитывать как общий потенциал оказания влияния на корпорацию, а также конкретные обстоятельства, указывающие на связь между действиями предприятия и влиянием акционера. Вторым необходимым признаком ответ-

¹⁰ См. мнение Верховного Федерального суда Германии, BGHZ 22, 226, 230; BGHZ 54, 222, 224; BGHZ 68, 312, 315; BGHZ 78, 318, 333; BGHZ 29, 385, 392.

¹¹ Мюллер-Фрайенфельс 156 (1957), 522; см. также Ульмер, юбилейное издание Дуден, 1977, С. 661, 678, 679; Штмпель, юбилейное издание Горделера, 1987, С. 601-605, Койнг Еженедельный юридический журнал, 1977, 1793; Шанце, единоличное общество и проникновение за корпоративный занавес, 1975, со С. 102; Риттнер, формируемое юридическое лицо, 1973, со С. 271; Вайк, Штаудингер, Гражданский Кодекс Германии (2005), ком. к ст. 21 и последующим статьям, сноска на полях 43.

¹² Серик, Правовая форма и реальность юридических лиц, 1955 (1980), со С. 203, см. также Демпевольф, 1961, 969, 972, Штаудер, ООО, 1968, 72, 74; Баушке 1975, 1322, 1324, 1325.

¹³ Относительно понятия «доминирующего акционера» см. Джугели, Защита капитала в акционерном обществе, 2011, со С. 241.

ственности акционера является «злоупотребление» ограничением ответственности (см. ниже).

В корпорациях с многочисленными малыми акционерами, учитывая обстоятельства их решительного влияния на действия корпорации, суды воздерживаются от нарушения корпоративной оболочки¹⁴. Такие корпорации, в основном, представляют собой эмитенты публичных ценных бумаг. Целью воздержания судов является фактическое и не только формальное разграничение в публичных корпорациях между собственностью и контролем, ввиду чего ограничено влияние акционеров на дела корпорации. Они играют роль пассивных инвесторов. К тому же, польза ограниченной ответственности¹⁵ в особенности важна именно для ориентированных на рынок капитала корпораций, что содействует эффективному функционированию рынка ценных бумаг и ликвидности ценных бумаг. Соответственно, упрощается привлечение корпорациями новых инвестиций. Нарушение корпоративной оболочки свойственно корпорациям, находящимся в собственности малочисленных акционеров, определяющую роль в управлении которыми однако играют крупные акционеры. Возможность важного влияния на управление одним предприятием возникает также в условиях концерна, что представляет собой вторую группу типичных случаев нарушений корпоративной оболочки.

2. Классификация

В юридической литературе различают между двумя основными группами нарушения корпоративной оболочки в зависимости от того, какого характера правовая связь существует между кредитором и корпорацией – договорная или деликтная¹⁶.

а) *Нарушение оболочки в пользу договорных кредиторов*

Из случаев, когда возложение ответственности на акционеров за обязанности корпорации оправдано, следует еще раз выделить два основных признака: существенное влияние на решения корпорации (контроль) и недобросовестные действия (по отношению к кредиторам, «злоупотребление» ограниченной ответственностью). Оба составных компонента необходимы для допущения нарушения корпоративной оболоч-

ки. Если власть акционера на корпорацию не настолько сильна или не имела решающего влияния на действия корпорации, то главный принцип – ограничение ответственности на имущество корпорации – должен остаться неизменным. В данном случае, причиной невыполнения корпорацией обязанностей или принятия неправильных решений не является влияние акционеров. С другой стороны, если акционер не проявил недобросовестность или не совершил незаконных действий, то основой пренебрежения ограниченной ответственностью не может явиться всего лишь факт оказания влияния на предприятие. В противном случае, и добросовестный акционер не почувствовал бы себя защищенным.

Кредитор сам выбирает при договорных отношениях корпорацию, как сторону договора и, как правило, может, предварительно изучить ее платежеспособность или потребовать средство обеспечения. Установлением договорных отношений кредитор признает, что его требования к корпорации могут быть удовлетворены исключительно на основании имущества корпорации. Поэтому оправданием нарушения корпоративной оболочки не пригодится всего лишь невыполнение корпорацией договорных обязательств или же невозможность удовлетворения требований кредиторов имуществом корпорации. Необходимо наличие и других обязательств, оправдывающих пренебрежение ограничением «согласованной» ответственности.

Само «злоупотребление» следует понимать, как неправильное действие, повлекшее за собой последствия в ущерб кредиторам¹⁷. Обстоятельствами, оправдывающими пренебрежение ограничением согласованной ответственности, могут быть предоставление влиятельным акционером (или посредством его влияния корпорацией) **неполной или неточной информации об имущественном положении предприятия при разработке или выполнении договора или создание неправильного представления о нем у кредиторов**. Таким образом, нарушение корпоративной оболочки допустимо, если владелец предприятия, в ответ на требования кредитора, или же по собственной инициативе, выдает неполную или искаженную информацию о финансовом положении предприятия. Иногда владелец корпорации сознательно создает кредитору ошибочное впечатление о «безоблачном» финансовом будущем предприятия, чтобы подтолкнуть его к заключению договора. Допущение исключения из принципа ограниченной ответственности возможно также созданием таких обстоятельств владельцем корпорации или связанным предприятием или же убеждением кредитора, что погашение

¹⁴ В эмпирическом анализе судебных решений США на данные тенденции указывает Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1055 (1991).

¹⁵ См. Джугели, Защита капитала в акционерном обществе, 2011г., со С. 11.

¹⁶ Предложенная классификация опирается, в основном, на принципы Gevurtz, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, Or. L. Rev., 1997, 853, 858-861

¹⁷ *U-CAN-II, Inc. v. Setzer*, Case No. 1D03-2150 (Fla. App. 1st Dist. 11/26/2003), 870 So. 2d 99 (Fla.App. 1st Dist., 2003); *Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes*, 450 So.2d 1114 (Fla., 1984); 18 Am Jur 2d *Corporations* § 47 (LexisNexis 2008).

долгов корпорации было бы обеспечено его ресурсами. Например, доминирующий кредитор или главное предприятие заявляют кредитору, что они обеспечат выполнение обязательств подчиненной корпорацией. Возможно и упрочение впечатления сходством взаимосвязанных предприятий, осуществлением совместной деятельности, консолидированными финансовыми отчетами, координированным управлением, общим офисом и т.д. Тут же следует отметить, что только доминирующее положение акционеров, даже полный контроль корпорации, или же совместное или координированное управление взаимосвязанными предприятиями не представляют собой достаточной основы для нарушения корпоративной оболочки. Одним из видов искажения информации об имущественном положении предприятия является невозможность разграничения между имуществом акционера и общества¹⁸. Причиной неясности, как правило, является неполноценная финансовая документация предприятия.

Кредитор может заранее исследовать финансовое положение противоположной стороны договора и, опираясь на последствия, принять решение. Сознательный кредитор может отказаться от отношений с предприятием с непрочным имущественным положением, либо потребовать дополнительные средства обеспечения от предприятия и акционеров. Если предоставленная финансовая информация не соответствует действительности, то основой нарушения корпоративной оболочки является недобросовестность противоположной стороны. Требование кредитора о нарушении корпоративной оболочки является необоснованным, если у него была возможность исследовать имущественное положение противоположной стороны или потребовать средства обеспечения, и он не сделал этого. Например, банк, выдающий кредит без исследования финансового положения корпорации-заемщицы и без требования обеспечения, не имеет права на исправление собственной неосторожности нарушением корпоративной оболочки.

Несмотря на вышесказанное, неизучение кредитором финансового положения противоположной стороны не всегда освобождает владельца корпорации (доминирующего акционера) от личной ответственности. От кредиторов краткосрочных, мелких торговых сделок не всегда можно потребовать тщательного исследования имущественного положения будущих партнеров или же требования средств обеспечения¹⁹. Если предприятие находится в тяжелом финансовом положении, то оно обязано воздерживаться от заклю-

чения сделок, если оно, конечно, не сможет выполнять договорных обязательств. А контролер корпорации (т.е. доминирующий акционер) обязан сообщить кредитору о сложностях компании на стадии подготовки договора. Даже если кредитор не потребует финансовой информации от предприятия, это обязательство исходит из общего принципа добросовестности²⁰. Недобросовестность владельца корпорации проявляется в данном случае в неразглашении информации. Недобросовестно поступает тот, кто берет на себя обязанности, имея достаточную основу предполагать, что не сможет их выполнить. Следует отметить, что целесообразность нарушения корпоративной оболочки зависит часто при договорных отношениях от рыночных возможностей кредитора (т.е. насколько он в состоянии внести в договор приемлемые для него условия) и от содержания самой сделки. Например, малые кредиторы, как правило, не имеют возможности тщательно изучить имущественное положение должника или же согласовать средства дополнительного обеспечения (например, в виде поручительства, гарантии или имущественного обеспечения акционера).

Иногда недобросовестные действия акционера не направлены непосредственно против кредитора. Соответственно, кредитор не вводится в заблуждение в связи с имущественными возможностями предприятия. Однако, вместо этого, акционер отбирает у предприятия ресурсы выполнения обязательств. В контексте договорных кредиторов вторую группу недобросовестных действий составляет **сознательное ухудшение имущественного положения предприятия в ущерб кредиторам (т.н. грабеж предприятия)**²¹. Нарушение корпоративной оболочки оправдано нарушением интересов кредиторов, распылением необходимого для выполнения обязательств предприятия имущества и ослаблением его платежеспособности²². В данном случае корпорация теряет нужные для выполнения обязательств средства вследствие неправильного выноса доминирующими акционерами активов из корпорации. Часто подобные действия осуществляются заключением сделок корпорации с акционером или связанными с ним лицами, которые явно не соответствуют рыночным условиям. Корпорация не получает адекватного возмещения взамен выданных акций. Можно сказать, что доминирующий акционер в данном случае нарушает фидуциарные обязательства, возлагаемые на него из-за активного участия в управлении пред-

¹⁸ Ладо Чантурия/Тедо Нинидзе, Комментарии к Закону Грузии о предпринимателях, второе издание, 1998г., С. 67-68.

¹⁹ Daniel J. Morrissey, Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order, The Journal of Corporation Law, 2007, 530, 546. URL: <http://ssrn.com/abstract=1109180>; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability and Corporation, 52 U. CHI. L. REV. 89, 113 (1985).

²⁰ Думаю, что подобное соображение лежит в основе второго предложения ст. 318 Гражданского Кодекса Грузии.

²¹ Следует привести сугубо обобщенно охарактеризованные в ст. 35 Закона Грузии о производстве по делу неплатежеспособности действия.

²² Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, Or. L. Rev., 1997, 853, 875, 881.

приятием²³. Следует подчеркнуть также, что передача доминирующему акционеру имущества от корпорации само по себе не является основой пренебрежения ограничением ответственности. Акционер вправе получать дивиденды от прибыли корпорации. Он также может предложить собственное имущество корпорации для пользования, потребовав взамен возмещение и получив вознаграждение как руководитель корпорации. В оправдание нарушения корпоративной оболочки дополнительно необходим умысел акционеров в причинении ущерба (в том числе, посредственного) кредиторам. Более того, нет необходимости в планировании действий, наносящих ущерб конкретному кредитору или обобщенно кредиторам. Достаточно, чтобы обстоятельства создавали разумное предположение о том, что доминирующие акционеры осознавали вероятность нанесения ущерба платежеспособности предприятия (т.е. способности удовлетворения подлежащих уплате требований). Последствиями подобных действий является ограничение доступности кредиторов к имуществу корпорации. Имущественные потери предприятия, как следствие неосторожности или некомпетентности акционера (т.е. без умышленного изъятия необходимых для сохранения платежеспособности корпорации средств), не представляют основу нарушения корпоративной оболочки. Причиной такого воздержания является то обстоятельство, что неудачное функционирование предприятия может быть *post factum* довольно просто объяснено неосторожностью доминирующего акционера (исходя из т.н. проблемы вероятности предвзятого восприятия)²⁴. Поэтому выравнивание неосторожности и целенаправленного «грабежа» имущества корпорации увеличивает риск личной ответственности акционеров и, предположительно, обесценивает значение самой ограниченной ответственности.

б) *Нарушение корпоративной оболочки в пользу деликтных кредиторов*

Исходя из понятия деликта, ответственность не подразумевает наличия договорных отношений, она основывается на требовании из причинения ущерба (например, ответственность производителя продукции, ответственность предприятия за действия работника и прочее). Пострадавшие не имеют также возможности к согласованию дополнительных средств обеспечения. Поэтому можно предполагать, что деликтные кредиторы заслуживают больше поддержки при решении вопроса о нарушении корпоративной оболочки²⁵. Некоторые авторы требуют отмены ограниченной ответственности за деликтные обязательства и введения неограниченной ответственности *pro rata* для акционеров²⁶. В американском праве деликтные обязательства связаны с доктриной интернализации затрат, которые, в основном, были сформированы в связи с ответственностью за причинение ущерба продуктами или при исполнении служебных обязанностей. Согласно данной доктрине, угроза нарушения корпоративной оболочки справедливо вынуждает корпорацию нести затраты для осуществления разумных мер по предотвращению ущерба²⁷.

Естественно, основой пренебрежения корпоративной структурой не может в деликтном контексте послужить передача неточной информации для кредиторов или же создание ошибочного представления. Деликтные требования вытекают из причинения ущерба, а не из нарушений договора. В данном случае следует опираться на аргумент имущественного ослабления, являющийся последствием сознательного действия или бездействия влиятельных акционеров. Соответственно, в пользу деликтных кредиторов свидетельствует то обстоятельство, если доминирующие акционеры неправовыми сделками причиняют ущерб платежеспособности корпорации, а также если владельцы (акционеры) корпорации явно недостаточными средствами (собственные и привлеченные) оснастили ее для обеспечения свойственных для деятельности предприятия рисков. В американской и немецкой литературе и судебной практике определена основа нарушения корпоративной оболочки – несоответствующая (неадекватная) капитализация предприятия (*undercapitalization, Unterkapitalisierung*), приобретающая нагрузку именно при нарушении корпоратив-

²³ Думаю, существование подобного обязательства вытекает из аналогии к ст. 9.6, 54.6 Закона Грузии о предпринимателях. Факт, что на доминирующего акционера возлагается усиленная ответственность за воздержание от наносящих ущерб предприятию действий, ясно виден в особом положении, посвященном обязательствам доминирующего партнера/акционера (см. ст. 3.8, 53.4 Закона Грузии о предпринимателях). Исходя из правления предприятием, об обязанности тщательности подробно см. Чантурия, Корпоративное управление и ответственность руководителей в корпоративном праве, 2006, см. со С. 202.

²⁴ О проблеме предвзятого восприятия см. Rachlinski, A Positive Psychological Theory of Judging in Hind-sight, Cass S. Sunstein (Ed.), Behavioral Law and Economics, 2000, 95, 110 et seq.; Bainbridge, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, 57 Vanderbilt Law Rev. 83 et seq. (2004); Jolls/Sunstein/Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stanford Law Review, 1471, 1522, 1523 (1998): "tendency of decisionmakers to attach an excessively high probability to an event simply because it ended up occurring."; см. также Джугели, Защита капитала в акционерном обществе, 2011 г., С. 255.

²⁵ Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability and Corporation, 52 U. CHI. L. REV. 89, 112 (1985). Однако, о противоположном свидетельствуют эмпирические данные Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1058 (1991).

²⁶ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, Toward Unlimited Liability for Corporate Torts, 100 YALE L.J. 1879, 1880–81 (1991).

²⁷ Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, Or. L. Rev., 1997, 853, 860-61.

ной оболочки в пользу кредиторов с деликтными обязательствами. Данное обстоятельство объясняется природой договорных и деликтных обязательств.

Понятие недостаточной капитализации, на первый взгляд, довольно неясно. Здесь не подразумевается предписанная законодательством обобщенно или для конкретной сферы цифра начального минимального (т.н. уставный) капитала или же любая другая фиксированная сумма²⁸. Справедливым масштабом достаточной капитализации являются риски ответственности, которые исходят из деятельности предприятия и которые должны быть гарантированы корпорацией собственными и привлеченными средствами. Невозможно заранее установить величину достаточного для всех предприятий капитала. Каждое предприятие нуждается в количестве отличительного имущества, исходя из особенностей деятельности. Поэтому, главное, чтобы в конкретном случае имущественные ресурсы предприятия соответствовали возможным деликтным рискам. В этом отношении в американской правовой литературе подчеркивается потребность страхования деликтной ответственности (*liability insurance*), которая должна соответствовать рискам, исходя из деятельности предприятия. Как уже отмечалось, основой нарушения корпоративной оболочки в пользу деликтных кредиторов является предотвращение недопустимой экстернализации связанных с превенцией ущерба затрат²⁹. Поэтому главным вопросом, который должен оценить суд, является: соответствуют ли находящиеся в распоряжении предприятия средства возможным рискам, исходя из его деятельности. Одновременно, несоответствие между имуществом предприятия и рисками должно быть настолько явным, чтобы все приравнивалось к предпринимательской деятельности за счет кредиторов – т.е. осуществляется экстернализация предпринимательских затрат.

с) Бремя доказывания

При требовании нарушения корпоративной оболочки истец должен доказать, что акционер общества злоупотребил формой ограниченной ответственности. Обстоятельства должны подтвердить влияние партнера на предприятие, повлекшее за собой причинение ущерба кредитору. Кроме этого, влияние акционера и, исходя из этого, действия общества, должны противоречить принципам действия добросовестного предпринимателя. Примерами тому служат сознательное искажение доминирующим акционером ин-

формации о предприятии, умышленное повреждение платежеспособности предприятия³⁰. Обстоятельства также могут доказывать, что акционеру заранее было известно о невозможности выполнения предприятием обязательств.

Например: Строительная компания продолжает заключение договоров о строительстве и отчуждении недвижимости несмотря на то, что доминирующему акционеру, исходя из обстоятельств, должно было быть известно о том, что компания не сможет выполнить заказы ввиду финансовых сложностей.

Как правило, истец должен доказывать влияние доминирующего партнера на конкретные, причиняющие ущерб, действия предприятия. Однако, считаю, что обобщенно активное участие влиятельного акционера в принятии предпринимательских решений уже является основой в создании т.н. *prima facie* – доказательства изначального подозрения.

Деликтному кредитору следует доказать, что имущественные ресурсы предприятия явно не соответствовали тем рискам, которые свойственны той деятельности, которое осуществляло предприятие.

Поскольку основой ответственности акционера являются причиняющие третьим лицам ущерб действия, следует подчеркнуть еще одно обстоятельство: в целом ряде случаев ответственность акционера доказывается определяющими деликтные обязательства положениями (в основном, ст. 992), когда возможно доказать причиняющий ущерб умысел или неосторожные действия действующего лица относительно факта нанесения ущерба кредитору и непосредственную причинную связь между его действиями и наступившим ущербом.

IV. Выводы

Нарушение корпоративной оболочки опирается на следующие принципы: предпосылкой нарушения корпоративной оболочки является однозначный контроль акционера над действиями корпорации; акционер, несмотря на корпоративную оболочку, ответственен по существу за собственные действия, а не за действия корпорации. Правовой основой нарушения корпоративной оболочки являются недобросовестные, неправомерные действия акционера (говоря языком закона: «злоупотребление формами ограничения ответственности»). Недобросовестность выражается в обмане или умолчании (непредоставление информации) в связи с имущественным положением корпорации, если при установлении договорных связей влиятельный акционер знал, что корпорация не в состоянии выполнить взятые на себя обязательства ввиду крайнего финансового состояния, а также при-

²⁸ См. подробно Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, Or. L. Rev., 1997, 853, 888-896.

²⁹ См. Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, Or. L. Rev., 1997, 853, 861.

³⁰ Подразумевается объективный масштаб – обстоятельства свидетельствуют о том, что партнер это сознавал.

выносе имущества из корпорации в ущерб платежеспособности предприятия.

Ответственность акционера за обязательства корпорации в пользу деликтных кредиторов оправдана, если имущество корпорации явно не соответствует возможным рискам, связанным с деятельностью предприятия.

Приведенные в статье рассуждения можно представить в качестве следующей схемы:



Модельный закон об акционерных обществах для государств СНГ и вопросы корпоративного управления

I. Общие положения

28 октября 2010 года межпарламентская ассамблея государств СНГ приняла новую редакцию модельного закона об акционерных обществах.² Создатели закона³ постарались отразить в этом основополагающем для рыночного хозяйства и рынка ценных бумаг правовом акте все достижения современного акционерного права. Среди новшеств закона заслуживает внимания корпоративное управление, которое является предметом международных дискуссий последние двадцать лет⁴ и определенные выводы данных дискуссий можно было предусмотреть в законе.

В теории и практике корпоративного управления общепризнано, что судьба имущества акционерных обществ находится в руках руководителей этих обществ. Они распоряжаются этим имуществом, от них зависит коммерческий успех акционерного общества. В оперативной работе органов управления акционеры, как правило, сами не участвуют.⁵ Как правильно и образно отмечает профессор

Ф.С. Карагусов, «акционеры как бы отчуждаются от своего имущества, которое они объединили как имущественную базу для хозяйственной деятельности акционерного общества».⁶ Однако, согласно хорошим стандартам корпоративного управления, они должны иметь гарантии того, что произведенные ими инвестиции руководителями акционерного общества будут использованы разумно и заботливо в интересах самого общества и акционеров.⁷ Задача законодателя, особенно в условиях переходного от плановой к рыночной экономике периода, заключается в законодательном закреплении четкой, транспарентной и построенной на принципах ответственности структуры органов управления АО.⁸ Модельный закон об АО старается соответствовать в этом вопросе современным стандартам корпоративного управления.⁹

В зависимости от того, как построена система органов управления и контроля внутри акционерных обществ, в корпоративном праве различают две системы корпоративного управления: монистическую и дуалистическую.¹⁰

При монистической системе как управление обществом, так и контроль находятся в компетенции одного органа, как правило, именуемого советом директоров или бордом. Хотя внутри этого органа функции управления и контроля могут быть перераспределены

¹ Доктор права, профессор Тбилисского государственного университета, гостпрофессор Университета Киль (Германия)

² <http://www.iacis.ru/html/index.php?id=17&nid=1183&find=Об%20акционерных%20обществах>

³ В рабочую группу по разработке новой редакции закона об акционерных обществах входили: доктор права Ханс-Йоахим Шрамм (руководитель рабочей группы), доктор права Макс Гутброд, профессор Фархад Карагусов, профессор Рольф Книпер, доктор права Дмитрий Степанов, профессор Ладо Чантурия.

⁴ Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research. Ed. by Hopt, Kanda, Roe, Wymeersch, Prigge. Oxford.1998; Comparative corporate governance: essays and materials / ed. by Klaus J. Hopt and Eddy Wymeersch. - Berlin; New York: de Gruyter, 1997; Corporate Governance and Directors' Liabilities. Ed. by Hopt and Teubner. Berlin; New York: de Gruyter, 1984; Davis, Kenneth B., U.S. Corporate Governance - The Independent Director's Role. Festschrift für Thomas Raiser. De Gruyter. Berlin. 2005. S. 49-62; Yang, Jin Zhu, Comparative Corporate Governance: Reforming Chinese Corporate Governance. International Company and Commercial Law Review (ICCLR), Volume 16 Issue 1, 2005, P. 8-17; Cromme, Gerhard, (Hrsg./Editor), Corporate Governance Report 2003. Vorträge und Diskussionen der 2. Konferenz Deutscher Corporate Governance Kodex. 2003. Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart.

⁵ Roth, Markus, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands: Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise. - München: Beck, 2001. S. 29-30.

⁶ Ф.С. Карагусов, Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан, второе издание, Алматы: «Бастау», 2011, с. 201.

⁷ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies in Anatomy of Corporate Law, Second Edition, Oxford, 2009, p. 35-54; Davies/Hopt, Control Transactions in Anatomy of Corporate Law, p. 225-274.

Концепция т.н. самоуправляемой модели (Self-Enforcing-Modell), которая легла в основе первого закона об акционерных обществах России в середине 90ых годов прошлого столетия, на практике показала свою несостоятельность, см.: Lado Chanturia, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa 4/2009, S. 97-103.

⁸ Концепция т.н. самоуправляемой модели (Self-Enforcing-Modell), которая легла в основе первого закона об акционерных обществах России в середине 90ых годов прошлого столетия, на практике показала свою несостоятельность, см.: Lado Chanturia, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa 4/2009, S. 97-103.

⁹ Многие стандарты корпоративного управления содержатся в международных документах, которые имеют значение также для государств СНГ: OECD Principles of Corporate Governance. OECD. 2004; Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A plan to Move Forward. Brussels, 21.5.2003 (COM (2003) 284 final; Corporate Governance in Eurasia: A Comparative Overview. OECD. 2004; OECD: Russian Corporate Governance Roundtable (www.oecd.org/document/11/0); Белая книга по вопросам корпоративного управления в России. ОЭСР и Группа Всемирного банка. 2004.

¹⁰ Hopt/Leyens, Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy, in European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 18/2004.

между отдельными членами, все это происходит внутри одного органа.¹¹

В условиях дуалистической системы функции управления и контроля распределены между двумя самостоятельными органами, один из которых, как правило, называется наблюдательным советом и состоит из членов, которые не принимают участие в управлении обществом, а осуществляют лишь контроль над деятельностью органов управления.¹²

Закон предоставляет право выбора между монистической и дуалистической системами управления.¹³ Однако у общества может быть или одна или другая система управления. Смешивание элементов этих разных систем законом не допускается. После выбора одной из систем управления нормы закона о структуре, наименовании и компетенции органов общества являются императивными, и иное регулирование их компетенции в уставе общества допускается только в предусмотренных данным законом случаях.¹⁴

Количество и компетенция органов общества зависит от выбранной системы корпоративного управления: при выборе монистической системы управления органами общества являются общее собрание акционеров и совет директоров, а при дуалистической системе – общее собрание акционеров, наблюдательный совет и правление (ч. 1 ст. 72 Закона). Создание других органов общества на основе устава или других учредительных документов законом не разрешается. Кроме этого, ревизионная комиссия, которая во многих странах СНГ предусматривалась в качестве обязательного органа АО, по новому закону таковым не является. За организацию внутреннего контроля

отвечает правление или совет директоров, а для проверки со стороны акционеров применяется аудиторская проверка, следовательно, услуги аудиторской организации или аудитора.

II. Общее собрание акционеров

1. Общие положения

Поскольку акционеры непосредственно не участвуют в управлении акционерным обществом, общее собрание акционеров является единственным органом АО, где акционеры имеют возможность принимать важные для общества решения. Хотя закон объявляет общее собрание акционеров высшим органом общества (ч. 1 ст. 73 Закона), его компетенция законом регулируется исчерпывающе и её расширение уставом общества допускается только в предусмотренных законом случаях (ч. 1 ст. 74 Закона). Это означает, что в основе структуры органов АО лежит принцип *разделения компетенций*, а не принцип *верховенства* (субординации) органов АО.¹⁵

Общее собрание акционеров проводится в форме годовых и внеочередных собраний. При этом созыв годового общего собрания акционеров является обязательным и за нарушение этого обязательства ответственность возлагается на органы управления общества (см. ч. 2 ст. 76 Закона).

Существенной новеллой закона является введение института *одобрения работы наблюдательного совета и правления или совета директоров* (ст. 75 Закона), что подлежит рассмотрению на годовом общем собрании акционеров. Одобрение работы этих органов общим собранием влечет значительные правовые последствия: оно освобождает членов данных органов от ответственности возмещения ущерба, причиненного обществу при осуществлении ими обязанностей по управлению обществом.¹⁶

2. Созыв общего собрания

Поскольку общее собрание акционеров является главным органом для принятия решений со стороны акционеров, закон подробно регулирует как порядок

¹¹ Gevurtz, Franklin, A., Corporation Law, St. Paul, Minn. 2000, p. 180 ff; Hopt, Klaus J., Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? - Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema. In: Max Hachenburg: dritte Gedächtnisvorlesung 1998 / hrsg. von Peter Hommelhoff. Heidelberg: Müller, 1999. S. 9-47; Ладо Чантурия, Гражданско-правовая ответственность должностных лиц акционерного общества. В журнале «Вестник корпоративного управления» № 6, 2008 г. С. 36-43 (первая часть), № 7, 2008 г. С. 13-17 (вторая часть). (Казахстан), его же, Гражданско-правовая ответственность руководителей акционерных обществ. Корпоративный юрист. № 2, 2007. С. 25-30. (Россия).

¹² Hopt, Klaus J., The German Two-Tier Board: Experience, Theories, Reforms. In: Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research. (Edited by Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mark J. Roe, Eddy Wymeersch, Stefan Prigge). Clarendon Press. Oxford. 1998; Чантурия, Гражданско-правовая ответственность должностных лиц акционерного общества.

¹³ ч. 1 ст. 72 модельного закона об АО: в дальнейшем - Закона. Предоставление права выбора модели корпоративного управления считается современным международным стандартом в области корпоративного управления, см. Hopt, Corporate Governance, Markt und Recht in Hommelhoff/Hopt/Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 45.

¹⁴ Идейным источником такого подхода также послужило акционерное право Германии, согласно которому названия и компетенция органов управления АО императивно закреплены в законе: Hommelhof/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz. Kommentar. 16. Aufl. 2004. § 6, Rn. 4.

¹⁵ В основе такого решения лежит концепция акционерного права Германии, согласно которой компетенция органов АО прямо закреплена в законе и принцип верховенства и подчиненности органов управления не применяется: Hüffer, Uwe, Aktiengesetz. Kurzkommentar. 6. Aufl. Beck, München. 2004, § 76 Rn. 4; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 1986 ff, Vorb. § 76 Rn. 1 ff; Semler/Spindler in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2004, Vor § 76, Rn. 53 ff.

¹⁶ Решение об одобрении должно быть принято на основании достаточной для оценки правомерности работы должностных лиц информации (ч. 3 ст. 75 Закона) и только по тем областям работы, которые были предметом повестки дня на общем собрании (ч. 4 ст. 75 Закона).

созыва общего собрания, так и круг должностных лиц, ответственных за соблюдение этого порядка.¹⁷

Наряду с руководителями АО и большинства акционеров право на созыв внеочередного общего собрания принадлежит также т.н. «миноритарным акционерам».¹⁸ Если требование этих акционеров о созыве общего собрания не будет выполнено правлением или советом директоров общества, что на практике нередко решение о созыве собрания принимает суд. Суд из числа акционеров-истцов назначает лица, ответственного за подготовку и проведение общего собрания. Суд также назначает председателя общего собрания (ч. 2 ст. 77 Закона). Целью этого положения закона является обеспечение эффективной и реальной защиты прав миноритарных акционеров с одной стороны, и обеспечение необходимого контроля со стороны государства с другой стороны. Практика в некоторых странах СНГ дает достаточно доказательств того, что т.н. самоуправляемая модель - *Self-Enforcing-Modell*, при которой созыв общего собрания акционеров по инициативе акционеров осуществляется самими акционерами без государственного контроля, не оправдала себя.¹⁹

Согласно концепции закона информация о созыве общего собрания должна быть доступна для всех акционеров. Эта цель достигается путем детального урегулирования процедуры информирования акционеров о предстоящем собрании акционеров.²⁰

Закон придает особое значение публикации повестки дня общего собрания, признавая ничтожными все решения, которые приняты по вопросам повестки дня и которые не опубликованы надлежащим образом (ч. 5 ст. 81 Закона). Повестка дня может быть изменена на общем собрании только в том случае, если

на нем присутствуют или представлены все акционеры (ч. 8 ст. 82 Закона).²¹

3. Право на участие в общем собрании акционеров

Особенностью АО, в отличие от обществ с ограниченной ответственностью (ООО), является частая и упрощенная смена состава акционеров. Следовательно, большое практическое значение имеет вопрос о том, какие акционеры с какого момента имеют право участвовать в работе общего собрания. Закон определяет условия и сроки составления списка акционеров, имеющих право на участие в общем собрании (ст. 83 Закона). При этом за достоверность и правильность списка акционеров несут ответственность члены правления или совета директоров (ч. 7 ст. 83 Закона).

По-новому урегулирован вопрос кворума общего собрания. Практика показывает, что неоправданно высокий кворум может парализовать работу АО, поскольку из-за отсутствия кворума общее собрание лишается возможности решения важных для АО вопросов. Закон предлагает решение этой проблемы следующим образом: при повторном созыве общего собрания из-за отсутствия кворума общее собрание правомочно принимать решения независимо от количества присутствующих или представленных акционеров (ч. 2 ст. 85 Закона).²²

4. Участие акционера в работе общего собрания

Акционер может осуществлять свое право голоса как непосредственно, так и через представителя. Поскольку в практике крупных акционерных обществ в качестве представителей акционеров, как правило, выступают *финансовые институты*, закон предлагает новые и детальные правила их участия в работе общего собрания.²³ В этой связи следует обратить внима-

¹⁷ Обязанность созыва как годового, так и внеочередного общего собрания лежит на правлении (при дуалистической системе) или совете директоров (при монистической системе). При этом не имеет значения, на каком основании созывается общее собрание: по требованию акционеров (ст. 77 Закона) или на основании решения суда (ч. 4 ст. 76 Закона).

¹⁸ Таковыми признаются акционеры, которым в совокупности принадлежат не менее 5 процентов общего количества голосующих акций.

¹⁹ Об этой модели см.: A Self-Enforcing Model of Company Law for Emerging Markets: Black/Kraakman/Tarassova, Guide to the Russian Law on Joint Stock Companies, Kluwer Law International, 1998, p. 14 ff. О негативных последствиях этой модели на примере России см.: Добровольский, Защита корпоративной собственности в арбитражном суде, Москва, Wolters Kluwer, 2006, Chanturia, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa 4/2009, S. 97-103.

²⁰ (1). Сообщение о проведении общего собрания должно быть сделано не позднее чем за 30 дней до даты его проведения (ст. 78 Закона), (2). Сообщение о созыве публикуется в издании, используемом для публикаций общества (предл. 1 ч. 1 ст. 80 Закона), (3). Сообщение выставляется на веб-сайте общества, (4). Повестка дня общего собрания должна быть доступной для акционеров (ст. 81 Закона) и т.д.

²¹ Относительно повестки дня закон содержит важное положение о том, что по каждому вопросу повестки, по которому общее собрание должно принять решение, правление и наблюдательный совет или совет директоров (в зависимости от системы управления) обязаны в публикации повестки дня указать свои предложения по принятию решения, особенно необходимость и целесообразность данного решения для общества (ч. 3 ст. 81 Закона).

²² Во многих государствах СНГ утвердился институт счетной комиссии, функцией которой является как подсчет итогов голосования, так и составление протокола общего собрания. Согласно модельному закону счетная комиссия является факультативным органом и её создание может быть предусмотрено уставом общества. В обществах, где не предусмотрено создание счетной комиссии, функции счетной комиссии осуществляются нотариусом или корпоративным секретарем (ч. 1 ст. 86 Закона).

²³ К финансовым институтам, согласно закону, относятся организации, имеющие лицензию на деятельность на рынке ценных бумаг, банки, инвестиционные компании и т.д. (ч. 1 ст. 89 Закона).

ние на следующие вопросы: *во-первых*, финансовый институт, в качестве представителя акционера, участвует в работе общего собрания только на основании доверенности, выданной акционером и только в том случае, если акционер дал четкое указание по отдельным вопросам повестки дня, *во-вторых*, если финансовый институт при осуществлении права голоса отступает от указания акционера либо согласованного с акционером до начала собрания предложения, он обязан сообщить об этом акционеру и указать причины, *в-третьих*, осуществление права голоса финансовым институтом вопреки указаниям акционера не влечет недействительности принятых общим собранием решений (ч. 2, 7, 9 ст. 89 Закона).

Закон подчеркивает важность самостоятельного осуществления права голоса акционерами и *запрещает влияние со стороны третьих лиц*, даже со стороны руководства АО. Так, договор или запись в уставе общества, на основании которых акционер обязуется осуществить право голоса по указанию общества, правления или наблюдательного совета или совета директоров, является ничтожным (ч. 1 ст. 90 Закона).²⁴

5. Право акционера на получение информации

Хотя порядок проведения общего собрания акционеров подробно регулируется в статьях 92-97 Закона, следует отдельно выделить порядок реализации *права акционера на информацию* (ст. 97 Закона). Закон предлагает в этом вопросе совершенно новое регулирование данного права. Вместо всеобъемлющего права на информацию, которое закреплено в законах об АО многих стран СНГ, вводится право на информацию по вопросам повестки дня.²⁵

Информация об АО, которая подлежит опубликованию в общем порядке, является доступной для всех акционеров. Использование индивидуального права получения этой информации не обязательно. Поэтому закон уточняет содержание права на информацию и устанавливает, что любой акционер на общем собрании акционеров может потребовать от правления или совета директоров любую информацию, которая необходима «для надлежащего рассмотрения и оценки

вопроса повестки дня общего собрания акционеров» (ч. 1 ст. 97 Закона). Одновременно закон обеспечивает равный доступ всех акционеров к этой информации и устанавливает, что если какому-либо акционеру была предоставлена какая-либо информация, включая информацию, предоставленную до проведения общего собрания, то эта же информация должна быть предоставлена любому другому акционеру на общем собрании (ч. 4 ст. 97 Закона). Отказ в предоставлении акционеру информации может быть обжалован в суде (ч. 6 ст. 97 Закона).

6. Ничтожность решений общего собрания

В отличие от многих законов об АО в государствах СНГ модельный закон уделяет особое внимание *ничтожности решений общего собрания* и порядку обжалования этих решений.

Для определения понятия ничтожности следует обратиться к понятию ничтожности сделок. Однако гражданское право некоторых государств СНГ не знакомо с понятием ничтожных сделок и все недействительные сделки признаются оспоримыми.²⁶ Поэтому необходимо здесь уточнить понятие ничтожности. Ничтожными считаются все решения органов АО, которые приняты с нарушением требований закона и ничтожность, как следствие нарушения, прямо предусмотрено законом. Кроме этого, эти решения являются ничтожными с момента их принятия, независимо от того, будут они оспорены или нет.²⁷

Хотя в ст. 98 Закона перечислены *случаи ничтожности решений общего собрания*,²⁸ этот перечень не является исчерпывающим и в разных положениях закона предусмотрены предпосылки ничтожности отдельных решений.

Закон исчерпывающе определяет круг лиц, имеющих *право обжалования (оспаривания)* решений общего собрания. К ним, прежде всего, относятся акци-

²⁴ В некоторых государствах СНГ предусмотрена возможность проведения общего собрания акционеров в форме заочного голосования – опроса. Рабочая группа по разработке законопроекта была против такой формы общего собрания. Однако она была оставлена на усмотрение национального законодателя: члены СНГ в своих законах могут решить вопрос о целесообразности проведения общего собрания акционеров в форме заочного голосования.

²⁵ Этот подход заимствован также из акционерного права Германии, в котором детально регулируются вопросы получения информации акционерами на общем собрании акционеров. См.: Ладо Чантурия, Ограничение прав акционеров в международной практике. Корпоративный юрист. № 3. 2008. С. 24-30. (Россия).

²⁶ Во многих государствах СНГ утвердился институт *счетной комиссии*, функцией которой является как подсчет итогов голосования, так и составление протокола общего собрания. Согласно модельному закону счетная комиссия является факультативным органом и её создание может быть предусмотрено уставом общества. В обществах, где не предусмотрено создание счетной комиссии, функции счетной комиссии осуществляются *нотариусом* или *корпоративным секретарем* (ч. 1 ст. 86 Закона).

²⁷ Ладо Чантурия, Порядок созыва общего собрания акционеров и его влияние на действительность решений общего собрания В книге: Судебная практика применения закона «Об акционерных обществах». Проблемы разрешения споров, связанных с корпоративным управлением, Астана, 2010 г. С. 80-91 (Казахстан).

²⁸ Например, решения являются ничтожными, если при созыве общего собрания были нарушены требования ст. 76-84 Закона, или решение не оформлено протоколом в надлежащем порядке и т.д. Правление или совет директоров обязаны незамедлительно опубликовать эту информацию (ч. 5 ст. 100 Закона).

онеры, участвующие в общем собрании, если они против решения заявили протест (возражение), который был внесен в протокол общего собрания. Акционеры, не присутствующие на общем собрании, имеют право обжаловать (оспорить) решение общего собрания только в том случае, если они неправомерно не были допущены на общее собрание или собрание было созвано с нарушением установленных правил созыва, или вопрос повестки дня не был опубликован в установленном порядке (п. 2 ч. 1 ст. 100 Закона).

Информация о том, что решение общего собрания обжаловано и иск внесен в суд, подлежит обязательной публикации на интернет веб-сайте общества.²⁹

Заслуживают внимания *правовые последствия* признания решения общего собрания ничтожным. Признание ничтожным решения общего собрания влечет за собой ничтожность всех сделок, принятых на основании этого решения, за исключением случаев, когда на основании этого решения были заключены договоры с третьими лицами и они не знали и не должны были знать о причинах недействительности (ч. 4 ст. 101 Закона).

III. Наблюдательный совет

Совершенно новыми являются нормы о наблюдательном совете и правлении. Они в основном соответствуют правовому регулированию данных органов в праве Германии, хотя учитывают результаты многочисленных дискуссий по ним.³⁰

Согласно закону наблюдательный совет является *органом контроля* и не может участвовать в повседневной деятельности правления. Наблюдательному совету также не могут быть переданы полномочия правления. Однако, у наблюдательного совета как у органа контроля имеются широкие полномочия, например, он может в любое время потребовать от членов правления отчет о деятельности общества, имеет право без решения общего собрания вносить против членов правления иск о возмещении убытков, причиненных обществу их неправомерными деяниями и т.д. (ч. 2 ст. 102 Закона).

²⁹ Правление или совет директоров обязаны незамедлительно опубликовать эту информацию (ч. 5 ст. 100 Закона).

³⁰ См.: Baums, Aktienrecht für globalisierte Kapitalmärkte – Generalbericht in: Corporate Governance /Hrsg. Hommelhoff, Heidelberg, 2002, S. 13-25; Leyens, Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein oder zweistufiges Verwaltungssystem? Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate Governance-Debatte in: RabelsZeitschrift, 67, 2003, S. 57-105; Plessis, Jean J Du, The German two-Tier Board and the German Corporate Governance Code. In: European Business Law Review (EBLR), 15/2004. P.1139-1164; Sandrock Otto, The Colossus of German Supervisory Codetermination: An Institution in Crisis. European Business Law Review (EBLR), 16/2005. P. 83-97; Theisen, Manuel R., Empirical Evidence and Economic Comments on Board Structure in Germany. In: Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research. (Edited by Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mark J. Roe, Eddy Wymeersch, Stefan Prigge). Clarendon Press. Oxford. 1998. P. 259-265.

Чрезвычайно важным полномочием наблюдательного совета является *назначение и освобождение членов правления*. При дуалистической системе управления члены правления назначаются и освобождаются от должности не общим собранием акционеров, как это происходит при монистической системе, а наблюдательным советом (ч. 1 ст. 103 Закона).³¹

Хотя *функции правления не могут быть переданы наблюдательному совету* (ч. 1 ст. 104 Закона), решения по определенным вопросам могут быть приняты только с согласия наблюдательного совета.³²

Предельное количество членов наблюдательного совета законом не устанавливается.³³ По требованию представителей профсоюзов России и некоторых других стран СНГ в законе было предусмотрено право рабочего коллектива общества назначать одну треть членов наблюдательного совета. Однако для этого необходимо принятие соответствующей нормы в уставе общества или в национальном законе (ч. 4 ст. 103 Закона). Таким образом, закон такое право рабочему коллективу прямо не предоставляет.

Избранные члены наблюдательного совета могут быть в любое время *отозваны* решением общего собрания, которое принимается простым большинством голосов (ч. 6 ст. 105 Закона). Полномочия назначенных судом членов совета прекращаются с момента устранения тех оснований, которые обусловили назначение члена судом (ч. 9 ст. 105 Закона).³⁴

Недопустимость одновременного членства в правлении и наблюдательном совете является важной особенностью дуалистической системы управления (ч. 1 ст. 106 Закона) и в случаях нарушения этого запрета правление обязано незамедлительно поставить вопрос об исправлении данного нарушения (ч. 4 ст. 106 Закона).

С целью предотвращения пассивности наблюдательного совета закон предписывает ему определенные обязанности, которые должны обеспечить эффективную работу этого органа. Так, например, заседания наблюдательного совета должны проводить-

³¹ Кроме этого, наблюдательный совет заключает и расторгает от имени общества служебные (корпоративные) договоры с членами правления (ч. 2 ст. 103 Закона).

³² Исчерпывающий перечень этих вопросов содержится в ч. 2 ст. 104 Закона.

³³ Однако наблюдательный совет должен состоять из не менее трех членов (ч. 1 ст. 105 Закона).

³⁴ Члены наблюдательного совета, которыми могут быть исключительно физические лица, избираются общим собранием сроком на три года. Они могут быть также делегированы определенными акционерами, которым такое право предоставлено уставом общества. По ходатайству правления общества члены наблюдательного совета могут быть также назначены судом, если в течение шести месяцев после ухода члена совета не будет избран новый член или количественный состав членов совета окажется меньше числа членов, установленного законом или уставом, также если избрание членов произошло с нарушением закона.

ся не реже одного раза в квартал. Обеспечение этого входит в обязанность председателя совета (ч. 1 ст. 109 Закона). Кроме этого, любой член наблюдательного совета или правление могут сами созвать заседание наблюдательного совета (ч. 3 ст. 109 Закона).³⁵

На членов наблюдательного совета возлагается *обязанность лояльности (верности)* обществу. Одним из выражений этой обязанности является открытость конфликта интересов. В частности, каждый член наблюдательного совета обязан как до выбора членом совета, так и в процессе работы раскрыть и представить совету информацию о конфликте интересов, которые могут возникнуть из сотрудничества или должностного положения у клиентов, поставщиков, кредитодателей или деловых партнеров общества (ч. 2 ст. 113).³⁶

IV. Правление

Правление представляет собой *орган общества*, который осуществляет управление обществом *под собственную ответственность* (ч. 1 ст. 114). Это означает, что оно принимает свои решения по своему усмотрению, но исключительно в интересах общества. Правление не обязано выполнять *указания* наблюдательного совета, общего собрания или отдельных акционеров. Однако правление обязано выполнять *решения* этих органов, которые приняты в рамках их компетенций (ч. 2, 4 ст. 114). Таким образом, закон четко различает друг от друга «указания» и «решения».³⁷

Правление может состоять из одного или нескольких членов. Членами правления могут быть только физические лица.³⁸ Определенные лица лишены права быть членами правления, в частности, членами правления не могут быть лица, если они

были осуждены в уголовном порядке за имущественные преступления, и после отбывания ими наказания не прошло пяти лет.³⁹

Члены правления *назначаются* наблюдательным советом на срок не более трех лет. После назначения с членами правления заключается служебный договор (корпоративный контракт), который от имени общества подписывает председатель наблюдательного совета. К этим договорам применяются нормы ГК о договорах. Они не относятся к трудовым договорам, поэтому на них нормы трудового права не распространяются (ч. 1, 3, 4 ст. 116 Закона).⁴⁰

Член правления или председатель правления могут быть *отозваны* наблюдательным советом в любое время. Решение об отзыве служит основанием расторжения служебного договора. Таким образом, закон различает друг от друга *корпоративно-правовой акт назначения членов правления*, что регулируется исключительно данным законом, и *служебный договор (корпоративный контракт)*, к которому применяются нормы ГК о договорах. Корпоративно-правовой акт о назначении может быть отменен в любое время, а служебный договор – только при наличии оснований для расторжения договора.

Правление является не только органом хозяйственного управления, а *представляет без доверенности общество* в отношениях с третьими лицами (ч. 1 ст. 117 Закона).⁴¹ С целью *защиты стабильности гражданского оборота* закон содержит важное положение о том, что полномочия правления на представительство общества в отношениях с третьими лицами не могут быть ограничены (ч. 5 ст. 117 Закона). Хотя члены правления обязаны соблюдать ограничения по вопросам управления обществом, которые предусмотрены уставом или решениями общества, нарушение этих ограничений не влечет недействительности сделок, совершенных ими от имени общества с третьими лицами (ч. 7 ст. 117 Закона).

Закон закрепляет *обязанность лояльности (верности)* членов правления и отдельно выделяет группу

³⁵ Хотя наблюдательный совет является контролирующим органом, председатель совета обязан постоянно взаимодействовать с правлением, в частности, с председателем правления, обсуждать с ним стратегию, развитие деятельности общества и его рисков. В свою очередь председатель правления обязан проинформировать председателя совета о релевантных для общества событиях. Председатель совета обязан проинформировать об этом других членов совета (ч. 4 ст. 108 Закона).

³⁶ Кроме этого, все договоры члена совета с обществом, включая получение от общества ссуды или займа, могут быть заключены только после их предварительного одобрения наблюдательным советом.

³⁷ Концепция личной ответственности членов правления перед обществом также берет свое начало в акционерном праве Германии: Hefermehl/Spindler in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2004, § 76, Rn. 21 ff.; Hüffer, Aktiengesetz. (2004), § 76, Rn. 10; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 76, Rn. 42.

³⁸ Если правление состоит из нескольких членов, одного из них наблюдательный совет назначает председателем правления, который координирует работу правления, председательствует на заседаниях и представляет его в отношениях с другими органами или лицами (ч. 2 ст. 116).

³⁹ Членами правления также не могут быть лица, которым на основании решения суда или компетентного государственного органа запрещено заниматься определенной профессией, в определенной отрасли деятельности или коммерческой деятельностью в течение срока действия запрета (ч. 1-3 ст. 115 Закона).

⁴⁰ В некоторых случаях, в частности, если назначение члена правления загибается он может быть назначен судом по ходатайству одного из членов наблюдательного совета (ч. 6 ст. 116).

⁴¹ Хотя закон обязывает членов правления только совместно представлять общество с третьими лицами, для совершения третьими лицами с обществом сделки достаточно волеизъявления участника сделки одному из членов правления (ч. 2 ст. 117).

обязанностей, связанных с конфликтом интересов.⁴²

Представленная в законе концепция дуалистической системы подробно устанавливает права и обязанности отдельных органов и должна способствовать четкому разграничению полномочий между правлением как органом управления, и наблюдательным советом как органом контроля.

V. Совет директоров

Закон предлагает новое регулирование статуса совета директоров и исполнительного органа, которое соответствует стандартам монистической системы управления.⁴³ Создание исполнительного органа, как это предусмотрено в законах об АО многих стран СНГ, не обязательно. Хотя совет директоров имеет право делегировать свои полномочия по управлению единоличному или коллегиальному исполнительному органу, общая ответственность перед обществом остается за советом директоров.

Аналогично правлению, также совет директоров осуществляет управление и контроль под *собственную ответственность*. Он принимает решения по своему усмотрению, но исключительно в интересах общества (ч. 2 ст. 124 Закона).⁴⁴

Члены совета директоров общества *избираются* общим собранием акционеров на срок до трех лет и они могут быть переизбраны несколько раз. По решению общего собрания акционеров полномочия всех членов совета директоров могут быть прекращены досрочно в любое время (ч. 3 ст. 126 Закона).⁴⁵

⁴² В частности, член правления обязан служить правомерным интересам общества и осуществлять свои функции исключительно в интересах общества. Он не имеет права использовать в своих интересах коммерческие возможности и предложения, адресованные обществу (ч. 1 ст. 119). Кроме этого, без разрешения наблюдательного совета член правления не имеет права заниматься коммерческой деятельностью и совершать сделки за свой или чужой счет в сфере деятельности общества (ч. 2 ст. 119), быть должностным лицом, конкурсным управляющим в других юридических лицах или быть участником хозяйственных товариществ или крупным акционером в других обществах (ч. 3 ст. 119). Каждый член правления обязан раскрыть и предоставить наблюдательному совету информацию о наличии у него обстоятельств конфликта интересов (ч. 7 ст. 119).

⁴³ Gevurtz, Corporation Law, St. Paul, Minn. 2000, p. 180 ff; Eisenberg, Corporations and other Business Organizations: cases and materials, 8th ed. New York 2000, p. 203 ff.

⁴⁴ За исключением тех вопросов, решение которых входит в компетенцию общего собрания акционеров, или уставом отнесено исполнительному органу, совет директоров принимает решения по всем остальным вопросам (перечень этих вопросов содержится в ст. 124 закона).

⁴⁵ Назначение первого состава совета директоров происходит во время учреждения общества, а этот первый состав должен быть зафиксирован в уставе общества (ч. 2 ст. 126 Закона). Количественный состав совета директоров общества определяется уставом общества, но не может быть менее чем три члена (ч. 5 ст. 126 Закона).

Поскольку, в отличие от дуалистической системы управления, при монистической нет самостоятельного органа контроля в форме наблюдательного совета, закон требует, чтобы минимум одну треть членов совета директоров общества составляли *независимые директора* (ч. 5 ст. 126 Закона). Вместе с тем устанавливаются критерии независимости.⁴⁶

Председатель совета директоров избирается членами совета директоров из их числа большинством голосов от общего числа членов совета директоров, если иное не предусмотрено уставом общества. Уставом может быть предусмотрено избрание председателя совета общим собранием акционеров. Хотя члены или руководитель исполнительного органа могут быть избраны в совет директоров (что при дуалистической системе управления запрещено), руководитель исполнительного органа не может быть избран председателем совета директоров (ч. 2 ст. 127 Закона).⁴⁷

Руководство текущей деятельностью общества совет директоров может *делегировать* единоличному исполнительному органу или коллегиальному исполнительному органу, что является внутренним вопросом общества и порядок делегирования может быть установлен уставом или решением совета директоров.

Важным новшеством закона является как разграничение функций исполнительного органа и совета директоров, так и законодательная фиксация *наименований должностных лиц*. Цель такого подхода заключается в обеспечении транспарентности и ясности должностных наименований в деловых отношениях. Деловые партнеры должны знать, с кем они общаются и с кем ведут деловые переговоры. Например, единоличный исполнительный орган или руководитель коллегиального исполнительного органа именуется *генеральным директором* общества. Члены коллегиального исполнительного органа в зависимости от сфер их деятельности именуется *директорами* – директор по финансам,

⁴⁶ В частности, лицо не является и не может быть избранным в качестве независимого директора общества в случаях, когда: а) оно является или являлось должностным лицом акционерного общества в течение последних пяти лет до выдвижения его на должность независимого директора; или б) оно является или являлось работником акционерного общества либо аффилированного лица акционерного общества в течение последних трех лет предшествовавших избранию независимым директором или в) оно является близким родственником крупного акционера или должностного лица акционерного общества (перечень этих критериев содержится в ч. 5 ст. 126 Закона).

⁴⁷ Совет директоров вправе в любое время переизбрать своего председателя большинством голосов от общего числа членов совета директоров за исключением тех случаев, когда председатель был избран общим собранием акционеров.

по маркетингу и другие (ч 1 ст. 129 Закона). Таким образом, генеральный директор общества и председатель совета директоров не идентичные лица. Генеральный директор или члены коллегиального исполнительного органа (директоры) назначаются советом директоров как из числа членов совета директоров, так из третьих лиц. С генеральным директором и с членами коллегиального исполнительного органа (директорами) заключается служебный договор (корпоративный контракт), который от имени общества подписывает председатель совета директоров.

Генеральный директор и (или) члены коллегиального исполнительного органа могут быть в любое время освобождены советом директоров от должности. К служебному договору (корпоративному контракту) применяются общие нормы гражданского кодекса о договорах.

Генеральный директор представляет общество в отношениях с третьими лицами. Полномочия генерального директора на представительство общества в отношениях с третьими лицами не могут быть ограничены (ч. 6 ст. 129 Закона).⁴⁸

В отличие от дуалистической системы управления, в которой наблюдательный совет лишен возможности дачи указаний правлению, в монистической системе *совет директоров имеет право давать указания* по отдельным вопросам текущей деятельности общества генеральному директору или членам коллегиального исполнительного органа (ч. 8 ст. 129 Закона).

Отсутствие самостоятельного органа контроля обуславливает необходимость создания другой структуры, которая должна осуществлять контроль за финансово-хозяйственной деятельностью общества. Такой структурой, согласно закону, является *служба внутреннего аудита*, которая непосредственно подчиняется совету директоров и отчитывается перед ним о своей работе (ст. 132 Закона).⁴⁹

Аналогично членам правления на членов совета директоров, генерального директора и членов исполнительного органа распространяется *обязанность лояльности*, которая находит свое выражение прежде всего в обязательстве предотвращения конфликта интересов (ст. 133 Закона). В этом вопросе положения закона полностью соответ-

ствуют признанным международным стандартам корпоративного управления. И в отношении совета директоров закон отдельно выделяет *обязанности в чрезвычайных ситуациях*, каковыми признаются наступление неплатежеспособности общества или утеря половины уставного капитала.

VI. Ответственность должностных лиц общества

Закон предлагает подробное регулирование имущественной ответственности должностных лиц общества перед обществом. К предпосылкам гражданской-правовой ответственности должностных лиц перед АО относятся: наличие *субъекта ответственности, нарушение обязанностей, вина нарушителя, ущерб (убытки) и причинная связь* между нарушением и наступившим ущербом.⁵⁰

Главная задача законодателя заключается в определении точного круга лиц, ответственных за управление АО и несущих ответственность за причиненные обществу убытки с одной стороны, и в наделении их конкретными и недвусмысленными правомочиями по управлению АО с другой стороны. Согласно закону *субъектами ответственности*, т.е. должностными лицами общества являются члены наблюдательного совета, правления и совета директоров.

Прежде всего, закон предписывает должностным лицам *обязанность разумного и добросовестного выполнения обязанностей*, возложенных на них законом, уставом общества или служебным договором в интересах общества. Ответственность должностных лиц наступает только при виновном нарушении этих обязанностей, если в результате этого у общества возникли убытки, т.е. причинен ущерб (ч. 2 ст. 135 Закона). Поскольку ответственность прямо связана с нарушениями конкретных обязанностей, закон, в отличие от действующих во многих странах СНГ законов об АО, дает каталог обязанностей (в ч. 5 ст. 135 Закона) и персонафикацию адресатов этих обязанностей, что способствует облегчению идентификации как ответственных лиц, так и нарушенных обязанностей.

Конкретизация и персонафикация обязанностей по управлению необходимы также из следующих соображений: *во-первых*, одной из важных функций законов является не только регулирование отношений, но и информирование участников отношений о своих правах и обязанностях. Данная функция особенно важна для постсоветских государств, где пока еще отсутствует развитое корпоративное право. Недвусмысленное определение обязанностей способствует

⁴⁸ В установленном уставом общества или положением об исполнительном органе порядке генеральный директор распределяет функции между членами коллегиального исполнительного органа – директорами общества – и обеспечивает надлежащее выполнение ими этих функций.

⁴⁹ С целью обеспечения реальной независимости и беспристрастности работники службы внутреннего аудита не могут быть избраны в состав совета директоров или исполнительного органа общества.

⁵⁰ Чантурия, Гражданско-правовая ответственность должностных лиц акционерного общества.

тому, что руководители, как правило, соблюдают их; во-вторых, в отличие от США, где критерии ответственности устанавливаются судами, в постсоветских государствах пока нет традиции рассмотрения корпоративных споров судами. Поэтому ожидать от правосудия установления стандартов ответственности руководителей компаний в ближайшем будущем не только не целесообразно, но и нереально. Наоборот, судьям нужны законы, содержащие конкретные нормы, способные помочь им при решении конкретных вопросов.

Ответственность руководителей акционерных обществ наступает при *виновном нарушении* обязанностей. Остается уточнить, что подразумевается под понятием вины и как следует применять его в отношении ответственности руководителей акционерных обществ. Закон и в этом вопросе содержит довольно недвусмысленную дефиницию вины нарушителей: виновным считается нарушение, если должностные лица общества не приняли с должной степенью заботливости и осмотрительности все необходимые меры для предотвращения нарушения (ч. 3 ст. 135 Закона). С точки зрения практического применения понятия вины заслуживает особого внимания *объективная теория вины*, которая закреплена в законе и согласно которой при нарушении обязанностей, предусмотренных законом, уставом общества или служебным договором, наличие вины предполагается (предл. 2 ч. 3 ст. 135 Закона).⁵¹

Бремя доказывания невиновности, т.е. доказывание того, что должностные лица не нарушали своих обязанностей по управлению обществом, лежит на этих должностных лицах (предл. 3 ч. 3 ст. 135 Закона). Это объясняется тем обстоятельством, что вся документация общества находится в распоряжении руководителей и никто лучше них не в состоянии доказать правильность и правомерность их решений.⁵²

Закон закрепляет принцип *индивидуализации ответственности*. Хотя должностные лица являются частью органа общества, ответственность возлагается исключительно на нарушителей обязанностей.⁵³

⁵¹ Гражданское право. Том 1. Учебник. 2-ое изд. Под ред. профессора Е.А. Суханова. М., БЕК, 2002. С. 447-448; Басин Ю.Г. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. В кн. Гражданское право (общая часть). Алматы, 2003. С. 338.

⁵² Бремя доказывания причинения убытков лежит на истцах – они должны доказать факт причинения ущерба обществу.

⁵³ Если эти обязанности были нарушены действиями или бездействием нескольких должностных лиц, они отвечают перед обществом солидарно. Должностные лица, голосовавшие против решения, которое повлекло причинение обществу убытков, или не принимали участие в голосовании по уважительной причине, не несут такой ответственности перед обществом (ч. 2 ст. 135).

Ответственность руководителей АО устанавливается законом и она не может быть исключена ни уставом общества, ни служебным договором (ч. 4 ст. 135 Закона). С другой стороны закон закрепляет принцип современного корпоративного права, согласно которому на руководителей компаний *не возлагается ответственность за коммерческую неудачу*. Убытки, которые возникли в результате коммерческих решений, не могут быть вменены в вину руководителям компании.⁵⁴ Это правило в корпоративном праве называется *Business Judgment Rule* – правило коммерческого суждения.⁵⁵

Какими хорошими бы ни были нормы закона об ответственности руководителей, как детально бы ни были их обязанности расписаны законодателем, чрезвычайно важным является механизм *осуществления этой ответственности*. Главный вопрос, который возникает в этой связи, заключается в том, кто имеет право от имени общества предъявить требования к руководителям по возмещению ущерба. Кто правомочен инициировать процесс ответственности? Закон содержит ответы на все эти вопросы.⁵⁶

Закон различает *два способа инициирования процесса ответственности* руководителей АО. В первом случае иски о возмещении ущерба вносятся органами АО (ст. 136 Закона), а во втором случае инициатива преследования принадлежит самим акционерам посредством т.н. производных (косвенных) исков акционеров (ст. 137 Закона).

Согласно закону *органы общества* не только имеют право, но и обязаны, потребовать от других органов возмещение убытков, причиненных обществу в результате нарушения должностными лицами общества их обязанностей (ч. 2-4 ст. 136 Закона).⁵⁷

Кроме органов управления право на требование возмещения убытков имеют также *акционеры*, кото-

⁵⁴ Согласно ч. 6 ст. 135 Закона, должностные лица общества не обязаны возместить убытки, возникшие в результате коммерческого (предпринимательского) решения, если это решение было принято на основе достаточной и надлежащей информации беспристрастными лицами, не имеющими личной заинтересованности в данном решении и обоснованно считавшими, что такое решение служит интересам общества.

⁵⁵ Block/Barton/Radin, The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors. Fifth Edition. Volume I. P. 9-12.

⁵⁶ Как правило, требования по возмещению причиненного вреда принадлежат самому акционерному обществу. Однако необходимо уточнить, кто имеет право или обязан от имени общества эти требования. Лица, которые по закону являются представителями общества (руководители) и обязаны защищать интересы общества, сами могут быть нарушителями этих обязанностей.

⁵⁷ Кроме этого, общее собрание акционеров может принять решение и обязать членов правления и членов наблюдательного совета / членов совета директоров потребовать от должностных лиц общества возмещения убытков, причиненных обществу их противоправными действиями (ч. 5 ст. 136 Закона).

рые владеют в совокупности не менее чем 1 процентом голосующих акций общества. Они правомочны обратиться в суд с иском против должностных лиц общества о возмещении убытков, причиненных обществу в результате нарушения этими должностными лицами обязанностей по руководству обществом (ч. 1 ст. 137 Закона). Однако допустимость иска акционеров связана с определенными предпосылками.⁵⁸

VII. Вместо заключения

Новая редакция модельного закона об акционерных обществах учитывает и закрепляет достижения современного корпоративного управления и предлагает законодателям государств СНГ лучшие стандарты управления и контроля акционерных обществ.

⁵⁸ В частности, суд принимает иск к рассмотрению, если: (1) акционеры докажут, что они приобрели свои акции до того, как они узнали или должны были узнать о возможных нарушениях обязанностей руководителями и возникших в результате этого убытков обществу; (2) акционеры докажут, что они уже обращались к органам общества с призывом о внесении иска против виновных лиц и это завершилось без успеха; (3) имеются обстоятельства, которые усиливают подозрение о том, что в результате нарушения закона или устава обществу были причинены убытки; (4) удовлетворение иска о возмещении убытков не вредит интересам общества.

Правовой статус предприятия с точки зрения международного права – свобода осуществления экономической деятельности, свобода заключения договора и свобода конкурентоспособности

Новейшее решение Европейского суда по правам человека от 20.09.2011 о конфликте вокруг Российского ОАО Нефтяная Компания ЮКОС², а также текущие переговоры о вступлении Российской Федерации во Всемирную Торговую Организацию свидетельствуют о том, что международное право не является незначительным для осуществления предпринимательской деятельности. Несмотря на то, что международное право устанавливает определенные «рамки» для предпринимательской свободы, в случае их несоблюдения заинтересованный предприниматель в большинстве случаев не может подать иск в национальный или международный суды. Тем не менее, данные «рамки» могут содействовать «улучшению цивилизованности» собственного и других государств в обращении с предпринимателями.

I. Вступление

Азербайджан, Армения и Грузия являются государствами-членами Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейской социальной Хартии (Азербайджан – с 02.09.2004, Армения – с 21.01.2004, Грузия – с 01.10.2005), а также Международного Пакта по экономическим, социальным и культурным правам (Азербайджан – с 13.12.1992, Армения – с 13.12.1993, Грузия – с 05.02.1994). Кроме этого, Армения и Грузия имеют соответственно с 05.02.2003 и 14.06.2000 статус полноправного члена ВТО, а Азербайджан имеет статус ассоциированного члена. Все три государства являются тем самым носителями определенных, рудиментарно урегулированных международно-правовых «гарантий» для осуществления предпринимательской деятельности.

Целью настоящей статьи является, сделать определенный обзор ожидаемой судебной практики Европейского суда по правам человека. Как оценивает Страсбургский суд осуществление предпринимательской деятельности в свете Европейской конвенции о

защите прав человека и основных свобод, Европейской социальной Хартии, Международного Пакта по экономическим, социальным и культурным правам и права ВТО? Еще более интересен следующий вопрос: Будет ли Европейский суд по правам человека учитывать судебную практику Суда Европейского Союза (которому подсудны споры, касающиеся государств-членов ЕС) по Хартии основных прав Европейского Союза? В статье 16 данной Хартии закреплено самостоятельное основное право на свободу осуществления предпринимательской деятельности («свобода осуществления предпринимательской деятельности признается согласно праву ЕС и отдельным правовым предписаниям и традициям отдельных государств-членов ЕС»). Европейский суд по правам человека при толковании Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод все больше учитывает судебную практику Суда Европейского Союза. Это имеет большое значение, ибо для предпринимателей государств-членов Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод открывается долгосрочная перспектива, пользоваться стандартами Европейского Союза по защите свободы осуществления предпринимательской деятельности при рассмотрении индивидуальных жалоб (ст. 34 Конвенции).

II. Уровень защиты свободы осуществления предпринимательской деятельности в международных соглашениях: Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейская социальная Хартия, Международный пакт по экономическим, социальным и культурным правам, право ВТО

Свобода ведения предприятия или аспекты данной свободы защищены с определенными пробелами в перечисленных выше международно-правовых договорах. Если же существует частичное регулирование, то речь идет не об обжалуемых основных правах отдельных лиц, а о целевых нормах, обязывающих только государства-члены.

1. Ст. 1 Первого Дополнительного Протокола Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод – судебная практика Европейского суда по правам человека по делу Иатридиса

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод не содержит никакого однозначного указания на защиту осуществления предпринимательской деятельности. Именно поэтому не обеспечены свобода предпринимательской деятельности, а также свобода заключения договора и конкуренто-

¹ Доктор права, судья Федерального суда Германии по социальным делам; главный редактор настоящего журнала.

² Апликация 14902/04.

способности ее основными правами. Следует учитывать, что Европейский суд по правам человека придерживается с 1999г. точки зрения, что защита собственности в ст. 1 Первого Дополнительного Протокола Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод подразумевает, в том числе, и право заключения договоров, а также, при соблюдении определенных предпосылок, право на ведение предприятия. Согласно решению суда от 25.03.1999 по делу Иатридиса против Греции,³ чинение препятствий предпринимателю при выделении ему государственных концессий в осуществлении его права заключать договоры, противоречит принципу «peaceful enjoyment of possessions». Данную судебную практику Европейский суд по правам человека продолжает и в своем решении от 30.06.2005 Босфорус против Ирландии⁴. Однако, согласно данной судебной практике, защищается не свобода осуществления предпринимательской деятельности полностью, а всего лишь свобода заключения договора, как специальная частичная гарантия. Другие - также процессуально-правовые частичные аспекты -, узко взаимосвязанные со свободой осуществления профессиональной деятельности, гарантированы статьей 6 ч. 1 в первом предложении Европейской конвенции по правам человека («Право на справедливое судебное разбирательство») и статьей 10 («Свобода выражения мнения»).

2. Ст. 18 Европейской социальной Хартии – «Право на осуществление трудовой деятельности на территории других государств-сторон Договора»

Несмотря на то, что Европейская Социальная Хартия⁵ именуется «социальной», она содержит не только социальные права, но и например, закрепленное в ст. 18 право на свободное передвижение рабочей силы, т.е. осуществление зависимой деятельности в каком-либо государстве, являющемся стороной Договора. Уже не вызывает спора то⁶, что понятие «работник/трудоустроенный» («worker») подразумевает, в том числе, и самостоятельных работников (freelance), которые также имеют претензию на права, защищенные Европейской социальной Хартией. Для ограничения экономической деятельности самостоятельных работников существуют определенные границы с точки зрения Европейской социальной Хартии.

По мнению большинства, принятая на уровне Совета Европы Европейская социальная Хартия определяет, в основном, государственные обязательства, не применяемые непосредственно и не предопределяющие непосредственные права отдельных затронутых лиц. Ст. 18 ч. 4 Европейской социальной Хартии, однако, определяет - в отличие от обычных формулировок -, что право на осуществление трудовой деятельности «признается» договаривающимися сторонами. Из данного суждения в литературе в отдельных случаях делается вывод о том, что право из статьи 18 вытекает и непосредственно распространяется на трудящихся и самостоятельных работников и в том случае, если государство-участник договора не предпримет какие-либо усилия для осуществления данного права⁷. Тем не менее, однако, отсутствует действенный контроль над соблюдением данного права, аналогичный контролю, который обеспечивает производство ЕМРК по индивидуальной жалобе.

3. Ст. 6 ч. 1 Международного Пакта по экономическим, социальным и культурным правам – «право человека на возможность зарабатывать себе на жизнь свободно выбранным трудом»

Закрепленное на универсальном уровне в ст. 6 ч. 1 «право каждого отдельного лица на возможность зарабатывать себе на жизнь свободно выбранным трудом» Международного Пакта по экономическим, социальным и культурным правам⁸, ратифицированного Азербайджаном, Арменией и Грузией, предопределяет определенную близость к предпринимательской и экономической деятельности. Помимо этого, и здесь речь идет не об исковом основном праве отдельных лиц, а об обязывающей государства-участники договора целевой норме, предпринимать «разумные шаги для наиболее полного осуществления данного права»⁹.

4. Право ВТО – Trade Barriers Regulation

Право ВТО может стать соединительным звеном в качестве посредственного масштаба для определения элементов индивидуальной экономической свободы, если оно включает в себя эти аспекты. Непосредственная применяемость права ВТО не должна приводить к тому, чтобы отдельные предприниматели не имели в распоряжении искивые субъективные права. Предприниматель не может сам принудить от-

³ Дело 31107/96, отчет судебной практики и решений 1999-2, 75.

⁴ Дело 45036/98, издательский журнал Европейского суда по правам человека 207, 662, далее решение от 20.01.2009 – Коккелвисеридж против Голландии.

⁵ 18.10.1961, UNTS 529, С. 89.

⁶ Ст. 19 ч. 10 Европейской социальной Хартии, ср.: Ксения Нойбек, Европейская социальная Хартия и ее протоколы, Франкфурт на Майне, 2001, с. 73 и последующие.

⁷ ср.: Ксения Нойбек, Европейская социальная Хартия и ее протоколы, Франкфурт на Майне, 2001, с. 73 и последующие.

⁸ 19.12.1966, UNTS 993, с. 3.

⁹ Ср. с Герд Зайдель, Настольная книга по основным правам человека на государственном, европейском и универсальном уровнях, Баден-Баден, с. 192.

крытие рынка для собственных продуктов или услуг в собственном или чужом государстве.

Однако следует учитывать, что предпринимателю, согласно праву ВТО, предоставляются посредственные возможности, осуществить свой интерес к открытию рынка. Существует возможность для государств-членов ВТО по инициативе или ходатайству экономически затронутых предприятий добиваться на международно-правовом уровне предотвращения недобросовестной торговой практики других членов ВТО с помощью осуществления третейского производства ВТО. Дальнейшей возможностью посредственного внедрения интересов открытия рынка является в ограниченных случаях возбуждение исков о возмещении вреда, в случае, если государства-члены ВТО нарушают право ВТО. Данная возможность, ставящая своей целью эффективное осуществление обязанностей права ВТО, носит всего лишь теоретический характер.

Отдельные обязательства членов ВТО вытекают исключительно из соглашений, перечисленных в договоре ВТО¹⁰. Они касаются транснациональной торговли товарами и сферы услуг. Особое значение имеет Генеральное соглашение по тарифам и торговле (GATT)¹¹.

Несмотря на то, что ГСТТ не допускает неограниченную международную конкуренцию, тем не менее, урегулированный в нем запрет дискриминации создает первые предпосылки для подобной свободной конкуренции¹². Так, например, оговорка о предоставлении льготных условий (ст. 1 ГСТТ) обеспечивает беспрепятственную конкуренцию между иностранными продуктами в стране-импортере. Каждая страна-участница данного соглашения обязана предоставить все льготы, которые она предоставляет иностранному или же определенному для зарубежья товару, незамедлительно и безо всяких предпосылок для всех однородных товаров, имеющих свое происхождение на территориях стран-участниц ГСТТ, либо произведенных для них. ГСТТ выходит за рамки данного обязательства, требуя одинакового обращения с иностранными товарами между собой. С «допуском» иностранного продукта на национальный рынок иностранные товары не дозволено подвергать более плохому обращению по сравнению с произведенными внутри страны товарами (ст. 3 ГСТТ). Данное уравнение иностранных и

национальных товаров только в том случае содействует равноправным условиям конкуренции, если страна-импортер не создает каких-либо препятствий и ограничений по ввозу, что, в принципе, не запрещается ГСТТ. Однако в ст. 2 и 11 ГСТТ обязывает Договаривающиеся стороны, допускать подобные препятствия и ограничения, только в виде таможенных пошлин. Созданные таким образом ограничения доступа к рынку должны быть исчисляемыми, прозрачными и измеряемыми для участников экономических кругов. Кроме этого, несмотря на то, что ГСТТ не содержит однозначного запрета «неразумно высоких» таможенных пошлин, он все же целенаправленно стремится к их снижению в правовом и фактическом смысле.

Государства-импортеры (и их предприятий), однако, не обязаны, терпеть и принимать каждое конкурентное преимущество иностранных продуктов. Согласно ст. 6 и 16 ГСТТ, государства всего лишь призваны терпеть «справедливую» торговлю. «Несправедливым» является более дешевое предложение, обусловленное государственными субсидиями или предложением цены ниже местной цены, если местная промышленность понесет ущерб из-за данного конкурентного предложения. Данное обстоятельство свидетельствует о том, что Договаривающиеся Стороны не стремились к сохранению всемирной конкуренции и свободной торговли, как таковой. Вытесняющая конкуренция может быть предотвращена посредством национального законодательства о конкуренции и антимонопольного законодательства. Основной идеей ГСТТ, является скорее всего, взаимопонимание находящихся в условиях конкуренции больших экономических держав, не признающих импортных цен, являющихся угрозой для местной промышленности.

III. Степень защиты предпринимательской свободы согласно ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза

На уровне Европейского Союза ст. 16 является одной из в общей сложности трех применяемых для предприятий «экономических конституционно-правовых» гарантий новой Хартии основных прав Европейского Союза¹³. Ссылки на стадии ее происхождения на судебные решения Суда Европейского Союза от 14.05.1974г. – по Нольду¹⁴ и от 27.09.1979 по Эридании и других¹⁵, а также от 16.01.1979 – по Суккерфабрикен Нукобинг Лимитерд¹⁶ и от 05.10.1999 – Испании/Комиссии¹⁷ – подтверждают, что свобода осуществле-

¹⁰ Соглашение о создании Всемирной Торговой Организации (ВТО) от 15.04.1994, Федеральный издательский вестник, 2, с. 1625.

¹¹ Общее соглашение по таможене и торговле от 30.10.1947, обязательства которого конкретизированы для соглашений.

¹² См. Михаила Хана, в: Кристиан Каллис/ Маттиас Рупферт, Комментарий к договору Европейского Союза и Договора о виде деятельности Европейского Союза, 3-е издание, с. 2060 и последующие.

¹³ ABI. C 83/02 от 30.3.2010, с. 1

¹⁴ СЕС по делу Нольда, 4/73 - Slg. 1974, 491

¹⁵ по делу Эридании и других, 230/78 – Slg. 1979, 2749

¹⁶ СЕС по делу Суккерфабрикен Нукобинг Лимитерд, 151/78 – Slg. 1979, 1

¹⁷ СЕС по делу Испании/Комиссии, C-240/97 – Slg. 1999, I-6571

ния экономической и предпринимательской деятельности, в основном, понимается, как выражение свободы осуществления профессиональной деятельности.

1. Правовое положение в государствах-членах Европейского Союза – национальные Конституции

Ст. 16 отображает правовое положение большинства государств-членов Европейского Союза. Конституции Австрии (ст. 6 ч. 1), Болгарии (ст. 19), Греции (ст. 5 ч. 1), Ирландии (ст. 45 ч. 3), Испании (ст. 38), Италии (ст. 41 1-ое предложение), Люксембурга (ст. 11, 5-ое предложение), Польши (ст. 20 и 22), Португалии (ст. 61 ч. 1), Словакии (ст. 35 ч. 1 и 2) и Эстонии (ст. 31) однозначно защищают осуществление предпринимательской деятельности. Перечисленные государства-члены ЕС гарантируют данные права в качестве самостоятельного экономического основного права, обеспечивая их, как частичную гарантию личных прав или выводят их из права на свободное развитие личности. Другие Конституции признают свободу осуществления профессиональной деятельности, регулируя данный принцип в контексте соответствующего положения в качестве свободы «промысла» (глава 2 ст. 20 Конституции Швеции), свобода «трудовой деятельности или торговли» (ст. 18 1-ое предложение Конституции Финляндии, ст. 46 1-ое предложение Конституции Литвы), «свобода трудовой деятельности» (ст. 74 Конституции Словении) или же «свобода экономической конкуренции» (ст. 9 ч. 2 Конституции Венгрии). Если же в отдельных конституциях отсутствуют подобные положения, то, как минимум, основные права осуществления предпринимательской или экономической деятельности обеспечены национальными Конституционными судами. Несмотря на то, что Основной Закон Германии не упоминает нигде свободу осуществления предпринимательской деятельности, то, согласно судебной практике Федерального Конституционного суда Германии, данная свобода подпадает под защиту ст. 12 ч. 1 Конституции ФРГ, если речь идет о видах деятельности, соответствующим общим предпосылкам понятия профессиональной деятельности.

2. Сфера предметного применения и содержание гарантии

Какой вес имеет ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза в контексте напряженных отношений между индивидуальной правовой защитой, обеспеченной основными правами, и полномочием государств-членов ЕС, самим определять «краеугольный камень» их экономического порядка?

Центральные «экономические конституционно-правовые» гарантии Хартии основных прав Европейского Союза закреплены в ст. 15-17¹⁸. Поэтому существует тесная взаимосвязь между положениями ст. 15 (Свобода осуществления профессиональной деятельности и право на трудовую деятельность) и ст. 17 (Право на собственность) Хартии основных прав Европейского Союза. Специальный случай применения предпринимательской свободы закреплен в ст. 14 ч. 3 Хартии основных прав Европейского Союза, согласно которой ст. 16 данной Хартии чисто предупредительное право. В данной норме нет т.н. присудительных элементов (типа «право на содействие средним предприятиям»).

Создание самостоятельного регулирования предпринимательской свободы не означает отказа от постоянной судебной практики Суда Европейского Союза, согласно которой свобода осуществления экономической деятельности, свобода заключения договора и свобода конкурентоспособности находятся в тесной взаимосвязи с основным правом на свободу осуществления профессиональной деятельности, являясь ее частичным выражением. Поэтому справедливо следует предполагать, что частичные аспекты предпринимательской свободы, в том числе, урегулированы ст. 15 Хартии основных прав Европейского Союза¹⁹. Главная структура основного права на осуществление профессиональной деятельности, распространяемая, в основном, на физических лиц, подразумевает также аспекты предпринимательской свободы, представляемых в тесном контексте формирования человеческой личности. Даже если (всего лишь) «признается» предпринимательская свобода ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза, это вовсе не означает, что существует минимизированная защита основных прав (согласно минимальной степени гарантии или обширным возможностям ограничения). Формулировка опирается всего лишь на осторожные высказывания Суда Европейского Союза в связи со значением свободы конкуренции.

Сфера предметного применения ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза характеризуется атрибутом «предпринимательский». Данным обстоятельством защищены начало, продолжение и завершение «предпринимательской» деятельности. Понятие «предприниматель/ предприятие» («business») следует представить во взаимосвязи с правом конку-

¹⁸ Ср. с Юрген Шварце, Защита основных прав для предприятий в Хартии основных прав Европейского Союза, EuZW 2001, с. 517 и последующие, Ганс-Д. Ярасс, Хартии основных прав Европейского Союза, Мюнхен, 2010г. ст. 21 сноска на полях 4.

¹⁹ Ср. с Юрген Шварце, Защита основных прав для предприятий в Хартии основных прав Европейского Союза, EuZW 2001, с. 518, ср. также с Руперт Шольц, в: Мертен, Детлеф/ Папир, Ганс-Юрген, Настольная книга основных прав в Германии и Европе, ст. 170, сноска на полях 84.

ренции Европейского Союза, хотя, в отличие от этого, существует еще и намерение получения прибыли²⁰. Подразумевается любая разновидность экономической деятельности, не взирая на вид и объем, правовую форму и финансирование предприятия, а также правовую основу осуществления деятельности. Хотя защита основных прав от этого не зависит.

Свобода осуществления предпринимательской деятельности обобщенно охватывает, в первую очередь, свободу осуществления экономической или предпринимательской деятельности. Поэтому ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза ориентирована на судебную практику 70-ых годов по основным правам Суда Европейского Союза, который на основании изначальной экономической ориентации Европейского Объединения в очень обширном смысле понимал свободу осуществления профессиональной деятельности, толкуя ее всеобъемлющей свободой осуществления экономической деятельности. По делу Нольда (1974г.) Суд Европейского Союза посчитал целесообразным проверить правовые предпосылки своеобразного для предприятий вмешательства в масштабы свободы труда, действий и «прочих профессиональных деятельностей». Основное право на свободу осуществления экономической деятельности Суд Европейского Союза применил в 1979г. по делу Эридании, не опираясь при этом на основное право свободы осуществления профессиональной деятельности. Данная судебная практика была продолжена и в последующие годы. Решения принимались по делам, в которых спор шел о правомерности совместного устройства рыночных отношений, наносившим определенный ущерб отдельным предприятиям.

Европейский Союз опирается в своих разъяснениях по ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза на свободу заключения договора, обосновывая данное обстоятельство «признанным» фактором в судебной практике Суда Европейского Союза. В перечисленных выше решениях²¹ Суд Европейского Союза упоминает принцип свободы заключения договора. Однако из его размышлений не вытекает однозначно, желает ли он дать свободе заключения договора однозначную квалификацию в качестве самостоятельного основного права. В функциональной взаимосвязи со свободой осуществления профессиональной

деятельности находится, по мнению Суда Европейского Союза, частичный аспект свободы заключения договора. По делу Яна Ноя²² Суд Европейского Союза заявил, что свобода осуществления профессиональной деятельности обеспечивает особое выражение «свободного выбора коммерческих партнеров».

Дальнейшим выражением свободы осуществления предпринимательской деятельности для Европейского Союза является свобода конкурентоспособности. В разъяснительных записках к ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза даются ссылки на ст. 119 ч. 1 и 3 Договора о виде деятельности Европейского Союза²³. Ст. 119 данного договора определяет в части 1 для экономической политики принцип открытой рыночной экономики вместе со свободой конкуренции. Ст. 119 ч. 3 Договора о виде деятельности Европейского Союза называет «директивные принципы» (стабильные цены, здоровые государственные финансовые средства и монетарные рамочные условия, а также долгосрочно финансируемые платежные балансы), подчеркивающих тесную взаимосвязь между экономическим союзом и прочей деятельностью государств-членов и Евросоюза. Данные принципы воспринимаются, как общие политические программные послания, правовое значение которых очень сложно воспринимаемо. Открытым остается вопрос, должна ли быть присвоена свободе конкуренции степень основного права. Данное обстоятельство разрешимо исключительно благодаря судебной практике Суда Европейского Союза. Как по делу Вальтера Рау по производству продуктов питания²⁴, так и в правомерности организации совместных рыночных отношений для торговли бананами по делу Германия/ Совет²⁵ огромное значение имел принцип свободы конкуренции. Суд Европейского Союза в обоих решениях предотвратил ответ на вопрос, содержит ли свобода конкуренции, в том числе, и субъективно-правовые компоненты. По делу Германия/ Совет Суд Европейского Союза рассмотрел вопрос совместимости проверяемой меры с объективным «принципом здоровой конкуренции». Несмотря на правовое качество, свобода индивидуальной конкуренции может быть ограничена другими предпринимателями.

Какие возможности существуют для ограничения основного права на предпринимательскую свободу?

Ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза содержит (собственную) оговорку в пользу права Европейского Союза и правовых предписаний и тради-

²⁰ Герман-Иозеф Бланке, в: Тетингер, Петер/Штерн, Клаус, Европейская Хартия основных прав, ст. 16, сноска на полях 10, по отдельным сферам предпринимательской деятельности, ср. с Ганс-Д. Ярасс, Хартии основных прав Европейского Союза, Мюнхен, 2010г. ст. 21 сноска на полях 8, с Карстеном Новаком, в: Гессельгаусе, Себастиане/ Новаке, Карстене, Настольная книга основных прав в Германии и Европе, ст. 31, сноска на полях 29 и последующие сноски.

²¹ СЕС по делу Суккерфабрикена Нукобинг Лимитерета, 151/78 – 1979, 1, 13, сноска на полях 20; СЕС – по делу Испании/Комиссии, С-240/97 – 1999, 6571, 6634, сноска на полях 99.

²² СЕС по делу Яна Ноя и других, 90/90 и 91/90 – 1991, 3617, 3637, сноска на полях 13.

²³ С 83/01 от 30.03.2010, с. 47.

²⁴ СЕС по делу Вальтера Рау относительно производства продуктов питания и других, 133 по 136/85 – 1987, 2289, ср. со СЕС по метрономии, С-200/96 – 1998, 1953г.

²⁵ СЕС Германия/ Совет, С-280/93 – 1994, 4973.

ций отдельных государств, которые пополняют общие ограничения ст. 52 ч. 1 Хартии основных прав Европейского Союза («двойные ограничения»). Согласно национальным и европейским правовым положениям, при ограничениях необходимо соблюдать требования ст. 52 ч. 1 Хартии основных прав Европейского Союза. Это означает: национальное право государств-членов ЕС не должно ограничивать свободу осуществления предпринимательской деятельности. Свобода осуществления предпринимательской деятельности защищена не менее свободы осуществления профессиональной деятельности.

3. Сфера личного применения

Несмотря на неоднократное требование, в Хартии основных прав Европейского Союза нет общего положения, согласно которому бы закрепленные в Хартии основных прав Европейского Союза основные права распространялись бы и на юридических лиц, в случае, если они были бы применимы по своему характеру. Вопрос относительно вовлечения юридических лиц в сферу личного применения Хартии основных прав Европейского Союза особо возникает в контексте экономических конституционно-правовых гарантий. Чтобы ответить на данный вопрос, необходимо учитывать судебную практику Суда Европейского Союза, который счел во многих решениях юридических лиц носителями основных прав²⁶. Ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза защищает свободу осуществления предпринимательской деятельности не только физических лиц, но и, в особенности, для лиц свободной профессии. Ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза охватывает также и юридических лиц, вне зависимости от того, действуют они в частноправовых или публично-правовых формах, поскольку они подчиняются в конкурентной среде на уровне ЕС, в основном, общим правилам и подвергаются тем же посягательствам в их правовой статус со стороны Евросоюза²⁷.

В сферу личного пользования входят также, согласно ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза, граждане третьих государств и лица без граждан-

ства. Ст. 16 распространяется, в первую очередь, на граждан государств-членов Евросоюза. Поскольку право Европейского Союза не ограничивается в своих последствиях только гражданами ЕС, а может также ограничить в правах граждан третьих государств и лиц без гражданства, то защиту основных прав принципиально можно распространить на «каждого человека». Характер Европейского Союза, как «правового объединения» требует всеобъемлющих обязательных основных прав в сфере действий.

Следует предотвратить недоразумение: несмотря на то, что ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза охватывает еще и граждан третьих лиц и лиц без гражданства, данное положение не дает этим гражданам права на въезд на территорию Евросоюза с целью осуществления экономической деятельности в Евросоюзе.

IV. Перспективы на будущее

Выше изложенные соображения свидетельствуют о том, что правовой статус предпринимателя или предприятия мало зависит от международного права. Потребность урегулирования существует в том случае, когда предпринимательская деятельность выходит за пределы границ государства, в котором находится их головное предприятие или в котором они учредили свое предприятие. Здесь договорное международное право предлагает решение (например, право ВТО) в виде запрета воспрепятствования или дискриминации. Помимо этого, определение правового статуса предпринимателя или предприятия зависит от конкретного государства. Оно, в свою очередь, подлежит определенным обязанностям пактов прав человека, направленных на защиту индивидуальных прав (Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейская социальная Хартия, Международный Пакт экономических, социальных и культурных прав). Предприниматель или предприятие могут защищать собственные права посредством индивидуальной жалобы исключительно в сфере применения Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, выражая инструмент правовой защиты.

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод должна быть усилена в будущем, как инструмент защиты. Причиной тому служит «повышение значения» предпринимательской свободы в праве Европейского Союза, в особенности его закреплением в Хартии основных прав Европейского Союза (ст. 16), а также развитием отношений между Европейским судом по правам человека и Судом Европейского Союза. Европейский суд по правам человека будет при применении ст. 1

²⁶ Юрген Шварце, Защита основных прав для предприятий Европейской Хартии основных прав, *EuZW* 2001, с. 518, то же самое в юбилейном издании для Йохена Кирхгоффа, с. 251.

²⁷ Ср. об основном праве осуществления свободы профессиональной деятельности, Нина Вундерлих, основное право осуществления свободы профессиональной деятельности в европейском праве, Баден-Баден, 2000, с. 120, данное мнение не разделяется в литературе по разным причинам, Герман-Йозеф Бланке, в: Тетингере Петер/ Штерне Клаус, Европейская Хартия основных прав, ст. 16 сноска на полях 16, в: Каллисе, Кристиан/ Руффурте, Маттиас, в комментариях по Договору Европейского Союза и Договору о виде деятельности Европейского Союза, 3-е издание, ст. 16 Хартии основных прав Европейского Союза, 3-ья сноска на полях и Ганс-Д. Ярасс, Хартия основных прав Европейского Союза, Мюнхен 2010г. ст. 21 сноска на полях 9.

Первого Дополнительного Протокола Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод все больше учитывать стандарты Европейского Союза. Настоящая статья подробно затронула данные стандарты, защищенную сферу основных прав предпринимательской свободы (свобода осуществления экономической и коммерческой деятельности; свобода заключения договора, свобода конкурентоспособности), сферу личного применения (в том числе, для юридических лиц) и возможности ограничения. Поскольку оба европейских суда – Европейская суд по правам человека и Суд Европейского Союза – обоюдно учитывают судебную практику, то данные стандарты могут посредством повлиять на предпринимательское право и таких государств, входящих в состав Совета Европы и не входящих в состав Европейского Союза.

С тем, чтобы подчинить правовой статус предпринимателя или предприятия единым, высоким масштабам, рекомендуется закрепление в национальной Конституции предпринимательской свободы, как самостоятельного основного права. Настоящая статья привела подобные примеры из национальных Конституций государств-членов Европейского Союза.

Оптимальные формы совместного бизнеса: сравнительный обзор товариществ и ООО в Азербайджане

I. Введение

В азербайджанском законодательстве предусмотрено несколько форм совместной деловой деятельности. В настоящей статье рассматриваются особенности таких форм совместной деятельности, как обычные соглашения, товарищества и общества с ограниченной ответственностью (ООО). Используя образное изложение материала, в статье вначале обсуждаются свойства и преимущества обычных соглашений, а затем товариществ и ООО. По мнению автора, быстрый рост азербайджанской экономики создает условия для либерализации законодательства, регулирующего вопросы совместной деловой деятельности.

Как-то утром Кямала, молодого сотрудника, недавно принятого на работу в юридическую фирму, вызывают в офис старшего юриста. Войдя в кабинет, он видит кипу бумаг на столе у старшего юриста, который, обращаясь к Кямалу, говорит: «Наш клиент, зарубежная компания Альфа, хочет вести совместный бизнес с местной компанией Бета. Они собираются покупать или строить недвижимость, а затем продавать ее». Сказав это, старший юрист окидывает взглядом документы у себя на столе и, как бы объясняя их назначение, продолжает: «Дело в том, что наш клиент, компания Альфа, незнакома с местным рынком и ограничит свое участие в основном предоставлении финансирования. Операционное управление будет осуществлять в основном компания Бета. Надо придумать какой-то правовой механизм их совместной деятельности. Пожалуйста, посмотри эти бумаги и представь свои предварительные соображения в виде черновика». Хотя Кямал и не успел полностью вникнуть в поставленную перед ним задачу, он не хочет давать уклончивого ответа (вроде «не знаю, справлюсь ли я»). Поэтому он берет бумаги и направляется в свою комнату, размышляя по дороге: «Совместный бизнес... Наверное, нужно составить обстоятельный контракт.»

Если вы хорошо знакомы с азербайджанским законодательством о юридических лицах, вы наверняка сочтете целесообразным, чтобы Альфа и Бета основали компанию (совместное предприятие). Должно ли это быть ООО? или акционерное общество? или товарищество? Либо сторонам стоило бы регулировать свои отношения через гражданско-правовой договор? В сущности, все указанные формы организации совместного бизнеса основаны на некоем соглашении между сторонами.

II. Обычные соглашения

Представьте себе, что в Азербайджане отсутствует законодательное регулирование деятельности юридических лиц, но действует договорное право. В таком случае, согласитесь, Кямал мог бы предложить составить договор, регулирующий отношения Альфы и Беты, что-то вроде «соглашения о совместной деятельности». Какие пункты Кямал должен прописать в этом соглашении? Очевидно, в первую очередь вопросы о том, какого рода совместной деятельностью будут заниматься стороны (к примеру, куплей-продажей недвижимости), как стороны собираются делить расходы и доходы от этой деятельности, каким образом они будут участвовать в управлении, каковы будут структуры, управляющие совместной деятельностью (например, совет директоров, наблюдательный совет, исполнительный директор или генеральный менеджер в единственном числе и т.п.). Естественно, что подобные вопросы возникнут и должны будут быть разрешены вне зависимости от того, какую правовую форму изберут Альфа и Бета для организации своего сотрудничества.

Как грамотный юрист, Кямал может подготовить подобное соглашение. Предположим, он это сделал. Составленный им договор предусматривает управление со стороны Исполнительного Директора под надзором Наблюдательного Совета. Каждая из сторон (Альфа и Бета) назначают по одному члену в Наблюдательный Совет; еще один член Совета назначается с совместного согласия сторон. Договор также определяет правила деятельности Наблюдательного Совета и Директора, в том числе правила принятия решений, границы полномочий и прочие подобные вопросы.

Хотя соглашение кажется отлично разработанным, Кямал беспокоится: признают ли и будут ли считать его действительным суды? Если Бета нарушит свои обязательства по договору, сможет ли Альфа через суд потребовать у Беты возмещения ущерба? А что, если назначенный Директор, либо член Наблюдательного Совета нарушат свои обязательства – каков будет успех соответствующего судебного иска против них?

¹ Магистр права (2010), юридический факультет Университета Пенсильвании (Филадельфия, США); магистр права (2005), Центрально-Европейский Университет (Будапешт, Венгрия); бакалавр (2004), Академия Управления при Президенте Азербайджанской Республики. Работает в Бакинском офисе международной юридической фирмы Baker & McKenzie.

Статья 390 Гражданского Кодекса Азербайджанской Республики (ГК АР) провозглашает важнейший принцип договорной свободы. В соответствии с этим принципом, стороны могут вступить в договорные отношения и согласиться о неких взаимных правах и обязанностях. К примеру, ничто не мешает сторонам договориться, скажем, о том, как они распределяют расходы и доходы от совместной деятельности. Но Кямал хорошо понимает и другой основополагающий принцип договорного права: соглашение регулирует действия тех и только тех лиц, которые являются сторонами данного соглашения².

С этой точки зрения возникает вопрос: насколько соглашение между сторонами может регулировать действия структур совместного предприятия, включая действия Исполнительного Директора и Наблюдательного Совета? Предположим, что в соответствии с соглашением между Альфой и Бетой, доходы могут распределяться только решением Наблюдательного Совета. Будет ли такое договорное положение действительным? Этот вопрос можно поставить и по-другому: могут ли стороны создать по договору третье лицо, (относительно) независимое от них (т.е. назначить Наблюдательный Совет или Директора), а затем регулировать договором его действия? Отсюда возникает и другой важный вопрос: если орган не исполняет своих обязанностей, установленных по договору, в котором он сам стороной не является, будет ли он (т.е. этот орган) нести ответственность перед сторонами договора (Альфой и Бетой)? Представьте себе, что Наблюдательный Совет или Директор действуют вопреки интересам совместной деятельности, например, заключают заведомо невыгодный контракт с третьей стороной, кто должен нести ответственность: они? Альфа? Бета? или никто?

В действительности, создание путем заключения соглашения институтов, относительно независимых от договаривающихся сторон, не является чем-то необычным для договорного права. Легко представить, что стороны могли договориться о создании комитета, состоящего, скажем, из трех арбитров, который будет рассматривать те финансовые вопросы, по которым стороны не достигли согласия. На практике мы часто сталкиваемся с такого рода пунктами в соглашениях. В отличие от управленцев совместного бизнеса, сами договаривающиеся стороны обладают большими возможностями контроля над такого рода совместными органами (включая их создание); эти органы обычно являются кратковременными и учреждаются для разрешения конкретных вопросов.

Как поборник принципа договорной свободы (учитывая его позитивный вклад в индивидуальное и об-

щественное благосостояние), я придерживаюсь того мнения, что этот принцип разрешает создание любого института по взаимному согласию сторон³. Но, с практической точки зрения, Кямал должен учесть соответствующие риски. Поэтому Кямал предлагает, чтобы Альфа и Бета подписали договор с членами Наблюдательного Совета и Исполнительным Директором. Такого рода многостороннее соглашение позволит не только регулировать отношения всех заинтересованных сторон, но также определить правила, согласно которым исполнительные органы (т.е. Директор) будут должны представлять интересы совместного предприятия перед третьими лицами.

Это подводит нас к вопросу, которого мы кратко коснулись выше, а именно, что соглашение создает права и обязанности лишь для его участников. Но Директор подписывает соглашения и производит другие правовые действия с третьими сторонами (в частности, кредиторами) от имени Альфы и Беты. В англосаксонских правовых системах эту задачу можно частично разрешить, используя инструмент *agency*. Будучи важным правовым институтом в коммерческом праве, *agency* («представительство») заслуживает тщательного изучения и глубокого понимания.

В своих существенных чертах инструмент *agency* схож, но не идентичен с имеющимся в азербайджанском праве инструментом *təmsilçilik* («представительство»)⁴. В англо-саксонских правовых системах, особенно в Соединенных Штатах, *agency* – широко принятая и всесторонне исследованная правовая концепция⁵. С позиции регулирования деятельности юридических лиц, основной задачей института *agency* является регулирование отношений между **собственниками** (в нашем случае, компаниями Альфа и Бета) и **управленцами** (в нашем случае, Директором и членами Наблюдательного Совета). Правда, основатели / владельцы компании могут одновременно управлять ею, что является обычным явлением в небольших компаниях. Но компании покрупнее обычно используют наемных менеджеров, которые работают на разных уровнях управления компанией, а зачастую сами принимают все управленче-

³ Юристы в англо-саксонских правовых системах часто утверждают, что заключая соглашение, стороны создают «особое право», т.е. становятся как бы законодателями в некотором специальном смысле слова, но «законы», которые они создают, действительны и применимы только к ним самим.

⁴ См. главу XVII ГК АР. В дальнейшем везде, где азербайджанский правовой контекст требует термина «*təmsilçilik*», в тексте используется термин «представительство».

⁵ Правовая база *agency* создана в основном судами, т.е. это – институт общего (прецедентного) права. В США правовая база *agency* регулируется на уровне отдельных штатов. Этот разрозненный корпус правовых установлений обобщается в сводах норм общего права (т.н. *restatements*), публикуемых влиятельным Американским Институтом Права (*American Law Institute*). Хотя эти своды не имеют юридической силы, но ими широко пользуются судьи и правоведа. В настоящее время последним, наиболее полным является третье издание свода норм представительства - *Restatement (Third) of Agency*.

² См. статью 378.3 ГК АР: «Обязательство не создает ответственности для лиц, не участвующих в нем (третьих лиц)».

ские решения. Отсюда возникает, если использовать кальку с английского, т.н. принципал-агентская проблема (по-русски она называется «проблемой отношений доверителя и доверенного») или, говоря короче, проблема агентства («проблема представительства»)⁶.

Смысл проблемы представительства в том, что интересы принципалов, т.е. собственников (акционеров или паевых участников) вовсе не всегда совпадают с интересами агентов (управленцев). Для иллюстрации представим себе следующий случай: Альфа и Бета назначают Директора. Проведя некоторое время на этом посту, получив от Альфы и Бета ключевую рыночную информацию, заведя благодаря им соответствующие связи, Директор, видя отличную доходность на этом рынке, создает свою собственную компанию и, оставаясь Директором совместного предприятия Альфы и Беты, передает наивыгоднейшие рыночные контракты своей компании. Вот пример типичной проблемы представительства.

Понимание проблемы представительства очень важно. Значительная часть курсов корпоративного права, преподаваемых в ведущих юридических школах, посвящена изучению именно этого вопроса⁷. Проблема представительства особенно остро стоит для крупных корпораций (юридическим аналогом этой формы организации бизнеса в Азербайджане являются «акционерные общества»). Американские корпорации могут иметь тысячи и даже миллионы акционеров, доля каждого из которых в акционерном капитале ничтожна. Корпорациями управляют не акционеры, а наемные менеджеры (директора, члены правления и т.п.). Таким образом, одной из основных задач корпоративного права является защита интересов многочисленных акционеров от ненадлежащего исполнения обязанностей и злоупотребления полномочиями со стороны управляющих.

В американском корпоративном праве определяется, кто может считаться агентом (доверенным), каковы полномочия агента и т.д. В этой статье мы рассмотрим другой важнейшее условие отношений представительства: агент обязан действовать в интересах принципала (доверителя) и должен исполнять свои обязанности добросовестно и с должной предусмотрительностью, причем агент несет гражданско-правовую ответственность перед принципалом (принципалами) за выполнение этих обязанностей.

Понимая важность этих принципов, Кямал пытается найти аналог американского института *agency* в азербайджанском праве. Статьи 359-366 Гражданского Кодекса определяют (должны определять) пра-

вила представительства в сделках и устанавливают, что такое представительство осуществляется лишь на основе «доверенности, по требованию закона или по указанию государственного или муниципального органа»⁸. Это положение очень важно: оно позволяет одному лицу действовать и заключать сделки от имени другого. Но в Гражданском Кодексе АР, в отличие от американского коммерческого права, нет требования «добросовестности» доверенного лица (агента). Это упущение в статутном праве может быть восполнено установлением этого принципа в представительском соглашении. Возможные виды представительских соглашений указаны в Специальной части Гражданского Кодекса: это «соглашение коммерческого представительства»⁹, «поручительское соглашение»¹⁰ и «комиссионное соглашение»¹¹. Кямал считает, что Альфа и Бета могут выдать Директору доверенность на представительство и заключить с ним один из перечисленных видов представительского соглашения.

Как ясно из вышеприведенного обсуждения, возникает необходимость заключения не одного, а нескольких (многих) соглашений. Кямал полагает, что совместное управление всеми этими договорами будет достаточно сложным. Более того, при каждом новом назначении Директора и члена Наблюдательного Совета необходимо перезаключать соглашения. Кямал хочет найти единый механизм, позволяющий совместно управлять всеми этими соглашениями и минимизировать возможные риски. Такой механизм есть: это компания и законодательство о компаниях.

III. Товарищества

По сути, компания (фирма) является способом организации деловых соглашений. Среди различных видов фирм наиболее простым являются товарищества. Возможно, это утверждение для вас неожиданно: когда мы слышим о компаниях, на ум приходят в первую очередь «общества с ограниченной ответственностью» (ООО), а затем «акционерные общества». Если товарищество является простейшей формой организации фирмы, почему мы о них так мало слышим? Вы, наверное, думаете, что непопулярность товариществ объясняется неограниченностью ответственности участников товарищества. Но не это является основной причиной сложившегося положения. Чтобы понять эту причину, давайте обсудим природу товариществ.

⁸ Статья 359.1 ГК АР. Представительство по сделке называется в тексте Кодекса «əqdə təmsilçilik».

⁹ «Kommersiya təmsilçiliyi müqaviləsi» – см. статью 361 ГК АР. Надо отметить, что этот вид соглашения указан в Общей части Кодекса, хотя он более соответствует его Специальной части.

¹⁰ «Tapşırıq müqaviləsi» – см. статью 777 ГК АР.

¹¹ «Komissiya müqaviləsi» – см. статью 808 ГК АР.

⁶ Michael C. Jensen & William H. Meckling, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 62 *Am Econ Rev* 777 (1977).

⁷ См., напр. W.T. Allen et al., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations* (2009).

Во многих странах, в том числе США, законодательство и правовая практика определяют товарищество (*partnership*) как организационную форму, являющуюся сводом вышеуказанных (устных или письменных) соглашений, в первую очередь договора членов товарищества (пайщиков). Исторически, до возникновения фирм как признанных организационных форм, предприниматели вели дело совместно на основе договоренности между собой¹². Это и называлось товариществом. До сих пор в большинстве штатов США для создания и правового признания товарищества не требуется ни его официальной регистрации, ни заключения письменного соглашения между членами товарищества, ни даже уведомления о создании товарищества. Если два или несколько лиц занимаются совместной предпринимательской деятельностью на постоянной основе, они автоматически считаются создавшими деловое товарищество.

Позже государства начали принимать законы для регулирования деятельности товариществ, подкрепленные экономическим анализом коммерческого законодательства¹³. С практической точки зрения, эти законы используются для правового регулирования товариществ в отсутствие формального соглашения между их членами.

Подход здесь таков: если между членами товарищества подписано соглашение, то в первую очередь должны применяться его положения. Договорная свобода – основополагающий принцип отношений между членами товарищества, следовательно, закон должен предоставить им максимальную свободу в урегулировании взаимных отношений. Логика очень простая: участники товарищества сами лучше знают, что для них более важно, а что нет, и сами могут за себя постоять, так давайте же доверимся им в определении и отстаивании их собственных интересов. В нашем случае одна сторона (Бета) меньше инвестирует и больше управляет, потому что лучше знает рынок и обладает ключевыми связями, а другая компания (Альфа) больше инвестирует и меньше управляет, потому что хочет получать прибыль на свой капитал, не прилагая особых усилий на незнакомом ей рынке. Это понимание своих интересов стороны могут выразить в заключаемом между ними договоре. Следовательно, законодательство о товариществах должно содержать в основном диспозитивные нормы, применяемые тогда, когда «иное не предусмотрено договором» между ними. Императивных норм (носящих обязательный характер и пересиливающих договорные положения) должно быть сравнительно немного, потому что, повторюсь, никто (ни государство, ни какое-либо другое третье лицо) не может лучше самих сторон (членов то-

варищества) понять и выразить их интересы. А если они испытывают трудности в этом, они всегда могут обратиться за советом к юристам.

Отличительное свойство товариществ – это именно связанная с ними простота, легкость, прежде всего простота создания (что изложено на предыдущей странице), а также простота вступления и выхода из них, легкость вложения и вывода капитала из товариществ. В соответствии с принятыми в США бухгалтерскими правилами, товарищество, наряду с балансом, счетом прибылей и убытков и движением наличности, должно вести счет движения капитала (капитальный счет) для каждого члена товарищества¹⁴. Капитальный счет отражает все вклады капитала данного члена товарищества и всю распределенную ему прибыль. При изъятии членом товарищества каких-либо средств из товарищества, например, распределенной прибыли (аналогично дивидендам акционера), остаток на капитальном счете члена товарищества уменьшается на величину изъятых сумм¹⁵. При выходе партнера из товарищества он получает на руки остаток на своем капитальном счете. Это ключевой момент: члены товарищества ведут совместный бизнес, но их вклады и прибыли считаются в отдельности, что позволяет членам товарищества легко вкладывать и выводить средства из товарищества.

Анализ Гражданского Кодекса AP показывает, что большинство положений, относящихся к товариществам, позволяет членам товарищества самим выстраивать свои отношения, хотя и здесь есть потенциал для улучшения. Однако, одно важное свойство товариществ, а именно их «простота», не нашла отражения в законодательстве. С этой точки зрения, существующее требование обязательной регистрации товарищества снижает ценность законодательства о товариществах и самих товариществ как организационной формы, так как простота создания и роспуска товариществ, а также легкость инвестирования и вывода средств из них является их принципиальным преимуществом.

С другой стороны, Гражданский Кодекс требует (часто опосредованно), чтобы основные условия и правила товарищества были отражены в его уставе, который, в свою очередь, должен быть зарегистри-

¹⁴ См., напр., R. Libby, P. Libby and D. Short, *Financial Accounting* (6th ed.), p. 577.

¹⁵ К примеру, 1 января 2011 г. один из участников товарищества (Альфа) вкладывает AZN 100 (сто манат) в товарищество АБ. Эта сумма отражается на капитальном счете Альфы. Через шесть месяцев товарищество АБ получает прибыль в размере AZN 200, которая, согласно соглашению между членами товарищества (Альфой и Бетой), должна быть разделена поровну между двумя партнерами. Капитальный счет Альфы увеличивается на AZN 100 и составляет на 1 июля 2011 г. AZN 200. Еще через месяц Альфа изымает AZN 50 на «личные цели». Таким образом, остаток на капитальном счете Альфы на 1 августа 2011 г. составляет AZN 150 (сто пятьдесят манат).

¹² См., напр., H. Hansmann, H. Kraakman and R. Squire, *Law and Rise of the Firm*, Yale L. R. (May 2005).

¹³ См., напр., R. Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), p. 391.

рован соответствующим государственным органом. Однако, в отличие от обществ с ограниченной ответственностью и акционерных обществ, товарищество не может состоять из одного пайщика – у него должно быть по меньшей мере двое участников, которые вполне могут регулировать свои отношения через соглашение. В этом случае можно утверждать, что нужда в уставе товарищества практически отпадает. Такая упрощенная, необременительная процедура и составляет основную привлекательность товариществ, что и делает их востребованным, эффективным правовым инструментом для их участников. Другой пример международного опыта в этой области – Гражданский Кодекс Российской Федерации. В его специальной части, наряду с другими типами договоров (договор купли-продажи, подряdnый договор), приводится образец соглашения о товариществе¹⁶. Как правило, требование прохождения регистрации устанавливается лишь для тех товариществ, участниками (членами или акционерами) которых являются общества с ограниченной ответственностью.

В реальности, в Азербайджане есть немало людей, занимающихся совместным бизнесом на паях, в виде де-факто товариществ, но они не зарегистрированы в качестве таковых. Это происходит потому, что регистрация товариществ экономически невыгодна: если предприниматель готов нести издержки на регистрацию, ему выгоднее и удобнее зарегистрировать компанию как ООО. На практике в Азербайджане также представлены т.н. договорные товарищества: зарубежный инвестор, который вести хочет бизнес в стране без регистрации в качестве резидента, может подписать соглашение о создании совместного предприятия с местным партнером. Такой тип совместного предприятия называется договорным (*contractual joint venture*).

Другим важным аспектом законодательства является правовое признание товарищества в качестве организации, обособленной от его участников. Этому есть несколько причин. Ряд правоведов считают, что основной причиной такого обособления является необходимость различения имущества, принадлежащего товариществу, от имущества, принадлежащего его членам¹⁷. У вас может возникнуть вопрос, почему это столь необходимо, коль скоро члены товарищества все равно несут ответственность всем своим имуществом. Дело в том, что в соответствии с этой правовой теорией, закон фактически признает отдельную «собственность товарищества», т.е. имущество, связанное с деятельностью товарищества или созданное в ходе

такой деятельности. Различение собственности товарищества и собственности членов товарищества особенно важно в отношениях с кредиторами. Конкретно говоря, требование кредитора должно быть в первую очередь направлено на собственность товарищества. Кредитор не может произвольно потребовать передачи ему, скажем, дома члена товарищества в возмещение долгов товарищества (если только дом не является вкладом этого члена в товарищество) – кредитор обязан вначале удовлетворить иск за счет активов товарищества (складских и других материальных запасов, коммерческой или производственной недвижимости, банковских счетов и пр.). Только если собственности товарищества недостаточно для покрытия его долгов, кредитор может направить требование на имущество его членов. С другой стороны, личные долги члена товарищества должны быть оплачены не из активов товарищества, а направлены на имущество этого члена.

Хотя все это достаточно логично, эти положения не предусмотрены в соответствующем разделе Гражданского Кодекса Азербайджанской Республики. Несмотря на это, я считаю, что судам следует принять во внимание вышеуказанные аргументы.

Мы, наверное, не ошибемся, сказав, что большая часть законодательства о товариществах (будь то в США или Азербайджане) посвящена отношениям внутри товарищества и между товариществом и его кредиторами, а не между членами товарищества и управленцами. Причина проста: число членов товарищества обычно мало, и большей частью они сами занимаются управлением. Так что принципал-агентская проблема в товариществе возникает в отношениях не со сторонними менеджерами, а между самими членами. В американской практике считается, что члены товарищества являются агентами друг друга, что означает, что они обязаны действовать добросовестно и предусмотрительно по отношению друг к другу и товариществу в целом¹⁸.

IV. Общества с ограниченной ответственностью

Более часто используемой правовой формой для ведения совместного бизнеса является общество с ограниченной ответственностью (ООО). ООО и подобные им формы компаний широко распространены во многих странах мира. В США и большинстве европейских стран ООО являются преобладающей формой организации фирм: к примеру, в американском штате Дэлавер они составляют более половины зарегистрированных юридических лиц. Но с точки зрения финансовых возможностей и вклада в валовой наци-

¹⁶ ГК РФ от 26.01.1996, N 14-ФЗ, Глава 55 – Простое Товарищество.

¹⁷ См. Н. Hansmann, R. Kraakman, Essential Role of Organizational Law, 110 Yale L.J. 387 (2000).

¹⁸ На факультетах права в американских университетах обсуждение товариществ начинается рассмотрением прецедента в деле Meinhard v. Salmon, 164 N.E. (N.Y. 1928).

ональный продукт ООО уступают корпорациям (как уже отмечалось, их правовым эквивалентом в Азербайджане являются акционерные общества).

Анализируя численное преобладание ООО, можно прийти к выводу, что причиной успеха является их срединное положение между товариществами и корпорациями: с одной стороны, ответственность участников ООО ограничена (в отличие от товариществ), с другой стороны, ООО достаточно свободны в управлении и распределении прибыли (в отличие от корпораций).

В США, ООО по своей сути и свойствам ближе к товариществам, что является достаточно целесообразным, так как ООО предназначены в основном для мелкого и среднего бизнеса. В этом случае большинство вопросов, даже таких серьезных как управление компанией, порядок передачи долей (акций), распределение прибыли могут быть определены в соглашении между участниками ООО, а ряд исключительно важных пунктов (изменение которых наименее вероятно) могут быть указаны в уставе ООО. В чем преимущество договорного регулирования? В том, что договоры между сторонами не нужно регистрировать; таким образом, договоры легко варьировать с взаимного согласия сторон.

Сравните с Гражданским Кодексом Азербайджана, где указано, что участники ООО имеют право на долю в прибыли компании «соответственно их вкладу в уставной капитал» (статья 91-1.2), что можно понимать как «пропорционально их доле в уставной капитале». Это означает, что распределение прибыли невозможно поменять без изменения долей в уставном капитале, а это, свою очередь, требует решения общего собрания акционеров, изменения устава общества и перерегистрации устава в соответствующем государственном органе. Предположим, компании А и Б решают, что в первые шесть месяцев после основания компании прибыль будет делиться пропорционально долям, а затем – поровну. Договорное согласие обеих сторон на это условие следовало бы понимать так, что ни одна из них не может наложить вето на распределение прибыли в будущем. Однако обеспечение исполнения этого положения в соответствии с Гражданским Кодексом – очень сложный процесс с непредсказуемым итогом. Схожая проблема – передача долей (акций) третьим лицам. В настоящее время Гражданский Кодекс требует, чтобы до передачи долей третьим лицам они были должны быть предложены существующим пайщикам (акционерам), т. е. последние имеют преимущественное право на покупку долей (статья 93).

Наряду с договорной свободой, чрезвычайно важно наличие в законодательстве диспозитивных норм. В реальности, большинство основателей юридических лиц действуют в соответствии с диспозитивными нормами, что подтверждается и международной

практикой. Быстрый экономический рост и рыночное развитие Азербайджана требует, чтобы экономическим субъектам была предоставлена свобода строить отношения в соответствии с тем, как они представляют свои интересы. Либеральное коммерческое (в том числе корпоративное) законодательство является необходимым условием развития таких форм капиталовложений как *venture capital* и *private equity*, что подразумевает возможность инвестирования в компании с высоким потенциалом роста и выхода из них с крупными прибылями на вложенный капитал. Императивные нормы нужны в корпорациях, чтобы защитить интересы многочисленных (иногда исчисляемых миллионами) акционеров, которые в одиночку не могут влиять на принятие решений. Товарищества и общества с ограниченной ответственностью устроены иначе: число участников в них мало, доля каждого сравнительно велика, и они могут защитить свои интересы и разрешить имеющиеся между ними вопросы путем взаимного согласия через договорные механизмы. В настоящее время в Азербайджане есть финансовые условия для развития таких форм бизнеса как *venture capital* и *private equity*. Конечно, рост в этом сегменте сильно зависит от экономических факторов. Но не следует преуменьшать значение либерализации законодательства: правовая привлекательность существенна для инвесторов и является доказанным стимулом роста инвестиций.

Установление договорных отношений между субъектами коммерческого и гражданского права: сравнительно-правовой анализ регулирования институтов оферты и акцепта

Правовое регулирование договоров почти во всех странах начинается со стадии оферты. Сравнительный анализ правовых систем государств показывает, что существуют весьма существенные, если не сказать принципиальные, различия правового регулирования ряда вопросов, связанных с такими основополагающими институтами договорного права как оферта и акцепт. Связан ли оферент своим предложением? При каких условиях и в течение какого времени он может его отозвать? При наличии акцепта, с какого момента договор считается заключенным? Имеющиеся различия в ответах на данные вопросы не могут не усложнять объективным образом процесс установления правообразующих договорных отношений между субъектами коммерческого права при наличии иностранного элемента. На сегодняшний день можно констатировать, что единого или хотя бы схожего правового регулирования порядка заключения договора на глобальном уровне не существует. Даже на региональном уровне сравнительный анализ соответствующих правовых норм в законодательстве Азербайджана, Армении, Грузии и России выявляет ряд весьма существенных отличий в правовом регулировании вопросов, связанных с юридической силой оферты и момента установления договорных отношений вследствие акцепта.

Данная статья имеет целью с помощью сравнительного метода выявить основные различия правового регулирования процесса установления договорных отношений между субъектами коммерческого права как на глобальном уровне в рамках основных правовых систем (семей), так и на региональном уровне – в Южнокавказских странах.

I. Введение

Правовое регулирование договоров начинается, как правило, со стадии выражения стороной воли заключить договор, т.е. выступления с офертой. Однако существует множество случаев, когда конкретные юридические конструкции на стадии формирования договора отличаются сложностью и неоднозначностью. В литературе в качестве примера часто приводится случай договора о покупке земли, составленного нотариусом, который одновременно подписывается сторонами. В таком случае трудно сказать, какая из сторон сделала предложение, а какая – его приняла. Понятия «оферта» и «акцепт» не подходят также для случая, когда стороны продолжительное время ведут переговоры, постоянно делая друг другу предложения и контрпредложения, и в конце концов приходят к согласию о заключении договора. С другой стороны, совсем иначе обстоит дело, когда договор заключается между отсутствующими путем обмена письмами или с помощью других средств связи, позволяющих ознакомиться с волеизъявлением друг друга. В этом случае речь идет о временной последовательности отправления и приема партнерами посланий с волеизъявлениями друг друга. При заключении таких «договоров на расстоянии» возникает немало юридических проблем, которые будут рассмотрены в данной статье: связан ли оферент своим предложением? При каких условиях и в течение какого времени он может его отозвать? С какого момента акцепта оферты договор считается заключенным?

С определенной долей условности, **на глобально-правовом уровне** можно выделить три модели регулирования исследуемых институтов оферты и акцепта: в англо-американской правовой семье связанность оферента своим предложением наиболее слабая (III), в германской – наиболее сильная (V). Романская правовая семья предлагает промежуточное решение (IV). Данные различия правового регулирования не могли не проявиться во время попытки создания международного (универсального) правового регулирования в рамках одного – самого распространенного договора (купли-продажи) в 1980 году, когда под эгидой ООН была подписана «Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров» (VI). Но прежде чем начать сравнительное исследование последствий, которые порождают оферта и акцепт как на **региональном-правовом (южнокавказском) уровне** (VII), так и на глобальном уровне, считаем целесообразным кратко изложить сущность данных институтов (II).

¹ Руководитель службы финансового мониторинга ЗАО «Америабанк», старший преподаватель юридического факультета Российско-Армянского (Славянского) Университета.

II. Юридическая сущность оферты и акцепта

В законодательстве многих стран оферта и акцепт рассматриваются отдельно, хотя и друг за другом. Однако лишь вместе они могут порождать договор. В юридической литературе в свое время была высказана Н.Г. Александровым точка зрения, в силу которой оферта и акцепт представляют собой односторонние сделки². Решительными ее противниками выступали Ф.И. Гавзе, И.Б. Новицкий и Л.А. Лунц. Так, Гавзе обращал внимание на то, что предложение (оферта) и принятие предложения (акцепт) являются лишь составными частями двусторонней сделки – договора³. Волеизъявление одного из лиц, изъявивших свою волю (оферента), направлено на получение ответного волеизъявления другого лица (акцептанта), в результате чего возникает общий волевой акт, договор, приводящий к достижению встречных результатов, желательных для них⁴. Сами институты оферты и акцепта на сегодняшний день весьма детально регулируются на законодательном уровне в правовых системах Азербайджана⁵, Армении⁶, Грузии⁷ и РФ⁸. Офертой является предложение, которое при наличии ряда индивидуализирующих признаков влечет за собой установленные в законе правовые последствия как для того, от кого она исходит (оферента), так и для адресата (акцептанта). Поскольку последствия, о которых идет речь, весьма существенны, к оферте предъявляются весьма строгие требования. При их несоблюдении из оферты не вытекает никаких правовых последствий, или, по крайней мере, тех, которые закон связывает с ней⁹.

Первое требование – «достаточная определенность»¹⁰ оферты¹¹. Об этом четко говорится в ГК РФ¹² и в ГК РА¹³ и подразумевается в ГК АР¹⁴ и в ГК ГР¹⁵.

В свою очередь судебная практика большинства стран, где на законодательном уровне не закреплена «достаточная определенность» оферты, равным образом требует, чтобы оферта была достаточно определенной. В качестве примера можно привести соответствующую судебную практику Испании¹⁶ и Италии¹⁷.

Второе требование относится к направленности оферты: она должна «выражать намерение»¹⁸ лица, которое выступает с предложением, считать себя заключившим договор на условиях, указанных в договоре с адресатом, в случае, если последний примет предложение. Иными словами, оферта должна быть составлена таким образом, чтобы позволить адресату сделать вывод: для заключения договора достаточно выражения им самим воли, совпадающей с офертой¹⁹. Отмеченный признак позволяет отграничить оферту от обычных переговоров (*offre de pourparlers, invitatio offerendi*)²⁰. Данное обстоятельство не означает, что предшествующие заключению договора материалы, направленные каждой из сторон или разработанные обеими вместе, вообще лишены какого-либо значения. Ст. 431 ГК РФ, указывает, что для целей выяснения общей воли сторон при толковании договора «принимаются во внимание», *inter alia*, предшествующие договору переговоры и переписку. Аналогичные положения содержатся в законодательстве Азербайджана²¹ и Армении²². Однако и переписка, и переговоры названы лишь обстоятельствами, связанными с заключением договора. Если учесть, что переговоры и переписка поставлены в один ряд с установившейся между сторонами практикой и их последующим поведением, становится ясным: и переговоры, и переписка имеют лишь доказательственное, а не правообразующее значение, что качественно отличает их от оферты и акцепта, которые вместе имеют правообразующее значение²³.

Третье требование связано с адресностью оферты. Из оферты должно быть ясно, к кому именно она обращена²⁴. В законодательстве многих стран

² Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157–158.

³ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриздат, 1972. С. 86.

⁴ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. С. 162–163.

⁵ Гражданский Кодекс Азербайджанской Республики от 28.12.1999 (в дальнейшем ГК АР), ст. 405.2, 408 и 409.

⁶ Гражданский Кодекс Республики Армения от 05.05.1998 (в дальнейшем ГК РА), ст. 451–459.

⁷ Гражданский Кодекс Грузинской Республики от 26.06.1997 года (в дальнейшем ГК ГР.), ст. 329–335.

⁸ Гражданский Кодекс Российской Федерации Часть I, от 30.11.1994 N 51-ФЗ (в дальнейшем ГК РФ), ст. 435–443.

⁹ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание, 2008. С. 196–197.

¹⁰ С. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Commentary on the international sales law, Milan, 1987, art. 14 note 2.2.2.

¹¹ Гражданское право РФ. Том III. Отв. ред. Суханов Е.А. М.: Изд-во Волтерс Клувер, 3-е издание, 2008. С. 198.

¹² ГК РФ ст. 435, п. 1.

¹³ ГК РА ст. 451, п. 1.

¹⁴ ГК АР ст. 408.1.

¹⁵ ГК ГР ст. 329, п. 1.

¹⁶ Spain, Tribunal Supremo, 10/10/1980.

¹⁷ Italy, Corte di Cassazione, 17/10/1992.

¹⁸ Гражданское право РФ. Том III. Отв. ред. Суханов Е.А. М.: Изд-во Волтерс Клувер, 3-е издание, 2008. С. 198

¹⁹ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание, 2008. С. 197.

²⁰ Giulio Giannini, The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, Vol 1, p. 3.

²¹ ГК АР ст. 404.2.

²² ГК РФ АР ст. 447, п. 2.

²³ Гурвич М.А. Судебное решение: Теоретические проблемы. М.: Юрид. лит., 1976. С. 15.

²⁴ Гражданское право РФ. Том I. Отв. ред. Сергеева А.П. М.: Изд-во Велби. 2011. С. 863.

прямо закреплено, что «офертой признается предложение, адресованное одному или нескольким **конкретным** лицам²⁵».

Однако определенность адреса оферты в литературе понималась по-разному. Так, в одно время в доктрине была весьма распространена точка зрения, по которой оферта должна быть всегда адресована конкретному лицу (конкретным лицам) и никогда не может быть «брошена в толпу». Сторонниками таких взглядов были, например, Р.О. Халфина и Ф.И. Гавзе. Так Халфина полагала, что «предложение не может рассматриваться как оферта, поскольку здесь еще не установлен один из существенных элементов договора – его сторона»²⁶. Ее позицию поддержал Ф.И. Гавзе²⁷. С другой стороны, постепенно все чаще раздавались голоса, в частности в работах О.С. Иоффе²⁸, И.Б. Новицкого и Л.А. Лунца²⁹ в пользу признания офертой при некоторых условиях предложения, адресованного неопределенному кругу лиц, если из нее усматривалась воля оферента заключить сделки «с любым и каждым».

В настоящее время кодексы большинства стран мира признают офертой предложение, которое при соблюдении всех остальных требований – достаточной определенности и полноты – выражало волю заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется. К такой «публичной» оферте может быть отнесено, например, сообщение в газете, по телевидению о продаже точно указанных товаров, выполнении точно указанных работ, предоставлении строго определенных услуг оферента, готовности вступить на объявленных условиях в договор с любым желающим и др. С точки зрения законодателя, никакой разницы между такой публичной офертой и обычной, адресованной конкретному лицу, нет. Имеется в виду, что все те последствия, которые вызывает обычная оферта, следуют и из публичной³⁰.

Все же п. 1 ст. 437 ГК РФ (как и ст. 453 ГК РА) содержит общую презумпцию в пользу того, что реклама и иные предложения, которые адресованы неопределенному кругу лиц, признаются только **приглашением к оферте**, но не офертой. При

публичной оферте определенность во взаимоотношениях сторон зависит от характера предложения, а значит, снять неопределенность должен тот, кто обращается с предложением. Если он хочет выступить с офертой, ему надо прямо выразить это в предложении, не заставляя вторую сторону догадываться, что именно следует понимать под соответствующим извещением³¹.

Четвертое требование относится к содержанию оферты: ст. 435 ГК РФ (как и ст. 408.1 ГК АР; ст. 451 ГК РА) предполагает, что оферта включает существенные условия договора³². Указанное требование имеет двоякое значение. Смысл этого важнейшего требования к оферте состоит в том, что она, по выражению Л. Эннексеруса, «должна быть настолько определенной, чтобы можно было путем ее принятия достигнуть соглашения по всему договору³³».

Акцепт в такой же мере выражает волю лица, как и предложение. По своей юридической конструкции акцепт и оферта в определенной части совпадают. В этой связи некоторые из положений, которые относятся к оферте, распространяются и на акцепт. Требования к акцепту вытекают из его особенностей как рефлекторного волеизъявления

Первое требование – «достаточная определенность» акцепта. При этом не имеет значения, каким способом коммуникации отправлен ответ: ответ может быть отправлен и другим способом коммуникации³⁴.

Второе требование относится к направленности акцепта: она должна выражать намерение акцептанта связать себя узами договора. Подтверждение получения оферты, выражение благодарности, заявление о заинтересованности предложением не могут считаться акцептом³⁵.

Третье требование к акцепту – это его полнота. Акцепт приобретает юридическую силу, если он полный, т.е. выражает одобрение всему, что указано в оферте, и безоговорочный, т.е. не содержит никаких дополнительных условий³⁶. Ответ на иных условиях, чем предложено в оферте, не является

²⁵ ГК РФ ст. 435, п. 1; ГК РА, ст. 451, п. 1.

²⁶ Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952. С. 207

²⁷ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриздат, 1972. С. 92.

²⁸ Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975. С. 50.

²⁹ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. С. 151-152.

³⁰ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание, 2008. С. 197.

³¹ там же.

³² Гражданское право РФ. Том I. Отв. ред. Сергеева А.П. М.: Изд-во Велби, 2011. С. 863.

³³ Эннексерус Л. Курс Германского гражданского права. Изд-во иностранной литературы, 1949. Т. I. Полутом 2. С. 175

³⁴ Rudolf B. Schlesinger (et al.), Formation of contracts, a study of the common core of legal systems, Oxford, 1968, p.126.

³⁵ C. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Commentary on the international sales law, Milan, 1987, art. 18 note 2.1.

³⁶ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание, 2008. С. 203.

акцептом³⁷. Это лишь встречная оферта³⁸. Однако действия акцептанта могут рассматриваться как встречная оферта лишь при условии, что они обладают указанными признаками оферты. Акцептант может отозвать сделанный акцепт до момента получения оферентом извещения об отказе акцептанта от заключения договора, либо одновременно с таким извещением. Соответственно, отказ от акцепта не считается сделанным и тогда, когда моменты получения оферентом самого акцепта и извещения об его отказе совпадают.

III. Юридически слабая связанность оферента своим предложением: страны общего права

Согласно общему правилу, в англо-американском праве до акцепта оферты оферент может в любой момент отозвать ее³⁹, даже если он заявил о своем намерении быть связанным ею в течение определенного срока. *A fortiori*, оферта может быть отозвана до того, как ее получит адресат⁴⁰. С правовой точки зрения ничего не мешает ему поступить таким образом. Причины, по которым общее право оставляет свободу оференту, кроются в доктрине «встречного удовлетворения» («*consideration*»). В основе этой доктрины лежит общий принцип англо-американского договорного права, согласно которому предложение порождает связывающие оферента обязательства только при условии, что тот, к кому это предложение обращено, уже выполнил или обещал выполнить свои взаимные обязательства⁴¹. Поскольку предложение практически всегда отправляется адресату до выполнения им своих взаимных обязательств, то оферент в англо-американском праве, как правило, не связан своим предложением⁴².

С другой стороны, необходимо отметить, что в странах общего права и особенно в правовой системе США в некоторых частных (специальных) случаях [*sui generis*] наблюдается некоторая тенденция безотзывности оферты вопреки доктрине «встречного удовлетворения». С определенной долей условности можно выделить четыре ситуа-

ции, где оферта имеет признаки безотзывности.

Во-первых, речь идет о так называемых «опционных контрактах⁴³» («*option contract*»), где действует правило безотзывности оферты.

Во-вторых, если оферта содержится в специальном документе «за печатью» («*under seal*») или с использованием надписи *locus sigilli*, или просто «*L.S.*», то она порождает связывающие обязательства для оферента⁴⁴, так как документ «за печатью» порождает специфические юридические последствия в общем праве⁴⁵.

В-третьих, Единообразный торговый кодекс США (*Uniform Commercial Code*, кратко: *UCC*) в предусматривает для торговых сделок безотзывность оферты в течение указанного в ней времени⁴⁶, а если таковое не указано, то в течение разумного времени, не превышающего, однако, 3 месяцев⁴⁷.

И наконец, в-четвертых, некоторая тенденция безотзывности оферты вопреки доктрине «встречного удовлетворения» наблюдается в американской судебной практике. В юридической литературе в качестве иллюстрации соответствующей судебной практики приводится следующий пример: если участвующий в тендере генеральный подрядчик называет цену на основе оферты своего субподрядчика, то в случае выигрыша им этого тендера субподрядчик не вправе отозвать свою оферту и тем самым свести на нет все расчеты генподрядчика. В подобных случаях суды по разным основаниям принимают решения о безотзывности оферты, так как считают, что субподрядчик знал или даже хотел, чтобы генеральный подрядчик участвовал в тендере на основе его оферты⁴⁸. Эта судебная практика была закреплена в Своде (втором) договорного права 1981 года. Так, согласно своду, оферта считается безотзывной, если, как то обязан был предвидеть оферент, ее получение контрагентом потребует от него принятия (или воздержания от) таких мер, которые будут иметь для него существенное значение⁴⁹. Однако оферта и в данном случае будет носить связывающий характер лишь в той мере, в какой это необходимо для недопущения несправедливости⁵⁰.

³⁷ Гражданское право РФ. Том III. Отв. ред. Суханов Е.А. М.: Изд-во Волтерс Клувер, 3-е издание, 2008. С. 205.

³⁸ Ст. 410.1 ГК РФ; ст. 459, 2-ой абзац ГК РФ; ст. 333, п. 2 ГК РФ; ст.; 443 ГК РФ.

³⁹ Гражданское право РФ. Том III. Отв. ред. Суханов Е.А. М.: Изд-во Волтерс Клувер, 3-е издание, 2008. С. 199.

⁴⁰ Joseph M. Perillo, Calamari and Perillo's Hornbook on Contracts, 5-th edition, 2-nd reprint, 2007, Thomson West (Hornbook Series), p. 109

⁴¹ P.S. Atiyah, "Consideration: A Restatement", in P.S. Atiyah, Essays on Contract (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 179 et seq.

⁴² K. Zweigert, H. Kötz, An Introduction To Comparative Law, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 357-358.

⁴³ Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981, Section 87.

⁴⁴ H.G. Beale, W.D. Bishop, M.P. Furmston, Contract: Cases and Materials, 5-th edition, 2007, Oxford University Press, Chapter 6, p.133.

⁴⁵ Lon L. Fuller, Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, Appendix C, 7-th edition, 2001, West Group. St. Paul, MN.

⁴⁶ Uniform Commercial Code (UCC), Section 2-205.

⁴⁷ там же.

⁴⁸ См. *Northwestern Engineering Co. v. Ellermann*, 69 S.D. 397, 10 N.W. 2d 879 (1943); *Drenan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).

⁴⁹ Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981, Section 87(2).

⁵⁰ там же.

В Англии еще в далеком 1937 году Комитет по пересмотру законодательных актов внес предложение *de lege ferenda*, согласно которому «договоренность о действии оферты в течение определенного периода времени или до наступления какого-либо специально оговоренного события будет служить основанием для иска», несмотря на отсутствие «встречного удовлетворения»⁵¹. Однако данное предложение по прошествии долгого времени не стало *de lege lata*.

Таким образом, можно подытожить вышесказанное обобщением, что, несмотря на некоторые исключения, согласно общему правилу в странах общего права оферта может быть свободно отозвана оферентом.

Еще одним принципиально важным отличием общего права является определение того момента, начиная с которого договор вступает в силу. Иными словами, речь идет о моменте, начиная с которого акцепт обязывает договаривающиеся стороны. Уточнение этого момента впервые прозвучало еще на заре XIX века Верховным Судом США в период председательства известного Джона Маршала в знаменитом ведущем прецеденте суда *Адамс против Линдсела*⁵² в 1818 году (в дальнейшем более детализированное в деле *Хенторн против Фразера*⁵³ в 1892 году). С этого прецедента берет начало теория «почтового ящика» («*mailbox*»). Согласно этой теории, договор считается заключенным с момента отправки акцепта контрагентом, а не с момента получения его оферентом⁵⁴. Другими словами, с момента, когда контрагент опускает свою депешу с акцептом в почтовый ящик или передает ее почте другим способом⁵⁵.

Любопытно, что в общем праве многие другие формы волеизъявления одной из сторон должны быть получены адресатом, прежде чем станут юридически действительными. В частности, это касается оферт, их отзыва, извещений⁵⁶. Что же касается договора, то он может начать действовать еще до того, как о нем узнал оферент⁵⁷. На действительности договора не отразится даже факт утери акцепта почтой, разумеется при условии, что контр-

агент докажет, что он действительно сдал его на почту, а почта его приняла⁵⁸.

Теория «почтового ящика» мало согласуется с тем фактом, что повсеместно почтовые правила позволяют отозвать уже отправленное письмо. Это побудило Претензионный суд США (*Court of Claims*) отказаться от теории «почтового ящика» в деле *Дик против США*⁵⁹, далее подтвердив свою позицию в последующих делах, в частности, в деле *Род Айланд Тул Компани против США*⁶⁰. Часть американской доктрины также выступает за отказ от теории «почтового ящика»⁶¹. Однако в Своде (втором) договорного права (1981 г.) сохранена традиционная норма: «акцепт в его неизменном виде через посредника является действительным... тотчас с момента отправки его контрагентом, независимо от того, дойдет ли оно когда-нибудь до оферента»⁶². Судебная практика также в основном не отказывается от теории «почтового ящика», и, за исключением Претензионного суда США неизменно следует данному принципу.

Так, в деле *Джон Солдау против Органон Инк*⁶³ от 2-ого ноября 1988 г. Апелляционный суд девятого округа США прямо отказался следовать судебным решениям Претензионного суда США и еще раз подтвердил, что теория «почтового ящика» является действующим правом в системе *common law*. Фактические обстоятельства данного дела были весьма интересными. Компания Органон Инк. (*Organon Inc.*), зарегистрированная в штате Делавер, уволила своего сотрудника Джона Солдау (*John Soldau*). Компания написала письмо сотруднику, в котором последнему предлагалась двойная выплата выходного пособия (*double the normal severance pay*) в обмен на отказ от любых судебных претензий в будущем (*in consideration of a release by Soldau of all [his] claims against Organon*). В самом письме прилагался текст заявления об отказе от судебных претензий в будущем. Солдау собственноручно поставил дату, подписал текст заявления и отнес письмо в почтовое отделение. Вернувшись домой, он обнаружил новое письмо от компании Органон Инк, к которому был приложен чек с двойным размером выходного пособия. По не совсем ясным причинам Солдау пожалел о своем решении согласиться с предложением Органон

⁵¹ Rudolf B. Schlesinger (et al.), *Formation of contracts, a study of the common core of legal systems*, Oxford, 1968, at 747 et s.; at 1393 et s.

⁵² *Adams v. Lindsell*, 106 Eng. Rep. 250 (K.B. 1818).

⁵³ *Henthorn v Fraser*, 2 Ch 27 [1892].

⁵⁴ Joseph M. Perillo, Calamari and Perillo's *Hornbook on Contracts*, 5-th edition, 2-nd reprint, 2007, Thomson West (Hornbook Series), p. 109-100.

⁵⁵ *Burton v. United States*, 202 U.S. 344, 384-86, 26 S.Ct. 688, 700-01, 50 L. Ed. 1057 (1906); *Patrick v. Bowman*, 149 U.S. 411, 424, 13 S.Ct. 811, 816, 37 L. Ed. 790 (1893); *Taylor v. Merchants' Fire Ins. Co.*, 50 U.S. (9 How.) 390, 400, 13 L. Ed. 187 (1850).

⁵⁶ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 359-360.

⁵⁷ *John Soldau v. Organon Inc.*, 860 F.2d 355, (1988).

⁵⁸ *Restatement of the Law, Second, Contracts, Section 63 - Time When Acceptance Takes Effect.*

⁵⁹ *Dick v. United States*, 82 F.Supp. 326, 113, *Court of Claims*, 94 (1949).

⁶⁰ *Rhode Island Tool Co. v. United States*. 128 F. Supp. 417, *Court of Claims*, (1955).

⁶¹ Ian Roderick Macneil, *Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 112, May 1964, No 7, p. 947 et s.

⁶² *Restatement of the Law, Second, Contracts, Section 63 - Time When Acceptance Takes Effect.*

⁶³ *John Soldau v. Organon Inc.*, 860 F.2d 355, (1988).

Инк и вернулся в почтовое отделение. Узнав, что его почта еще не отправлена, он убедил почтового служащего вернуть ему письмо. Одновременно он отправился в банк и обналичил сумму чека. А через несколько дней он выступил с иском против компания Органон Инк, в котором ответчику приписывалось нарушение закона своего штата о запрете дискриминации по возрастному признаку (*Age Discrimination in Employment Act [ADEA]*). Федеральный окружной суд постановил, что по праву Калифорнии соглашение между сторонами было окончательным и юридически обязующим, начиная с того момента, как только истец отдал письмо в почтовое отделение. Статутное и прецедентное право штата Калифорния не придавало никакого значения тому обстоятельству, что Солдау взял обратно письмо, которое никогда не было получено ответчиком и о существовании которого ответчик теоретически мог вообще и не знать.

Джон Солдау подал апелляцию. Во время рассмотрения дела Апелляционным судом девятого округа (*United States Court of Appeals, Ninth Circuit*), Джон Солдау не оспаривал, что по праву Калифорнии договор получил окончательный вид и вступил в силу с момента его отдачи в почтовое отделение. Джон Солдау оспаривал применяемое право. Он считал, что договор должен был регулироваться не правом штата Калифорния, а федеральным правом США, которое, по мнению истца, предусматривало вступление соглашения в силу с момента получения ответа оферентом. В качестве обоснования истец приводил доводы, которые нашли место в вышеупомянутом нами деле 1949 г. Дик против США (*Dick v. United States*) Претензионного суда (*Court of Claims*) США, а также последующих делах того же суда. Однако Апелляционный суд девятого округа США отклонил все доводы истца, посчитав, что как по праву Калифорнии, так и по федеральному праву, если предположить, что такое федеральное право существует и оно является применимым в данном деле, договор считается заключенным и вступившим в силу с момента отправки акцепта (*“effective when mailed” rule*), а не с момента получения акцепта оферентом. При этом Апелляционный суд особо подчеркнул, что ни один общий федеральный суд никогда не соглашался с подходом Претензионного суда США, которое было выражено в деле Дик против США. Суд также сослался на длительную и долгую историю правила «почтового ящика», которое уже укоренилось в правовой системе США, а также на то, что данное правило отражает юридическую стабильность, «правовую устойчивость и предсказуемость», а также справедливый «баланс» интересов сторон договора.

Правоведы континентальной Европы весьма скептически относятся к теории «почтового ящи-

ка». Так известные немецкие правоведы Конрад Цвайгерт и Хайн Кетц критически отмечают, что «в наши дни проблема времени в признании акцепта действительным с момента отправки его контрагентом или получения оферентом все более теряет свою актуальность. Современные средства связи делают возможным одновременную отправку и получение сообщения, даже если отправитель и получатель находятся далеко друг от друга⁶⁴».

IV. Наличие некоторой связывающей силы оферты: страны романской правовой семьи

В романской правовой системе оферта имеет более значительную связывающую силу⁶⁵, чем в странах *common law*. При этом, весьма интенсивным является тот факт, что о юридической силе оферты на законодательном уровне можно найти не так уж и много конкретных правовых норм. Следовательно, лишь изучение соответствующих судебных решений, имеющих скорее правотворческий, нежели правоприменительный характер, может позволить нам судить о порядке вещей в области исследуемых нами институтов. На сегодняшний день состояние исследуемого вопроса, испытавшего на себе многочисленные колебания и развитие судебной практики, таково: **в принципе, оферта может быть отозвана в любой момент до акцепта ее контрагентом**⁶⁶. Кассационный суд Франции еще в далеком 1919 году решил, что наличие «оферты является недостаточным для того, чтобы связать оферента своим предложением и оферта может быть, как правило, свободно отозвана до ее надлежащего акцепта». В дальнейшем данный принцип был многократно подтвержден⁶⁷.

С другой стороны, суды на практическом уровне существенно ограничили действие упомянутого принципа. Следует, однако, уточнить одну очень важную деталь: соответствующее ограничение

⁶⁴ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 359-360.

⁶⁵ Giulio Giannini, *The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, Vol 1, p. 13.

⁶⁶ Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 230, No89; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Répertoire Defrénois, coll. «Droit civil», 845 p. No 385; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 118 à 130.

⁶⁷ Cour de Cassation, 3-e Ch. civ., 20 mars 1979, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation III*, no 72; Cour de Cassation, 1-re Ch.civ., 13 juin 1984, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation I*, no 193; Cour d'appel Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)* 1984.II.20198, note F. Givord.

было сделано в виде возмещения убытков. В итоге, **если оферент указывает определенный срок в своем предложении, он может отозвать его до истечения этого срока, но это порождает у него обязанность возмещения убытков**⁶⁸. Так, например, получивший оферту арендатор, который расторгнул договор аренды квартиры и оказался без жилья, может получить возмещение всех потерь и убытков⁶⁹. То же самое касается и случая, когда работник, получивший выгодное предложение новой работы уволился со своей прежней работы⁷⁰. Подлежат возмещению и транспортные затраты⁷¹ необходимые для того, чтобы увидеть продаваемый земельный участок.

Понятно, что возмещение убытков, при наличии таковых, является некоторым сдерживающим фактором, который может способствовать тому, чтобы оферент дождался истечения срока, указанного в оферте. Однако возмещение убытков – это внеконтрактная (деликтная) часть правового института обязательств. А между тем, оферта и акцепт относятся к договорному праву. Ведь преждевременный отзыв оферты до истечения в нем определенного срока может и не сопровождаться причинением каких-либо убытков. Поэтому главным остается вопрос относительно того, возможно ли в таких случаях обращение в суд не с требованием возмещения убытков, а с требованием обязать оферента заключить договор на указанных оферентом условиях?

В подавляющем большинстве случаев суды отказываются признать договор вступившим в силу вопреки желанию «передумавшего» оферента, в частности, из-за принципа свободы волеизъявления⁷² (*l'autonomie de la volonté*). И все же, в очень редких случаях суды удовлетворяют требования лица о «возмещении в натуре» (*reparation en nature*). Так, например, если собственник земельного участка предложил купить его заинтересованному лицу и в своей оферте дал согласие на осмотр своего участка данным заинтересованным лицом в определенный день, это означает, что он молчаливо согласился считать свое предложение действительным до дня осмотра. И отзыв предложения до дня осмотра чреват для оферента возмещением убытков в этой связи, причем вместо денежного возмещения возможно «возмещение в

натуре» (*reparation en nature*), которое может состоять в том, что оферент должен будет выполнить договор в соответствии со своим предложением⁷³. Сразу два решения Кассационного суда, принятые в один и тот же день в мае 1968 года, также подтвердили, что «в принципе, оферта продажи может быть отозвана до акцепта, однако иначе обстоит дело, если оферент [предельно] ясно взял на себя обязательство не делать этого в течение определенного времени.» (*«Si une offre de vente peut, en principe, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque»*⁷⁴). Следует, однако, особо отметить, что удовлетворение иска о «возмещении в натуре» в подобных случаях – большая редкость, хотя в 2008 году Третья палата Кассационного суда Франции по гражданским делам в свою очередь допустила такую возможность⁷⁵, подтвердив решение Первой палаты одноименного суда по гражданским делам от 1958 и 1968 гг.

Возможность возмещения ущербов дана и в том случае, когда в оферте не указывается определенный срок для акцепта, так как суды не требуют прямо выраженного установления сроков. Вполне достаточно, если из обстоятельств каждого конкретного случая или торговых обычаев с очевидностью вытекает, что оферта должна оставаться открытой для акцепта «в течение разумного времени». Вопрос о том, какова продолжительность «разумного» срока для акцепта, или следует ли вообще рассматривать срок акцепта как «молчаливо согласованный» решает суд первой инстанции на основе конкретных обстоятельств дела⁷⁶.

Наконец, в случае, когда оферта отозвана до истечения указанного в ней срока и до акцепта, контрагент уже не может заключить договор путем акцепта. Однако он может потребовать и здесь возмещения ущерба в связи с преждевременным отзывом оферты. Правда в данном случае вопрос наличия самого ущерба требует более строгого наличия «*faute abusive*».

Для более ясного понимания вышеупомянутой юридической конструкции, считаем целесообразным схематически продемонстрировать вышеизложенные различные ситуации.

⁶⁸ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Les obligations, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 126, no118.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Cour de Cassation, Ch. soc., 22 mars 1972, Recueil Dalloz, 1972.468.

⁷¹ Muriel Fabre-Magnan, Les obligations, Presses Universitaires de France, 2004, p. 231 no89.

⁷² Cour d'appel de Paris, 14 janvier 1947, Recueil Dalloz 1947. 171; Cour d'appel de Rennes, 8 juillet 1929, Dalloz hebdomadaire, 1929.548; Répertoire de droit civil, n°89.

⁷³ Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., 17 décembre 1958, Recueil Dalloz, 1959, n°33;

⁷⁴ Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., (2 arrêts), 10 mai 1968, Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation, 1968, III, n°162 et 209.

⁷⁵ Cour de Cassation, 3-ème Ch. civ., 7 mai 2008.

⁷⁶ Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., 10 mai 1972, Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation, 1972, III, n°214.

Присутствуют ли акцепт оферты?	Дошла ли оферта до адресанта?	Был ли указан срок в оферте?	Может ли оферент свободно отозвать оферту?
Оферта акцептирована	Не имеет юридического значения	Не имеет юридического значения	Отзыв оферты не возможен: договор считается заключенным
Оферта не акцептирована	Оферта дошла до адресата	В оферте указан срок для акцепта	Оферта не может быть отозвана в течение указанного в ней срока <i>Обязанность возмещения ущерба и даже «возмещение в натуре» («reparation en natur»)</i>
Оферта не акцептирована	Оферта дошла до адресата	В оферте не указан срок для акцепта	Оферта не может быть отозвана «в течение разумного времени» <i>Обязанность возмещения ущерба</i>
Оферта не акцептирована	Оферта не дошла до адресата	Не имеет юридического значения	Отзыв оферты возможен в силу принципа свободы (заключения) договора

Еще более сложным и вызывающим бурные дебаты в юридической литературе является вопрос о правовом основании обязанности оферента возмещать убытки. Так как Кодекс Наполеона не содержит ни одной конкретной правовой нормы о какой-либо связывающей силе оферты, а общие нормы-принципы Кодекса гласят о свободе (в том числе и заключения) договора и о принципе свободы волеизъявления (*l'autonomie de la volonté*), то в таком случае считается весьма сомнительной сама возможность возмещения убытков. В доктрине можно встретить три совершенно различные обоснования касательно правовой базы возмещения убытков.

Согласно одной теории, предложенной впервые Шарлем Демоломбом⁷⁷ (Demolombe), оферент делает предложение заключить, наряду с основным договором, еще и предварительный, по которому он обязуется в течение определенного времени оставить в силе основное предложение (*théorie de l'avant-contrat*). Этот предварительный договор, являясь выгодным для контрагента, считается заключенным с молчаливого согласия сторон, и если оферент отзывает свое предложение по основной сделке, наступает его виновная ответственность, чреватая возмещением убытков из-за нарушения предварительного договора⁷⁸. На эту те-

орию опирался Апелляционный суд города Кольмара, принимая решение по делу, в котором субподрядчик, обнаружив ошибку в расчете цены, отозвал свою оферту после того, как контрагент использовал ее в качестве базовой при участии в тендере и благодаря этому выиграл его⁷⁹. Суд исходил из того, что оферта носит связывающий характер, поскольку «она является результатом взаимного согласия, прямо выраженного или молчаливого, но бесспорного, и действует в течение определенного периода времени⁸⁰». Однако оказалось, что в данном деле наличие такого «молчаливого и бесспорного» согласия не было доказано: оферент, посылая предложение, не знал, что контрагент использует его в качестве основы для своего участия в тендере. Вполне понятно, что данная теория часто критикуется за «очевидную искусственность конструкции⁸¹»: предположение, что стороны заключили предварительный договор о безотзывности оферты, – «чистая фикция».

Согласно второй теории, ответственность оферента порождается его недобросовестным поведением на основании ст. 1382 ФГК: хотя отзыв оферты правомерен, он может при определенных обстоятельствах представлять собой «злоупотребление правом⁸²» (*abus de droit*), влекущее за собой «виновную» ответственность оферента⁸³.

И наконец, по мнению третьих авторов, ответственность оферента обосновывается с помощью теории «одностороннего обязательства⁸⁴» (*théorie de l'engagement unilatéral*). Однако французские суды почему-то всегда отказывались ссылаться на данную теорию и всегда отвергали ее. Для сравнения можно привести практику Международного Суда ООН, (*International Court of Justice*) который в делах «О ядерных испытаниях» (Австралия и Новая Зеландия против Франции) посчитал одностороннее заявление президента Франции как источник обязательства, вытекающий из существующего «общего принципа права», и, как гласит Статут суда, «признанного всеми цивилизованными странами». Забегая вперед, кратко отметим, что § 145 Гражданского Уложения Германии (ГГУ) также исходит из того, что оферта как односторонний акт связывает своего автора (*Bürgerliches Gesetzbuch*, § 145).

Отсутствие твердой теоретической базы возмещения вреда привело к тому, что по имеющейся судебной практике трудно судить о размере возмещаемого

⁷⁹ Cour d'appel Colmar, 4 février 1936, Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz, 1936.187.

⁸⁰ там же.

⁸¹ Alfred Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, éd. 1961, p.443, n°440.

⁸² Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral, nos313 s., p. 289.

⁸³ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Les obligations, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 129, no119.

⁸⁴ G. Rouhette, Mélanges Denis Tallon, 1999, p. 317, sp. p. 319.

⁷⁷ Charles Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. I, 1-re éd., Durand et Hachette, 1868, n°65.

⁷⁸ J. Schmidt, Negotiation et conclusion de contrats, 1982, no. 223; Alfred Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, éd. 1961, p.443, n°440;

оферентом ущерба в случае отзыва им своего предложения. Судебные решения, принимаемые на основе ст. 1382 ФГК, присуждают, как правило, пострадавшему контрагенту возмещение лишь тех средств, которые он затратил, полагая, что оферта продолжает действовать⁸⁵. Оферента же следовало бы обязать возместить контрагенту убытки, исходя из предположения, что договор выполнен.

ГК Италии (*Codice Civile*) после некоторых уточнений, в ст. 1328 и в последующих статьях ГК предусматривает, что оферта, посылаемая с указанием срока действия, не может быть отозвана до его истечения. Оферта, в которой срок действия не указан, может быть отозвана до получения ее контрагентом. Однако если контрагент добросовестно и на разумном основании уже произвел определенные затраты, исходя из действительности оферты, он может обратиться в суд с иском о возмещении ущерба, понесенного им в связи с подготовкой к выполнению своих договорных обязательств. Причем суды Италии считают возможным возмещение как *damnum emergens*, так и *lucrum cessans*⁸⁶.

Считаем необходимым также рассмотреть того момента, начиная с которого договор считается заключенным. Из-за отсутствия регулирования на законодательном уровне во Франции, согласно установившейся практике Кассационного суда, вопрос о сроках вступления в силу акцепта зависит от обстоятельств каждого конкретного дела, и особенно от толкования волеизъявления сторон. Следовательно, эти вопросы относятся к категории фактов. Поэтому здесь исключается контроль со стороны высшей судебной инстанции, решающей вопросы права, а не фактические вопросы. Для юристов из стран, в которых данный вопрос регулируется в законодательном порядке, такая позиция Кассационного суда может показаться непонятной. Тем не менее, анализ решений французских судов первой инстанции показывает, что благодаря широким полномочиям, которыми их наделил Кассационный суд, результаты их деятельности вполне справедливы⁸⁷.

Согласно ст. 1326, 1335 итальянского ГК, договор считается заключенным **с момента получения акцепта оферентом**. Этот момент предполагается наступившим в момент регистрации сообщения об акцепте по адресу постоянного проживания оферен-

та, за исключением случаев, когда оферент докажет, что не мог узнать об акцепте по независящим от него причинам.

V. Юридически обязывающая связанность оферента своим предложением: страны германского права

В германской правовой системе и в Скандинавских странах оферта имеет наибольшую связывающую силу⁸⁸.

В соответствии с Германским Гражданским Уложением (*Bürgerliches Gesetzbuch*, далее ГГУ), оферент связан своим предложением в течение установленного им срока, а в отсутствие такового – в течение разумного времени⁸⁹. Это означает, что он не может отозвать свою оферту ранее означенного срока, а также, что отзыв, если он все же произойдет, не только станет причиной возникновения у оферента обязательства возместить причиненный ущерб, но и вообще не будет иметь никаких юридических последствий. Аналогичные нормы можно найти в законодательстве Швейцарии⁹⁰, Австрии⁹¹, Греции⁹², Португалии⁹³, а также в странах Скандинавского полуострова⁹⁴.

Оферент может лишить свое предложение связывающего характера, прямо включив в него выражение «без обязательств» («*ohne oblige*» или «*freibleibend*»). Однако подобное сообщение, как правило, не является офертой с юридической точки зрения. Это лишь обращение с просьбой дать предложения (*invitatio offerendi*). Офертой становится в этом случае ответ контрагента, которая, в свою очередь, требует акцепта. И немецкая судебная практика обычно квалифицирует отсутствие реакции стороны, давшей предложение «без обязательств», на ответ контрагента как ее молчаливый акцепт этой встречной оферты. В соответствии с принципом взаимного доверия, сторона, дающая предложение без обязательств, должна в прямой форме отклонить встречную оферту. И если она этого не сделает, ее молчание расценивается как согласие⁹⁵.

В ГГУ нет прямого ответа на вопрос, с какого момента акцепт приобретает юридическую силу. В сущности, проблема сводится к справедливому распределению между оферентом и контрагентом ри-

⁸⁵ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, (2-ème édition par Esmein, Radouant et Gabolde), 1954, n°132.

⁸⁶ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, (2-ème édition par Esmein, Radouant et Gabolde), 1954, n°132.

⁸⁷ Giulio Giannini, *The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, Vol 1, p. 14.

⁸⁸ Ole Lando, *Some features of the law of Contract in the Third Millennium*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, p. 383.

⁸⁹ ГГУ, § 145.

⁹⁰ Закон об обязательственном праве Швейцарии, ст. 3,5.

⁹¹ Австрийское Гражданское Уложение (АГУ), § 862, п. 3.

⁹² Гражданский Кодекс Греции, ст. 185 и сл.

⁹³ Гражданский Кодекс Португалии, ст. 230.

⁹⁴ Ole Lando, *Some features of the law of Contract in the Third Millennium*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, p. 383.

⁹⁵ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 361-363.

сков, возникающих в связи с несовпадением по времени предложения первого и ответа на него акцептанта. Любое волеизъявление, включая и акцепт оферты, считается действительным по «прибытии в пункт назначения», то есть с того момента, когда оно «входит в сферу влияния контрагента». Тот, кто посылает оферту и диктует, как и куда направлять ответ, неизбежно берет на себя бремя возникающих в этой связи рисков. Контрагент, в свою очередь, несет риски в своей сфере влияния. Это хорошо иллюстрирует классический учебный пример: если любитель птиц не вынимает корреспонденцию из расположенного в его саду почтового ящика из-за того, что там свила гнездо синица, посланная ему оферта будет считаться, тем не менее, им полученной⁹⁶.

VI. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: *essai de synthèse*?

Часть II-ая (ст. 14-24) Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров посвящена заключению договора. В подготовке принятия конвенции участвовали делегаты из 62 стран⁹⁷ и поэтому многие положения конвенции отражают компромисс⁹⁸ между странами с различными правовыми традициями для того, чтобы обеспечить максимально возможное количество ратификаций. Конвенция ратифицирована 78 странами и, в частности, Арменией, Грузией и Российской Федерацией⁹⁹. Азербайджан пока не является участником Конвенции¹⁰⁰.

Беглого взгляда достаточно для того, чтобы заметить, что разработчикам окончательного и согласованного текста все-таки удалось найти разумный компромисс. Авторы Конвенции взяли за основу регулирования принцип отзыва оферты (ст. 16), чтобы затем с помощью целого ряда специальных исключений практически прийти к безотзывности оферты. Оферта носит связывающий характер, если установленный в ней «срок для акцепта или какой-либо иной признак свидетельствуют о ее безотзывности», а также «если для адресата оферты было разумным рассматривать оферту как безотзывную и адресат оферты действовал соответственно».

В ст. 16, п. 1 Венской конвенции допускается возможность отзыва оферты оферентом до заключения договора, но лишь при условии, что сообщение об от-

зыве будет получено адресатом оферты до отправки им акцепта.

Согласно ст. 18, п. 2 Венской конвенции, акцепт оферты вступает в силу **с момента получения** его оферентом. То же самое относится и к самой оферте (ст. 15, п. 1: оферта вступает в силу **с момента получения** ее адресатом оферты), к ее отмене (ст. 15, п. 2), ее отзыву (ст. 16, п. 1) и отклонению (ст. 17, п. 1). Во всех этих случаях послание с волеизъявлением считается «дошедшим» до адресата, если оно вручено ему лично по местонахождению его коммерческого предприятия или по его почтовому адресу, а в отсутствие таковых – по месту его постоянного проживания (ст. 24).

VII. Региональный уровень: связывающая сила оферты в странах Южного Кавказа и в России

Сравнительный анализ исследуемых институтов в законодательстве Азербайджана, Армении, Грузии и в России показывает не только вполне понятную близость по духу, но также и то обстоятельство, что законодатели этих стран испытали влияние прежде всего немецкого права. Однако справедливости ради нужно отдать должную дань законодателям всех четырех республик, которые предельно детально постарались отрегулировать на законодательном уровне почти всю гамму возникающих проблем. Некоторые детали правового регулирования отсутствуют только в законодательстве в Грузии, которые, надо полагать, могут быть заполнены судебной практикой. Еще одной спецификой законодательства Грузии является, то, что ст. 330 особо выделяет два вида оферты: оферту, сделанную в присутствии оферента, и оферту, направленную отсутствующему адресату. Подобное разграничение наблюдалось и в советском гражданском законодательстве.

Законодательство Азербайджана¹⁰¹, Армении¹⁰² и России¹⁰³ прямо устанавливает связывающую силу оферты. Более конкретные последствия зависят от вида оферты: сделана ли она с указанием или без указания срока. В первом случае действует принцип «безотзывности оферты» и оферта связывает оферента с адресатом «на протяжении всего этого времени установленного для ее акцепта» и отозвать ее оферент не вправе, если иное не оговорено в самой оферте, либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой она была сделана.

Связанность оферента начинается не с момента направления оферты, а только с того времени, когда адресат ее получит¹⁰⁴. Следовательно, до этого мо-

⁹⁶ там же.

⁹⁷ A.M. GARRO, Reconciliation of Legal Tradition in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (1989) 23 Infi Law. 443.

⁹⁸ C. MOULY, La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, (1983) 41 Rev. int. dr. comp. 829, p. 935.

⁹⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹⁰⁰ там же.

¹⁰¹ Ст. 408.3 ГК АР.

¹⁰² Ст. 451, п.2 ГК РА.

¹⁰³ Ст. 435 п. 2 ГК РФ.

¹⁰⁴ Ст. 408.3 ГК АР; ст. 451, п.2 ГК РА; ст. 435, п.2 ГК РФ.

мента оферент вправе от нее отказаться. Срок, предоставленный оферентом адресату, также начинает течь с момента ее получения последним. А значит, все то время, которое прошло от выражения предложения до его получения, в расчет не принимается¹⁰⁵.

Таким образом, правовые структуры южнокавказских стран из двух возможных конструкций, существующих в юридической практике, – «получения» (получение извещения) и «отсылки» (отправки извещения, теория почтового ящика) – выбрали первую. Следовательно, ответственность за все, что произошло с момента выражения воли и до восприятия извещения адресатом, несет тот, от кого оно исходит. Имеются в виду утрата почтового отправления, задержка его действия, выдача соответствующей корреспонденции ненадлежащему лицу, искажения текста извещения и т.п. Все неблагоприятные последствия этих случаев падают на отправителя извещения, а не на его получателя. И. Б. Новицкий, придерживаясь теории получения, особо подчеркивал, что «получение» не равнозначно «восприятию чужой воли¹⁰⁶». В этой же связи он специально выделил случаи, когда оферент «или умышленно помешает получению ответа на предложение, или не получит его по небрежности», перенося тем самым негативные последствия подобных ситуаций на адресата оферты¹⁰⁷.

В отличие от ГК как Франции, так и Германии, получили детальное регулирование и вопросы, связанные с определением момента, когда акцепт приобретает юридическую силу. В зависимости от наличия или отсутствия срока в оферте договор признается заключенным либо при получении оферентом акцепта в пределах указанного в оферте срока¹⁰⁸, либо при получении оферентом акцепта до срока, указанного в законе или ином правовом акте, а при отсутствии срока в оферте, законе или ином правовом акте – в течение нормально необходимого для этого времени¹⁰⁹. Особо выделена ситуация, когда оферта сделана устно и без срока: в таком случае для заключения договора необходимо, чтобы другая сторона немедленно заявила об акцепте. Что касается акцепта, полученного с опозданием, то законодательство имеет в виду две ситуации, различающиеся содержанием посланного оферентом извещения. Оференту либо подтверждают, что договор заключен, либо сообщают, что его оферта не принята¹¹⁰. **Остается открытым вопрос о третьем варианте:** оферент при поступлении акцеп-

та с опозданием вообще не посылал никакого извещения акцептанту. В подобных случаях молчание не может играть правообразующей роли по отношению к запоздавшему акцепту означать согласие¹¹¹.

VIII. Выводы и заключения

Разные правовые семьи различным образом регулируют правовые аспекты установления договорных отношений между субъектами права: в странах *common law* действует принцип свободного отзыва оферты; романская правовая семья связывает оферента своим предложением на внедоговорном уровне; германская правовая семья и законодательство южнокавказских республик исходят из принципа безотзывности оферты.

Существенно различается и момент вступления силы договора: сообщение о волеизъявлении оферента в отношениях между отсутствующими, в большинстве стран, приобретает юридическую силу по поступлению его в адрес контрагента. С другой стороны, согласно теории «почтового ящика», договор считается заключенным, даже если акцепт был потерян в пути или отозван телеграммой, которую оферент получил ранее, чем сам акцепт, посланный письмом, несмотря даже на то обстоятельство, что по международному почтовому праву отправители писем вправе отозвать их до их вручения адресатам.

¹⁰⁵ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание издание, 2008. С. 201.

¹⁰⁶ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. С. 162.

¹⁰⁷ там же.

¹⁰⁸ Ст. 409.2 ГК АР; ст. 456 ГК РА; ст. ст. 440 ГК РФ.

¹⁰⁹ Ст. 457 ГК РА; ст. ГК ГР 330, п.2; ст. 441 ГК РФ.

¹¹⁰ Ст. 409.5 ГК АР; ст. 458 ГК РА; ст. ГК ГР 332; ст. 442 ГК РФ.

¹¹¹ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Изд-во Статут, 3-е издание издание, 2008. С. 209.

Акционерное соглашение в азербайджанском праве

В современных условиях глобальной экономической интеграции зачастую делаются попытки использования в Азербайджане тех правовых инструментов, которые широко и успешно применяются в мировой практике для правового регулирования совместных предприятий между местными и зарубежными партнерами. Один из таких признанных инструментов – акционерное соглашение, или договор акционеров (shareholder's agreement) – позволяет более успешно регулировать взаимные права и обязанности акционеров в компании. В данной статье автор делится мыслями о проблемах, связанных с применением института акционерного соглашения и реформах, необходимых для того, чтобы сделать его полноценным элементом корпоративного управления в Азербайджане.

I. Введение

Не секрет, что корпоративный сектор является ключом к развитию современной экономики. Для того, чтобы азербайджанские компании могли достойно ответить на вызовы современности, необходимо наличие в Азербайджане развитого корпоративного управления и корпоративного права. В этом контексте исключительно важным является использование международно признанного опыта корпоративного управления, в том числе более широкого применения принципа договорной свободы в регулировании корпоративных отношений. Так как невозможно полностью и окончательно урегулировать отношения акционеров в учредительных документах компании, возникает потребность в использовании акционерного соглашения для более точного определения отношений (взаимно согласованных прав и обязанностей) акционеров.

Устав – это единый свод правил акционерного общества, определяющий в первую очередь способ управления обществом и отношения между обществом и его акционерами (основателями). Договор акционеров, как и любое соглашение (контракт), выражает, прежде всего, интересы и намерения его участников. Использование акционерных соглашений в корпоративном управлении позволяет ввести интересы сторон в сферу правового регулирования. Очевидно,

что даже самое совершенное корпоративное законодательство не может заменить договорного регулирования отношений сторон, интересы и цели которых могут и зачастую действительно сильно различаются. Именно способность акционерных соглашений нормализовать эти различные устремления и привела к их возникновению и широкому распространению.²

II. Актуальность вопроса

Необходимость дополнительного регулирования деловых отношений возникает ввиду слабости местного корпоративного права, что, в свою очередь, ограничивает возможности акционеров. До сего дня отсутствует правовая база для регулирования корпоративных отношений через акционерные соглашения. По этой причине договоры акционеров с участием многих иностранных компаний заключаются в рамках зарубежного права.³ На практике можно найти примеры заключения договоров акционеров и на основе местного законодательства, но их участники сталкиваются с ограничениями в определении условий таких соглашений и в обеспечении исполнения положений этих договоров в случае возникновения споров между сторонами.

Путем внесения в местное корпоративное законодательство соответствующих изменений и дополнений можно добиться более широкого применения института акционерных соглашений и, следовательно, повысить роль азербайджанского права в урегулировании деловых отношений.

В первую очередь, в законодательстве должно быть отражено, что соглашение акционеров является договором, заключенным между участниками акционерного общества и регулирующим установленные в нем права и обязательства сторон. Таким образом, сторонами такого договора могут выступать только акционеры; он не может быть заключен, к примеру, между акционерным обществом и акционером.

Рекомендуется заключать акционерные соглашения прежде, чем стороны приобретут (поделят) соответствующие акции и формально обретут статус акционеров. Не следует забывать, что многим инвесторам необходимы гарантии определенных действий (решений), предпринимаемых после официального учреждения компании. Однако, статья 45.2 Гражданского Кодекса АР в ныне действующей редакции не предусматривает осуществления в корпоративном уставе каких-либо предварительных существующих гарантий.

¹ Магистр права, юридический факультет Университета Миннесоты; ООО ПАША Холдинг Азербайджан; лектор юридического факультета Бакинского Государственного Университета

² А. Куделин. Акционерное соглашение по российскому праву. Журнал «Корпоративный юрист» N10, 2009.

³ И. Федотов. Соглашение акционеров в отечественной юридической практике. Журнал «Корпоративный юрист» N5, 2007.

III. Предмет договора акционеров

Акционерное соглашение – это совместное обязательство сторон об осуществлении (или отказе от) установленных данным соглашением определенных прав. Стороны могут установить, без ограничения, некоторые из следующих прав (обязательств):

- право голосовать определенным образом (на общем собрании акционеров);
- право согласовывать свои голоса с другими акционерами;
- право покупки и передачи акций на заранее согласованных условиях;
- условия купли-продажи акций при заданных условиях (при наступлении определенных событий);
- право воздерживаться от передачи акций при определенных условиях;
- другие действия, связанные управлением, деятельностью и переустройством (реинкорпорацией) общества.

Акционерное соглашение не может устанавливать какие-либо правила голосования по указанию управляющих органов компании, так как целью такого соглашения служит лучшая координация интересов сторон, а не их приспособление к интересам и взглядам руководства акционерного общества.⁴

Договор акционеров создает обязательства только для его участников. Однако нарушение условий договора одной или несколькими сторонами может иметь последствия для акционерного общества в целом. Например, решение общего собрания акционеров, принятое с нарушением условий, определенных в акционерном соглашении, может быть признано недействительным.

Акционерное соглашение устанавливает положения, гарантирующие исполнение соглашения, а также устанавливает гражданско-правовую ответственность за невыполнение сторонами своих обязательств по договору. У сторон есть следующие возможности (без ограничения) для защиты своих прав:⁵

- требовать возмещения ущерба, понесенного ввиду несоблюдения договора;
- требовать взыскания штрафов (неустоек);
- требовать выплаты компенсации в порядке, установленном договором, и пр.

IV. Кому нужны акционерные договоры?

Вступая в соглашения, акционеры обеспечивают эффективный механизм взаимного признания и применения прав и, таким образом, создают предпосылки для оптимизации корпоративного управления. Ак-

ционерные соглашения могут предписывать правила и условия для нижеследующих действий:⁶

- распределение мест и баланс голосов в совете директоров компании (число членов совета, выдвижение кандидатов и избрание членов совета, условия для избрания председателя совета, представляющего интересы определенных акционеров, избрание независимых членов совета и т.д.);
- ограничения на продажу акций (ограничение на продажу акций до определенного срока, требование получения согласия других акционеров, преимущественные права акционеров на покупку акций, запрет скупки акций у других акционеров для увеличения доли одного акционера в компании и т.п.);
- особые условия, налагаемые на принятие определенных решений общим собранием акционеров и советом директоров (специальный кворум и квалифицированное большинство голосов);
- правила разрешения споров между различными органами управления и процедуры для выхода из резолютивного тупика (т.н. deadlock-a);
- добровольные ограничения права голоса и свободы выбора (оговоренное в договоре обязательство голосовать определенным образом или обязательство заранее согласовать свой голос).

Акционерные соглашения очень полезны для акционеров-миноритариев и часто используются для обеспечения или усиления влияния миноритариев на решения, принимаемые акционерным обществом и защиты миноритариев от злоупотреблений властью со стороны мажоритарных акционеров. Объединившись, миноритарии могут требовать введения в договор акционеров соответствующих условий, наилучшим образом защищающих их права, например следующих:

- право голосовать по предварительному соглашению на общем собрании акционеров (в голосовании по вопросам, оговоренным специальным решением общего собрания акционеров или, альтернативно, по любым вопросам);
- право заранее согласовывать свой голос с другими участниками акционерного соглашения;
- право согласовывать с другими акционерами вопрос использования прав акционера;
- право согласовывать с другими акционерами кандидатуры, выдвигаемые в управляющие органы акционерного общества и т.д.

С правовой точки зрения, в вопросе разглашения акционерных соглашений необходимо руководствоваться общим принципом информирования всех заинтересованных сторон, который было бы желательно отразить как требование в корпоративном законо-

⁴ Shareholders' agreements – a practical analysis. Emmet Scully, LK Shields, solicitors, 30.01.2003.

⁵ Вестник Корпоративного Управления. Казахстан. Выпуск 7.

⁶ Вестник Корпоративного Управления. Азербайджан. Выпуск 1.

дательстве. Участников акционерного соглашения не следует обязывать разглашать соглашение или даже факт его заключения, за исключением случаев, когда соглашение предписывает правила, влияющие на итоги голосования на общем собрании акционеров – в этих случаях стороны должны проинформировать других акционеров о таком соглашении. Законодательное принятие такой формулировки послужит компромиссом между желанием договаривающихся сторон сохранить конфиденциальность и принципом раскрытия важной для акционеров информации.

V. Нынешнее состояние законодательной базы и предлагаемые изменения

Как показано выше, акционерное соглашение может служить идеальным инструментом для разрешения корпоративных споров и регулирования интересов мажоритарных и миноритарных акционеров. Азербайджанское законодательство в настоящем своем виде не предусматривает заключения акционерных соглашений, но и не запрещает их. В такой ситуации местные компании, желающие заключить акционерные соглашения, сталкиваются с немалыми трудностями. Тем не менее, принимая во внимание тенденцию роста числа акционерных соглашений, назрела необходимость укрепить законодательную базу этого института.

Из-за отсутствия законодательного регулирования вопрос соответствия отношений, возникающих в рамках договоров акционеров, нормам Гражданского Кодекса и других нормативно-правовых актов, остается открытым. К сожалению, в отсутствие соответствующей судебной практики трудно прогнозировать отношение судов к акционерным соглашениям.

Договоры акционеров часто устанавливают ограничения на куплю-продажу акций и определяют правила выкупа (обратной покупки) акций. Эти правила, кроме всего прочего, могут дополнительно защищать права миноритариев: например, в случае продажи мажоритарным акционером принадлежащих ему акций, акционерное соглашение может оговаривать условие, что акции миноритарных владельцев должны покупаться по той же цене.⁷ Ограничения на продажу акций третьим лицам могут служить защитой интересов существующих акционеров.

В действующем законодательстве не предусматривается и даже не разрешается установление каких-либо ограничений на куплю-продажу акций. Так, по смыслу статьи 44.3 Гражданского Кодекса АР, наложение такого условия может быть расценено как незаконное ограничение (умаление) дееспособности или правоспособности физического

лица. Следовательно, любое договорное положение, ограничивающее права акционера (как физического лица) считается недействительным и не имеет правовых последствий. В отношении юридических лиц действует схожая норма. Единственное отличие состоит в том, что ограничение дееспособности юридического лица не является автоматически недействительным, а считается спорным положением. Вне зависимости от этого отличия, в соответствии со статьей 99.1 Гражданского Кодекса, любое ограничение на куплю-продажу акций считается противоречащим законодательно установленным гарантиям прав свободного владения, использования и распоряжения имуществом и как таковое может быть оспорено в судебном порядке.

Тем не менее, ряд юристов полагает, что в случае нарушения установленного договором ограничения на передачу акций заинтересованная сторона может, ссылаясь на статью 350 Гражданского Кодекса АР, оспорить покупку или продажу акций в суде, для чего достаточно доказать, что противная сторона заранее знала о наличии ограничения. Принимая во внимание, что в большинстве случаев участники акционерного соглашения предпочитают сохранять его конфиденциальность, вероятность того, что нарушившая сторона знала о наличии ограничения довольно низка.

Таким образом, при возникновении спора между акционерами несоответствие акционерного соглашения действующему законодательству может привести к признанию его недействительным в судебном порядке. Юридический анализ подтверждает: ввиду того, что договоры акционеров сталкиваются с высоким риском необеспечения исполнения, заключение подобных соглашений в рамках азербайджанского права лишено смысла.

Чтобы избежать правовых проблем, преследующих акционерные соглашения в Азербайджане, подобные соглашения часто содержат положение, что к ним применяются правовые нормы других стран. Участники акционерных соглашений часто заключают их в оффшорных юрисдикциях, правовые системы которых идентичны или близки английскому, американскому или швейцарскому праву. Акционерные соглашения попадают в зарубежные юрисдикции путем регистрации (инкорпорации) соответствующих юридических лиц в этих юрисдикциях, либо путем передачи акций местной компании под управление иностранной компании. При выборе юрисдикции стороны обращают внимание на реализацию положений акционерных соглашений, в частности через Лондонский и Стокгольмский арбитраж.

Очевидно, что для более широкого применения акционерных соглашений в азербайджанской корпоративной практике необходимо внесение соот-

⁷ Ханс-Йоахим Шрамм. Правовой обзор соглашений акционеров. Бременский Университет. 2007.

ветствующих изменений в местное законодательство. Для начала надо внести дополнения в Главу 4 Гражданского Кодекса АР, с тем, чтобы предоставить условия для заключения акционерных соглашений в Азербайджане и признать договоры, заключенные в зарубежных юрисдикциях. Акционерам должно быть предоставлено право регулировать и согласовывать полномочия общего собрания акционеров через акционерное соглашение. Закон должен разрешать определение в акционерном соглашении прав и обязанностей, вытекающих из концепции обязательного согласия одного акционера на кандидатуры членов управляющих органов компании, выдвинутых другим акционером, а также права и обязанности, связанные с регулированием (обязательной) купли-продажи акций в случаях, оговоренных в акционерном соглашении. В законе также должны быть предусмотрены финансовые гарантии исполнения договора, в том числе санкции (штрафы и компенсации) за нарушение или невыполнение условий акционерного соглашения.

Несмотря на заявленный принцип договорной свободы, реализация вышеуказанных положений считается невозможной в современном азербайджанском праве, так как она может быть приравнена к незаконному ограничению права распоряжения акциями. Если акционерное соглашение противоречит императивным нормам законодательства, например, в вопросе о порядке формирования управляющих органов или распределения прибыли (специальных дивидендов) акционерного общества, оно может привести к возникновению спора между сторонами и быть оспорено в суде. Таким образом, договаривающиеся стороны могут столкнуться с трудностями в использовании и защите своих контрактных прав.

Другая проблема – отсутствие законодательного разрешения проблемы резольтивного тупика (deadlock), достаточно распространенного в современной корпоративной среде. Такой тупик часто возникает при голосовании в корпоративном руководстве, особенно по вопросам купли-продажи активов и акций. В международной практике в таких ситуациях используются механизмы медиации и обязательного выкупа акций.

По моему мнению, договоренности сторон по вопросам голосования, например, взаимное обязательство голосовать определенным образом на общем собрании акционеров, вполне допустимы и при действующем в Азербайджане законодательстве. Однако если одна из сторон решит не придерживаться этой договоренности, неясно, как ее можно (и можно ли вообще) принудить к выполнению взятого на себя обязательства. Так, закон не предусматривает отмены решения общего собрания акционеров, принятого

с нарушением условий предварительно заключенного соглашения акционеров. Достаточно трудно будет в этом случае доказать наличие и размер ущерба, определить его денежную стоимость и, прежде всего, установить причинно-следственную связь между невыполнением одной стороной взятого на себя обязательства и ущербом, нанесенном пострадавшей стороне. Установление высокой суммы штрафа в договоре акционеров не решает проблемы, так как статья 467 Гражданского Кодекса АР позволяет судам снижать сумму неустойки.

С учетом вышесказанного, наилучшей альтернативой представляется предъявление сторонами акционерного соглашения банковской гарантии. В соглашении можно предписать, что использование банковской гарантии обуславливается предоставлением документов, демонстрирующих невыполнение условий соглашения какой-либо из сторон. Очевидными преимуществами банковской гарантии являются ее автономность и постоянство применения.

Как уже говорилось выше, акционерные соглашения в Азербайджане зачастую заключаются с применением норм зарубежного права, чтобы избежать многочисленных проблем с применением к ним азербайджанского права. Но такой подход далеко не идеален. Местная компания остается субъектом азербайджанского права: вопросы, связанные или вытекающие из ее правового статуса регулируются азербайджанским правом. Применение зарубежного права к акционерному соглашению, предписывающему условия создания азербайджанского акционерного общества, может привести к признанию этого соглашения недействительным.

Предположительно, если между сторонами возникнет спор, и они обратятся за его разрешением в суд, то последний, основываясь на статье 98.7 Гражданского Кодекса, может признать некоторые ключевые положения акционерного соглашения противоречащими действующему законодательству и, следовательно, недействительными. Здесь, однако, необходимо провести существенное различие между правами акционера как участника акционерного общества (в контексте отношений между компанией и акционером) и правами акционера как собственника (в имущественно-правовом контексте). В то время как действия органов управления юридического лица (например, совета директоров) составляют элемент правового статуса этого лица, право акционеров распоряжаться акциями акционерного общества было бы неправильно связывать с правовым статусом этого общества (как юридического лица). К этому вопросу надо относиться через призму принципа свободы договора.

Договорная свобода (свобода контрактов) – важный принцип гражданского права, позволяющий за-

ключать соглашения, не предусмотренные явно в законодательстве. Как указано выше, азербайджанское законодательство ни в коем случае не запрещает соглашения (договоры) акционеров. Учитывая разнообразие договорных отношений, в которые вступают физические и юридические лица, в том числе участники акционерных обществ, такой запрет был бы нелогичным. Несмотря на положение закона, устанавливающее, что права и обязанности акционеров регулируются действующим законодательством и учредительными документами акционерного общества, ничто в законе не препятствует использованию для этих целей и других инструментов. Мнение о том, что акционерные соглашения противоречат обязательным требованиям закона, является в этом смысле необоснованным.

Каждое лицо может распоряжаться гражданскими правами в соответствии со своими интересами. Акционерные соглашения являются примером распоряжения субъективными правами и обязанностями в соответствии с волей и интересами сторон.

Очевидно, что законные права (т.е. права, определенные соответствующими законодательными актами) не могут быть ликвидированы договором акционеров. Однако, основываясь на принципе договорной свободы и равенства, стороны акционерного соглашения могут добровольно воздерживаться от использования своих законных прав. Нарушение акционерного соглашения создает для нарушающей стороны исключительно договорную ответственность.

Признание акционерного соглашения недействительным только лишь потому, что оно предписывает условия, дополнительные к требованиям закона (условия, могущие модифицировать эти требования по отношению к участникам соглашения) не представляется справедливым. Я считаю, что если обязательство, содержащееся в акционерном соглашении, не нарушает закон, признание его недействительным необоснованно. Надеюсь, что азербайджанское право в не столь отдаленном будущем создаст возможности для расширения сферы применения этого полезного инструмента.

VI. Заключение

Как ясно из предшествующего обсуждения, данная статья не ставит вопрос о допустимости акционерных соглашений в Азербайджане, так как их применение уже санкционировано принципом договорной свободы. Основной проблемой такого рода соглашений в азербайджанском праве являются ограничения на их применимость.

В отсутствие конкретной законодательной нормы по акционерным соглашениям, их следует рассма-

тривать с точки зрения формирования договорных отношений между акционерами. Эти договоренности (сделки, соглашения) определяют взаимные права и обязательства сторон и устанавливают добровольные договорные ограничения на некоторые законные права акционеров.

Известно, что во многих юрисдикциях учредительные документы не регулируют отношения между акционерами, точно так же, как они не определяют отношений акционеров с третьими лицами. Так как в результате развития бизнеса возникает потребность в регулирования отношений акционеров, был создан институт договора акционеров или акционерного соглашения. С этой позиции, акционерное соглашение может считаться инструментом, дополняющим устав акционерного общества в вопросе собственности и управления обществом. Акционерное соглашение также является очень подходящим инструментом для разрешения корпоративных споров. Обширный международный опыт подтверждает его полезность в качестве регулятивного механизма.⁸

В статье подчеркивается, что механизм акционерных соглашений используется все еще слабо ввиду его правовой неопределенности, так как вопросы, связанные с акционерными соглашениями не разрешены ни в азербайджанском законодательстве, ни в судебной практике. С развитием бизнеса и экономики использование современных правовых инструментов, рассчитанных на лучшее соответствие различным интересам сторон, будет расширяться, но так как азербайджанское корпоративное право отстает от современных требований и недостаточно гибко; участники акционерных обществ будут в будущем еще более активно стараться вывести эти вопросы из ведения местного права в зарубежные юрисдикции с тем, чтобы иметь возможность минимизировать свои риски. Чтобы избежать этого, необходимо всемерно поощрять и расширять практику акционерных соглашений в Азербайджане.

В динамично развивающейся бизнес-среде законодательство не может детально определять и предписывать все аспекты отношений. Поэтому акционерам надо предоставить возможность самим решать вопросы, не регулируемые законодательством, и самим определять, как им управлять компанией, владельцами которой они являются. Если существует понимание по этому ключевому вопросу, то логично заключить, что роль законодательных и судебных властей состоит в первую очередь в укреплении законодательной базы, разъяснении неясностей в толковании законов, устранении явных противоречий и разрешении трудных споров.

⁸ Shareholders' Agreements. Muth & FitzGerald. 5th ed. Sweet & Maxwell.

Предлагаемые в статье изменения расширяют возможности правового регулирования корпоративных отношений участников рынка. Местное корпоративное право, которое ныне базируется в основном на императивных нормах, может, развившись, стать центральной точкой приложения принципа договорной свободы (точнее, «корпоративной» договорной свободы). Другими словами, нормы, регулирующие корпоративные отношения, должны быть в большинстве своем изъяты из сферы императивного права и переведены в сферу действия диспозитивного права. Соответствующие законодательные нормы должны быть не подробной инструкцией, а скорее ориентиром. Если не имеется серьезных политико-правовых оснований для защиты интересов предположительно более слабой стороны в договоре, любые нормы статутного права должны оставлять место для применения «других норм и правил», предусмотренных в акционерном соглашении.

Наконец, независимо от использования в тексте статьи такой терминологии, как «акционеры», «акционерное соглашение», «акционерное общество», обсуждаемые здесь правовые принципы в равной мере применимы и к такой форме юридического лица как ООО (общество с ограниченной ответственностью) и могут быть использованы его учредителями.

Обязательное тендерное предложение (Краткий правовой анализ)

Цель предлагаемой статьи - ознакомить читателя с обязательным тендерным предложением в грузинском предпринимательском праве. По мнению автора, суть этого института, его цели и назначение, законодательное регулирование и применение на практике - одна из наименее изученных и исследованных сфер. В статье будет кратко рассмотрена международная практика как на опыте отдельных стран, так и на уровне принятых международными организациями актов. Автор также кратко коснется положительных и отрицательных сторон обязательного тендерного предложения как института, который, с одной стороны, защищает права, а с другой ограничивает их.

I. Введение

24 июня 2005 года в закон Грузии «О предпринимателях» вошли изменения и, в том числе новая норма, касающаяся совершенно незнакомого института – «обязательного тендерного предложения²». Но до сегодняшнего дня указанная норма не стала предметом широкой дискуссии в Грузии ни среди юристов-практиков и ни на научном уровне, если не считать нескольких статей и кратких обзоров в учебниках предпринимательского права. Совершенно другая статистика за рубежом, как в европейских, так и азиатских и американских странах, где, вместе с другими новациями корпоративного права, институту обязательного тендерного предложения посвящается множество научных исследований и трудов, которые и сегодня вызывают разные мнения и дебаты. Среди экспертов, ученых и юристов указанное, в первую очередь, обуславливается сложной концепцией природы самого обязательного тендерного предложения, что выражается в том, что оно императивно ограничивает права одной части акционеров (мажоритарных) с целью защиты прав второй части (миноритарных) и служит уравниванию противоположных интересов этих двух групп, а во вторую очередь, оно связано с процедурными сложностями его осуществления на практике и множеством нюансов технического характера.

Ниже мы рассмотрим, в чем заключается суть обязательного тендерного предложения, чем была выз-

вана необходимость его существования на законодательном уровне и как оно применяется на практике. Для сравнительного анализа мы кратко рассмотрим понятие этого института и его характеристики в разных странах мира, а затем детально опишем, как он упорядочивается законодательством Грузии. В конце мы рассмотрим вопрос о правомерности существования обязательного тендерного предложения как средства защиты прав малых акционеров, и не является ли этот институт непропорциональным ограничением прав крупных акционеров.

II. Суть, назначение, предыстория

Обязательное тендерное предложение представляет собой специфическую разновидность одной из форм приобретения ценных бумаг предприятия, обязательства исполнения которого императивно возникает у лица или группы лиц в установленных законом случаях. Само название этого института указывает на то, что это предложение зависит не от воли и желания предлагающего, а оно обязательно, если установлены те предпосылки, которые определены законом. Каковы эти предпосылки?

По закону каждой страны (как мы рассмотрим в главе III) предпосылки возникновения обязательства тендерного предложения разные, хотя каждая из них служит одной цели. Обязательство обязательного тендерного предложения возникает тогда, когда лицо или действующая по соглашению группа лиц приобретает (или собирается приобрести) контроль над предприятием путем приобретения контрольного пакета этого предприятия или посредством других средств. В таком случае закон обязует это лицо (группу лиц) сделать публичное предложение о приобретении всех остальных ценных бумаг этого предприятия³ и выкупить их у акционеров по справедливой цене⁴.

Во второй половине 20-го века в развитых странах интенсивно происходил оборот ценных бумаг, и рынок ценных бумаг стал важным составным элементом экономики страны. Тогда и возникла одна опасность, которая, попросту говоря, создала дискомфорт как крупным, так и малым акционерам. Это была опасность того, что предприятием завладеют третьи лица и, соответственно, опасность притеснения существующих акционеров и управителей предприятия. В англоязычных странах этот феномен был назван «takeover», что означает завладение, поглощение, получение контроля. Сегодня этот термин активно применяется в корпоративном праве на международном

³ Предприятие, на ценные бумаги которого делается предложение, называется целевым предприятием (target company).

⁴ Установление критериев справедливой цены регулируется в разных странах по-разному, хотя эта цена равна той цене, которую лицо заплатило при приобретении контрольного пакета акций.

¹ Член Ассоциации адвокатов Грузии, адвокат акционерного общества «Тбилиси-Централ».

² Статья 53.2 Закона Грузии о предпринимателях.

уровне как термин, означающий приобретение контроля над предприятием.

Естественно, что первоначально завладение предприятием считалось негативным явлением, тем более, если указанный процесс осуществлялся резидентом другой страны, физическим или юридическим лицом или, даже, предприятием-конкурентом. Переход контроля над предприятием в чужие руки лица (группы лиц) часто отрицательно сказывался на других (малых) акционерах, управляющих и сотрудниках. Соответственно, указанные акционеры и органы правления предприятия всячески пытались противостоять этим «насильственным действиям», что в действительности было ничто иное, как приобретение законным путем контрольного пакета ценных бумаг предприятия имеющими право голоса, третьими лицами. Акционеры просили у власти защиты и издания соответствующих актов «anti-takeover», хотя впоследствии выявились те положительные результаты, которые могли дать подобные изменения как предприятию в плане эффективности его управления, прибыльности, роста ликвидности, так и в целом для экономики страны и развития рынка капитала. Исходя из этого, власти всех стран попытались так отрегулировать процесс завладения предприятием, чтобы не создавать неоправданные препятствия для него и оставлять малых акционеров без защиты. Именно это стало основой концепции обязательного тендерного предложения как механизма защиты прав миноритарных акционеров, в частности, этот механизм подразумевает, что в том случае, когда происходит смена контроля предприятия и его переход в руки другого лица (лиц), оставшимся акционерам должна быть предоставлена возможность на основании принципов равноправия и прозрачности добровольно выйти из общества и получить справедливую компенсацию за уступку своей доли (ценных бумаг). Обязательное тендерное предложение основано на двух принципах: первое, акционер должен иметь право продать свои акции, если меняется контролирующее компанию лицо, и второе, приобретатель акций должен предложить всем акционерам единую тендерную цену, несмотря на то, владеют или нет акционеры контрольным пакетом, что исключит тендерные предложения, имеющие другую цену⁵.

III. Обязательное тендерное предложение в законодательстве разных стран мира и актах международных организаций

Законодательства почти всех развитых и развивающихся стран мира в той или иной форме признают обязательное тендерное предложение. Одним из заслуживающих внимание исключением являются Сое-

диненные Штаты Америки. В 1934 году принятый федеральный закон (акт) об обращении ценных бумаг⁶, который представляет собой 400-страничный документ и детально регулирует участников оборота ценных бумаг, в том числе отношения, контрольный орган и другие связанные с этим вопросы, не знает института обязательного тендерного предложения. Указанное заслуживает большего внимания, если учесть, что в США рынок ценных бумаг один из самых развитых и масштабных во всем мире. Несмотря на это, американские законодатели избрали в отличие от континентальной Европы и родственной им с точки зрения рынка капитала, Великобритании, другой путь для урегулирования процессов завладения предприятиями: в частности, согласно Акту Уильямса⁷, было установлено не обязательство какого-либо предложения, а те строгие процедурные правила прозрачности информации и принципы равноправия акционеров, которыми должно сопровождаться приобретение ценных бумаг предприятия. Таким образом, вместо того, чтобы способствовать выходу акционеров из общества, законодательство США создает миноритарным акционерам соответствующие условия для дальнейшего пребывания в выбранной компании⁸. Приблизительно такое же положение в Японии, которая также не знает института обязательного тендерного предложения.

Совершенно другая ситуация в Европе. Здесь пионером процесса завладения предприятиями и законодательного регулирования обязательного тендерного предложения между ними является Великобритания. В 1968 году в Великобритании был принят «Кодекс поглощения и слияния предприятий»⁹, в котором были определены условия справедливой и прозрачной процедуры и порядок обязательного тендерного предложения, что стало его краеугольным камнем. Проще говоря, этот последний устанавливает, что, если юридическое или физическое лицо приобретет 1/3 имеющего право голоса капитала публичной компании¹⁰, то он обязан приобрести все предложенные акции и заплатить всем акционерам, желающим продать активы, одну и ту же цену¹¹.

⁶ Securities Exchange Act of 1934 (As Amended Through P.L. 112-90, Approved January 3, 2012).

⁷ Williams Act, был принят в 1968 году и назван именем его инициатора – сенатора Уильямса, акт включен в закон об обороте ценных бумаг.

⁸ Takeover Law in the EU and Germany – Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in P.L. Reddy (Hg.), Corporate Takeovers: Emerging Global Trends, Amicus Books, Hyderabad 2008.85-103.

⁹ City Code on Takeovers and Mergers.

¹⁰ Здесь и далее под публичной компанией подразумевается компания, ценные бумаги которой продаются публично согласно грузинскому законодательству; соответствием публичной компании является «подочетное предприятие».

¹¹ Takeover Law in the EU and Germany – Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in P.L. Reddy (Hg.), Corporate Takeovers: Emerging Global Trends, Amicus Books, Hyderabad 2008.85-103.

⁵ The optimality of the mandatory bid rule, Clas Bergstrom, Peter Hogfeldt and Johan Molin, Journal of Law, economics, & organization Vol. 13, #2 (Oct., 1997).

Именно указанный Кодекс лег в основу принятого 1 января 2002 года закона Германии о поглощении предприятий¹², который также предусматривает обязательное тендерное предложение и предпосылкой возникновения обязательства устанавливает приобретение 30% капитала предприятия, имеющего право голоса. Немного позднее по модели британского Кодекса 22 апреля 2004 года была создана Директива Евросоюза¹³, о чем более подробно мы будем говорить ниже.

Примерно после 20-летней работы Парламент Евросоюза и Совет Евросоюза 22 апреля 2004 года приняли Директиву о поглощении предприятий¹⁴, целью которой было создание единой законодательной рамки для государств-членов Евросоюза и установление общих принципов регулирования процесса получения контроля над предприятием.

Указанная Директива обязывает государства-члены принять соответствующие меры для защиты владельцев ценных бумаг, особенно миноритарных акционеров. Государства-члены должны обеспечить эту защиту посредством возложения лицу, получающему контроль над предприятием, обязанности, чтобы последний с целью выкупа предложил остальным акционерам продать свои акции по справедливой цене¹⁵.

Директива не устанавливает для приобретения имеющего право голоса предприятия капитала какой-либо предел как предпосылку, а только определяет, что обязательство обязательного предложения возникает тогда, «когда физическое или юридическое лицо на основании выкупа, осуществленного им или действующих по соглашению с ним группой лиц, прямо или косвенно приобретает имеющий право голоса тот процент компании, который дает ему право контроля предприятия»¹⁶. В Директиве конкретизируется, что обязательство предложения не возникает тогда, когда произошло приобретение таких ценных бумаг, которые не имеют права голоса. Хотя само обязательное предложение может коснуться как имеющих право голоса, так и не имеющих право голоса ценных бумаг¹⁷.

Государства-члены Евросоюза должны были привести свои национальные законодательства в соответствие с Директивой до 20 мая 2006 года, мониторинг которого в 2007 году осуществила специально

созданная для этого комиссия, которая исследовала, насколько то или иное государство-член внедрило в национальное законодательство предусмотренные директивой принципы, в том числе обязательного тендерного предложения.

Согласно заключению комиссии, во всех государствах-членах Евросоюза действует принцип обязательного тендерного предложения, хотя отличаются предпосылки возникновения этого обязательства, процентные пределы контрольного пакета и те случаи, когда лицо может быть освобождено законом или специальным органом контроля от этого обязательства¹⁸.

В Австрии, Германии, Бельгии, Италии, на Кипре, в Финляндии, Ирландии, Голландии, Испании, Швеции и Великобритании обязательство тендерного предложения порождает приобретение 30% имеющего право голоса капитала предприятия лицом или группой лиц. Этот предел во Франции, Люксембурге и Словакии составляет 33,3%, а в Чехии и Литве 40%. Самый низкий предел действует в Венгрии и Словении (25%), а самый высокий в Польше (66%). В большинстве случаев, кроме приобретения конкретной процентной доли контрольного пакета, предпосылкой возникновения обязательного тендерного предложения считается также приобретение лицом фактического контроля над предприятием, например, в виде возможности назначения и освобождения органов правления. Здесь подразумевается, что даже если у лица нет установленной законом процентной доли контрольного пакета предприятия (25, 30 или 50%), все равно возникает обязательство осуществления обязательного тендерного предложения, если оно другим путем и средством прямо или косвенно контролирует предприятие¹⁹.

Вместе с тем, законодательства всех стран предусматривают исключения, когда предпосылки возникновения обязательства тендерного предложения хотя и установлены формально, но на основании определенных обстоятельств, закон или контролирующий орган освобождает лицо от обязательства тендерного предложения. Например, в Австрии такое исключение имеет место, если несмотря на приобретение значительной доли контрольного пакета акций, лицо не осуществляет фактического контроля над предприятием, а в Дании лицо освобождается от обязательства сделать тендерное предложение, если оно получило контрольный пакет по наследству или дарению²⁰.

¹² Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen (WpUG), Law of 20 December 2001, Federal Gazette I (2001).

¹³ Takeover Law in the EU and Germany – Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in P.L. Reddy (Hg.), Corporate Takeovers: Emerging Global Trends, Amicus Books, Hyderabad 2008.85-103.

¹⁴ Directive 2004/25/EC of European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Takeover Bids, OJ of 30.4. 2004 #L 142.12.

¹⁵ Пункт 9 преамбулы Директивы.

¹⁶ Статья 5-я Директивы.

¹⁷ Пункт 11 преамбулы Директивы.

¹⁸ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission Staff Working Document. Brussels, 21.02.2007 SEC (2007) 268.

¹⁹ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission Staff Working Document. Brussels, 21.02.2007 SEC (2007) 268 Annex 2.

²⁰ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission Staff Working Document. Brussels, 21.02.2007 SEC (2007) 268 Annex 3.

IV. Законодательство и практика Грузии

Как мы уже отметили во введении, понятие обязательного тендерного предложения в законодательстве Грузии впервые появилось 24 июня 2005 года, когда в закон «О предпринимателях» вошли изменения и к закону добавились институты обязательного тендерного предложения и обязательного выкупа²¹ акций. До 1998 года закон Грузии «О рынке ценных бумаг» предусматривал приобретение ценных бумаг подотчетного предприятия²² путем добровольного тендерного предложения и устанавливал принципы публичности и прозрачности в том случае, если приобретение более 10% ценных бумаг предприятия происходило посредством тендерного предложения²³.

Вошедшая в закон «О предпринимателях» первоначальная редакция обязательного тендерного предложения выглядела так: «Если акционер или действующая на основании соглашения группа акционеров (для целей этой статьи «покупатель») приобретет пакет акций, в результате чего он контролирует более ½ имеющих право голоса акций акционерного общества, он обязан не позднее 45 дней после установления этого факта осуществить предусмотренное законом Грузии «О рынке ценных бумаг» тендерное предложение о справедливом выкупе оставшихся акций, или в тот же срок снизить находящееся под его контролем количество акций ниже соответствующего предела. Дополнительно было установлено, что это требование не действует, если: 1) в момент задействия этой статьи покупателю принадлежало более ½ имеющих право голоса акций общества, или 2) более ½ имеющих право голоса акций общества оказались в руках покупателя путем тендерного предложения, осуществленного в соответствии с законом Грузии «О рынке ценных бумаг», посредством которого он предлагал другим акционерам выкупить по справедливой цене все оставшиеся акции²⁴. Справедливую цену должны установить независимые эксперты или брокерская компания, и она не должна быть ниже той самой высокой цены, которую в течение последних 12 месяцев заплатил осуществивший выкуп акционер за акцию этого общества. Часть 3 статьи устанавливала, что до окончания тендерного предложения покупатель не имел права использовать находящиеся под его контролем более 50% голосов

После 2005 года указанная статья менялась трижды. Изменения имели технический характер, хотя были осуществлены и значительные изменения, в частности,

1. В отличие от первоначальной редакции, которая предусматривала обязательство выкупа только имеющих право голоса акций, сегодня действующая норма обязывает покупателя выкупить все акции общества, как обычные, так и привилегированные, которые не имеют права голоса.
2. Если редакцией закона 2005 года устанавливалось, что в случае невыполнения обязательства тендерного предложения приобретатель контрольного пакета акций должен был количество находящихся под его контролем акций снизить до соответствующего предела, и в этом случае этот предел, исходя из формулировки нормы и логического толкования, был 51%, то по новому закону акционер должен снизить контрольный пакет акций ниже 50%.
3. Согласно изменениям 2007 года, к указанному пункту добавилось новое условие: если лицо владеет акциями предприятия в пользу другого лица или лиц, в том числе с целью выдачи международных депозитарных договоров, то у него не возникает обязательства делать тендерное предложение. «В этом случае в акционерном обществе ставится вопрос прямого и непрямого контроля имеющих право голоса акций»²⁵.
4. Термин «справедливая цена» был заменен на термин «предлагаемая закупочная цена», которая не должна быть ниже той высшей цены, которую осуществляющий выкуп акционер заплатил в течение последних 6 месяцев за акцию этого класса общества, то есть сократился установленный старой редакцией 12-месячный период.

Как видите, грузинское законодательство более или менее разделяет те принципы, которые приняты международным сообществом, хотя есть одно очень важное отличие, которое вы не встретите в законодательстве ни одной страны и о котором мы упоминали в главе III нашей статьи. В частности, по законодательству Грузии норма обязательного тендерного предложения действует относительно всех акционерных обществ, тогда как законодательство европейских стран и рассмотренная выше Директива Евросоюза касается только тех компаний, ценные бумаги которых продаются публично, на фондовой бирже или на другом регулируемом рынке. Следует отметить, что созданная Еврокомиссией группа экспертов, в результате рекомендаций

²¹ Статья 534 Закона Грузии о предпринимателях.

²² Юридическое лицо, учрежденное в соответствии с Законом Грузии о предпринимателях, ценные бумаги которого (кроме полностью покрытых ссудных ценных бумаг) выносятся на публичные торги или допущены к торгам на фондовой бирже. Статья 9 Закона Грузии о рынке ценных бумаг.

²³ Статья 15 Закона Грузии о рынке ценных бумаг.

²⁴ Пункт 14 Закона Грузии о внесении изменений и дополнений в закон Грузии «О предпринимателях», 24 июня 2005 года, №1781 РС.

²⁵ Иракли Бурдули, «Обязательное тендерное предложение, обязательная продажа акций: злоупотребление придаваемым акцией правом или предпосылка необходимости развития рынка капитала?!», «Правосудие», 2007, №2, С. 10-39.

которых была создана вышеуказанная Директива Евросоюза, специально касается этого вопроса в своем отчете и отмечает следующее: «Мы обсудили применение этих правил²⁶ относительно закрытых компаний. Несмотря на то, что вообще допустимо распространение на них такого правила, поскольку, возможно, не существует другого средства выхода из общества малого акционера, мы на этом этапе воздерживаемся от дачи такой рекомендации без последующего исследования. До применения подобного режима для закрытых компаний необходимо дополнительное исследование вопроса механизмов выхода акционеров из предприятия²⁷».

По нашему мнению, вышеуказанные различия не соответствуют не только международному опыту, но и вызывают определенные противоречия и неудобства в национальном законодательстве и практике. Чем это обуславливается?

В Грузии правовой режим субъектов предпринимательства - регистрацию, структуру, деятельность и т.д. - упорядочивает закон «О предпринимателях». Естественно, что в сферу деятельности субъектов предпринимательства входят выпуск и торговля ценными бумагами, хотя упорядочивающее указанную деятельность законодательство делится на две части: отношения, связанные с публичным предложением и обращением ценных бумаг, регулируются законом Грузии «О рынке ценных бумаг²⁸», а связанные с ценными бумагами другие отношения, которые не носят публичного характера и не упорядочиваются ни одним специальным актом, остаются в сфере регулирования закона «О предпринимателях» и Гражданского кодекса. Такое деление не было бы заметно и доступно на практике, если бы все зарегистрированные в Грузии акционерные общества публично торговали своими ценными бумагами, как это в основном происходит во всех развитых странах. В Грузии все ещё часты т.н. общества закрытого типа, акции которых вращаются в узком кругу акционеров-учредителей или могут быть отчуждены третьему лицу в результате частной сделки²⁹. Исходя из этого, различие становится заметным на практике, поскольку хотя закон «О рынке ценных бумаг» упорядочивает вообще публичный оборот ценных бумаг, а контролирующий орган «Национальный банк Грузии» наблюдает и контролирует этот процесс, из которого во всех остальных случа-

ях исключается акционерное общество закрытого типа, тем не менее в силу обязательного тендерного предложения этот последний оказывается под контролем и надзором³⁰. Указанное, возможно, может стать довольно тяжелым и, можно сказать, рискованным бременем для компании, так как публичный оборот ценных бумаг характеризуется многими трудностями и включает в себя много материальных и формальных обязательств перед контролирующим органом, а те компании-партнеры и управляющие, которых на протяжении их существования никогда не касались эти обязательства, могут вообще не быть знакомыми с этим процессом. Хотя, с одной стороны следует приветствовать тот факт, что за нарушение правил обязательного тендерного предложения законодатель применяет установленные довольно строгие санкции³¹ только на подотчетные, т.е. на выпускающие публичные ценные бумаги предприятия, а не на общества закрытого типа.

При подготовке предстоящей статьи мы попытались выяснить, насколько часто в Грузии применяется норма обязательного тендерного предложения, ввиду чего обратились в Национальный банк Грузии с вопросом, сколько обязательных тендерных предложений было осуществлено с 2005 года по сегодняшний день подотчетными и неподотчетными предприятиями. К сожалению, мы не получили ответа, поскольку, согласно письму Национального банка, «информация, представленная предприятиями об обязательном тендерном предложении, не подлежит обязательству ведения статистики указанных заявлений в отдельно выделенном реестре». Дополнительно банк разъяснил, что он хранит и ведет архив поданных предприятиями отчетов и заявлений, хотя указанный архив не предусматривает систематизации документов по тендерному предложению³².

За информацией мы обратились к независимым регистраторам ценных бумаг, исходя из того, что, согласно законодательству, регистраторам, наряду с другими субъектами, вменяется в обязанность распространять информацию об обязательном тендер-

²⁶ Подразумевается порядок обязательного тендерного предложения.

²⁷ Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, Brussels, 4 November 2002.

²⁸ Пункт 4 статья 1 Закона Грузии «О рынке ценных бумаг».

²⁹ Деление предприятий на предприятия «открытого» и «закрытого» типов существует только фактически и оно в грузинском законодательстве не встречается.

³⁰ Поскольку, статья Закона Грузии «О рынке ценных бумаг» прямо указывает на предусмотренное грузинским законодательством обязательное тендерное предложение, выходит, что в этом случае приобретение ценных бумаг предприятий закрытого типа и неподотчетных предприятий должно осуществляться на основании регулирования нормы о публичной торговле ценными бумагами.

³¹ «Нарушение лицом правил тендерного предложение карается штрафом в размере 5000 лари» согласно Приказу президента Национального банка Грузии №35/04 от 14 февраля 2012 года, пункт 7, статья 3 «Об утверждении порядка установления размера, начисления и исполнения налагаемого денежного штрафа за нарушение грузинского законодательства о ценных бумагах».

³² Письмо Национального банка Грузии № 2-14/928-12, 16.03.2012.

ном предложении³³. Согласно закону «О предпринимателях» акционерное общество, число акционеров которого превышает 50 членов, обязано внести реестр акций посредством независимого регистратора, а в случае менее 50 акционеров компания может вести реестр как посредством независимого регистратора, так и сама³⁴. На сегодняшний день в Грузии действуют только три лицензированных регистратора, один из которых отказался от предоставления информации³⁵, а полученная от двух остальных такова:

1. По данным ООО «Капитал-регистр»³⁶, из тех ценных бумаг акционерных обществ, реестр которых он ведет с 2001 года по настоящее время, обязательное тендерное предложение было сделано дважды: один раз на ценные бумаги подотчетного, а в другой раз неподотчетного предприятия.

2. По информации АО «Грузинский объединенный регистратор ценных бумаг»³⁷, которое в настоящее время обслуживает более 400 акционерных обществ, среди его клиентов - акционерных обществ было 4 случая обязательного тендерного предложения: из них две компании были подотчетные предприятия, а две – неподотчетные. По информации регистратора в остальных случаях общее количество голосов, находящегося под контролем акционера, было снижено ниже 50%.

Согласно действующему законодательству, обязательное тендерное предложение должно быть опубликовано в газете, которая распространяется на всей территории Грузии³⁸ и представляет ещё один источ-

ник информации об обязательном тендерном предложении. Четыре таких публичных объявления хранятся в электронном архиве Законодательного вестника Грузии. Трое из них сделаны в 2011 году физическими лицами с целью приобретения акций ООО «Горгасали», АО «Дезебиани мамлеби» и АО «Мухиани», а четвертое в 2010 году также физическим лицом с целью приобретения акций АО «Юнони»³⁹, отсюда два тендерных предложения входят (на ценные бумаги АО «Дезебиани мамали» и АО «Мухиани») в названные АО «Объединенный регистратор ценных бумаг Грузии» в вышеупомянутые четыре тендерных предложения. Таким образом, добытая нами в целом информация насчитывает всего 8 случаев обязательного тендерного предложения. Разумеется, на практике были и другие случаи, но, учитывая сложность природы нормы и малые масштабы рынка ценных бумаг Грузии, можно предполагать, что таких случаев было немного.

V. Обязательное тендерное предложение и права акционеров

При рассмотрении обязательного тендерного предложения самым интересным, по нашему мнению, является вопрос, насколько этот институт представляет собой разумное средство для достижения своей легальной цели - защиты прав малых акционеров.

Как мы уже говорили в главе II, создание концепции обязательного тендерного предложения первоначально было обусловлено именно целью защиты прав акционеров с тем, чтобы поставить их в справедливые и равноправные условия. И сегодня многие ученые и юристы рассматривают этот институт именно в этом разрезе и считают, что обязательное тендерное предложение необходимо для защиты прав малых акционеров. Некоторые авторы говорят, что эта норма способствует соблюдению баланса института обязательной продажи акций. Кроме того, она выражает право государства регулировать интересы миноритарных и мажоритарных акционеров с тем, чтобы способствовать эффективному развитию акционерного общества и создать инвестиционную среду⁴⁰, хотя существуют и противоположные мнения.

Профессор Тбилисского государственного университета Ираклий Бурдули рассматривает обязательное тендерное предложение как правовое основание принудительного контрагирования и говорит, что эту норму свободно можно обжаловать в Конституционном суде. «Ведь можно представить себе, что конституционное право лица попирается тем, что закон (даже в том случае, когда, возможно, заключение сделки не

³³ Приказ президента Национального банка Грузии №20/01 от 22 февраля 2010 года, статья 12, пункт 3 «Об утверждении Порядка «Об установлении правил регистрации даты возникновения права собственности на публичные ценные бумаги, прав и обязанностей, исходящих из собственности на публичные ценные бумаги, владения записью на публичные ценные бумаги, процедуры прекращения и изменения права собственности».

³⁴ Закон Грузии «О предпринимателях», пункт 3, ст. 51.

³⁵ Мотивацией приводится то, что информация, находящаяся у регистратора, конфиденциальная, что в данном случае мы считаем необоснованным, так как обязательные тендерные предложения служат именно открытости и прозрачности и, соответственно, и информация о них должна быть открыта для любого лица.

³⁶ ООО «Капитал-регистр», и/к 204958956, гос. Регистрация от: 29/12/2000, владеет лицензией независимого регистратора с 28 мая 2001 года. К моменту опубликования данной статьи лицензия ООО «Капитал-регистр» упряднена по решению Национального банка Грузии.

³⁷ АА «Объединенный регистратор ценных бумаг Грузии», и/к 205156374, основан 1 февраля 2007 года объединением трех ведущих регистраторов ООО «Компания-центр», ООО «ICT деламен» и ООО «Реестр-центр».

³⁸ Приказ президента Национального банка Грузии №20/01 от 22 февраля 2010 года статья 12, пункт 1 «Об утверждении Порядка «Об установлении правил регистрации даты возникновения права собственности на публичные ценные бумаги, прав и обязанностей, исходящих из собственности на публичные ценные бумаги владения записью на публичные ценные бумаги, процедуры прекращения и изменения права собственности».

³⁹ ЮЛОП «Законодательный Вестник Грузии», www.matsne.ge

⁴⁰ «Предпринимательское право», К. Кокрашвили, Тбилиси, 2010 год.

входит в его интересы) обязует его заключить договор о купле-продаже. Возможно, что на долю покупателя выпадут только финансовые потери и обязательства. Исходя из этого, можно это обязательство рассматривать как попрание права неприкосновенности собственности, обеспечиваемое Конституцией»⁴¹.

И действительно, если мы представим себя на месте того акционера, который желает приобрести 51% капитала какого-либо предприятия, пойдем, какое строгое ограничение представляет собой обязательное тендерное предложение. Приведем такой пример. В малом акционерном обществе состоят 3 акционера, двое из них имеют по 40% имеющих право голоса акций, третий -20%. Последний решил выйти из общества и свои акции предложил двум остальным акционерам. Один из них имеет для этого достаточно финансовых средств, чтобы приобрести эти акции и увеличить свою долю капитала до 60%, но, согласно закону, если он приобретет эти акции, у него автоматически возникает обязательство предложить второму акционеру выкупить его 40% долю. Но у него нет на это средств. Получается, что он должен воздержаться от выкупа. Правда, обязательное тендерное предложение прямо не запрещает акционеру приобретение права собственности на акции, однако устанавливает такие условия этого приобретения, что в результате у него пропадает интерес к выкупу акций.

Кроме этого, по мнению ряда авторов, обязательное тендерное предложение не оправдано и с точки зрения экономической зрения, поскольку оно не только не способствует созданию инвестиционной среды, а наоборот, тормозит её⁴². Исходя из того, что тендерное предложение почти в два раза увеличивает расходы инвестора, возникает большая вероятность того, что инвестор может отказаться от приобретения контрольного пакета акций предприятия и осуществления соответствующей инвестиции во избежание финансовых потерь и из-за целого ряда формальных обязательств, что означает потерю прибыли предприятием. Если рассуждать логически, обязательное тендерное предложение не способствует развитию и рынка ценных бумаг, так как заинтересованные лица с большей осторожностью относятся к приобретению значительных долей как в открытых, так и закрытых типах обществ – как это показал пример Грузии. Следует учесть и тот факт, что чем меньше доля акционера в капитале общества, тем меньше его заинтересованность в развитии предприятия и росте его ликвидности.

VI. Заключение

В результате изучения обязательного тендерного предложения можно прийти к заключению, что оно широко распространено во всем мире и считается одной из гарантий защиты прав миноритарных акционеров в процессе получения контроля над предприятием. Оно дает всем акционерам, независимо от размера находящейся в его собственности доли, право получить равное, справедливое вознаграждение за его долю и выйти из предприятия, если контроль над предприятием перешел в руки одного лица или группы лиц, действующих по соглашению. В то же время это обязательство увеличивает затраты мажоритарных акционеров и устанавливает строгий контроль над их инвестициями, что порождает вопросы как относительно ограничения права собственности, так и связи с созданием свободной инвестиционной среды. С этой точки зрения интересно изучение опыта тех стран, которые, несмотря на впечатляющую историю развития и масштабы оборота ценных бумаг, не признают обязательного тендерного предложения, и отношения между акционерами регулируют процедурными нормами другого типа (США, Япония).

Грузинское законодательство повторяет, по большей части, модель обязательного тендерного предложения, которая принята во многих европейских странах. Хотя, в отличие от нее, оно распространяет это обязательство не только на ценные бумаги публичных компаний, но и на общества закрытого типа, что, по нашему мнению, нецелесообразно, так как это обязательство может лечь неразумным и рискованным бременем на акционеров и воспрепятствовать осуществлению прибыльных трансакций малых и средних предприятий. В грузинской реальности эта норма применяется редко, что, возможно, обуславливается противоречивой природой этого института, процедурными сложностями его применения на практике и, вообще, малой активностью субъектов предпринимательства на рынке ценных бумаг Грузии. Считаем, что необходимо провести фундаментальное исследование для того, чтобы установить, насколько необходимо существование этого института вообще и, в частности, в этой форме в законодательстве Грузии, и служит ли он практически защите прав акционеров и улучшению инвестиционной среды или, наоборот, ухудшает её.

⁴¹ Иракли Бурдули, «Обязательное тендерное предложение, обязательная продажа акций: злоупотребление придаваемым акцией правом или предпосылка необходимости развития рынка капитала?!», «Правосудие» 2007, №2, С. 28.

⁴² An Assessment of the Mandatory Tender Offer Rule the Colombian Case By Michail Scott Rogelio de la Guardia 2010.

Норберт Бернсдорфф¹

1. Армения

Отчет о судебной практике Европейского Суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб, направленных против Армении, Азербайджана и Грузии в 2011 году

(Отчетный период: 01.01.2011 по 31.12.2011)

Последующий отчет непосредственно примыкает к отчету о судебной практике второго издания SCLJ (N 02/2011; отчетный период: 01.09.2009 по 31.12.2010). Целью настоящего отчета является краткий обзор судебных решений Европейского суда по правам человека, принятых за отчетный период с 01.01.2011 по 31.12.2011 на основании Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод («Конвенция») против стран-участниц договора Армении, Азербайджана и Грузии. Представлены будут лишь те судебные решения («judgements»), в которых Европейский Суд по правам человека допустил индивидуальную жалобу к рассмотрению и принял решение о наличии нарушения одной из статей Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод или одного из ее Протоколов. Решения («decisions»), обоснованные Европейским Судом по правам человека недопустимостью («inadmissible») индивидуальных жалоб, в данном докладе подробно рассматриваться не будут. Кроме того, вне внимания останутся дела, которые были изъяты Европейским Судом по правам человека из собственного Реестра («struck out of the list»). Решения Европейского Суда по правам человека доступны на сайте www.echr.coe.int.-case-law-hudoc на английском и французском языках.

Для сравнения: За отчетный период Европейским Судом по правам человека против Германии было принято 53 решения, из них 29 решений по спору, против Франции – 31 решение, из них 22 решения по спору, и против Великобритании – 68 решений, из них 13 решений по спору.

За период с 01.01.2011 по 31.12.2011 Европейский Суд по правам человека установил в трех случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны армянских авторитетов. В девяти случаях суд счел жалобы недопустимыми или же изъясил дела из Реестра (Application Nos. 19940/05, 23566/05, 10446/05, 43242/05, 3309/06, 33110/06, 44769/08, 44837/08 и 13234/09).

В упомянутых судебных решениях в основном установлены нарушения ст. 1 Протокола N 1 («защита собственности»/ «protection of property»), ст. 9 («свобода мысли, совести и религии»/ «right to freedom of religion») и ст. 5 п. 1, ст. 5 п. 3 («недоставление к суду»/ «not brought before a judge»), а также ст. 5 п. 4 («отказ в рассмотрении жалобы заявителя»/ «refusal to examine the applicant's appeal») Конвенции.

Дело Бояджяна против Армении (Решение от 22.03.2011, жалоба N 38003/04)

Рожденная в 1935 году жалобщица имеет армянское гражданство и живет в Ереване. Ссылаясь на ст. 6 п. 1 («право на доступ к суду»/ «access to court»), она обратилась в суд за защитой, обжаловав то, что положив свои денежные сбережения и некоторые ценные бумаги в период с 1970 по 1990 года на хранение в тогдашний Сбербанк СССР, не имела возможности получить их обратно и добиться права в судебном порядке.

Европейский Суд по правам человека не нашел нарушения ст. 6 п. 1 Конвенции со стороны армянских органов власти. Решение было принято на заседании палаты.

Дело Минасяна и Семерджяна против Армении (Решение от 07.06.2011, жалоба N 27651/05)

Армянские жалобщицы, мать и дочь, живут в Лос-Анджелесе. Госпожа Минасян была собственницей, госпожа Семерджян - владелицей (съемщицей) квартиры в высотном жилом доме в Ереване, который был построен на казенной земле. После того как в декабре 2004 года переговоры по продаже не удалось, одна частная компания добилась лишения жалобщиц собственности. Квартира была снесена. Многоквартирный жилой дом должен был уступить крупным государственным строительным проектам («state construction projects»). Эти действия были приняты с одобрения армянских судов.

¹ Доктор права, судья Федерального суда Германии по социальным вопросам в г. Кассель (данный суд является третьей инстанцией по спорам в сфере социальных вопросов); руководитель редакционной коллегии настоящего журнала.

По данному прецедентному делу («lead case», 15 подобных случаев) Европейский Суд по правам человека решил, что лишение собственности и разрушение жилищной единицы являются нарушением ст. 1 Протокола N 1 Конвенции, прежде всего потому, что они основывались на правительственных указах, а не на парламентском акте. Жалобщицы получили компенсацию величиной в 8 000 евро в качестве возмещения материального вреда и 2 000 евро в качестве возмещения нематериального вреда. Решение было принято на заседании палаты.

Дело Баятян против Армении (Решение от 07.07.2011, жалоба N 23459/03)

Жалобщик является гражданином Армении и свидетелем Иеговы. В мае 2001 он – будучи 18 летним – был призван к военной службе, но не явился для ее исполнения. За некоторое время до неявки, он предлагал армянским органам власти отслужить альтернативную службу для военнообязанных, отказывающихся от военной службы, так как по религиозным причинам не мог служить на военной службе. В августе 2001 года по этому поводу против жалобщика было возбуждено уголовное дело (ст. 75 Уголовного Кодекса), вследствие чего он был приговорен к двум с половиной годам лишения свободы. В июле 2003 года, по прошествии десяти с половиной месяцев, он был освобожден из мест лишения свободы. 01.07.2003 в силу вступил Закон Республики Армения «Об альтернативной службе».

Сначала одна палата Европейского Суда по правам человека в своем решении от 27.10.2009 не обнаружила фактов нарушения ст. 9 («Свобода мысли, совести и религии»/ «right to freedom of religion») Конвенции. Позже Большая Палата установила в своем решении от 07.07.2011 нарушение Конвенции. Она пояснила, что в то время, в котором большинство стран-участниц договора признали право об отказе от несения военной службы и создали возможность альтернативной службы для военнообязанных, отказывающихся от военной службы, ст. 9 Конвенции должна толковаться («живой инструмент»/«living instrument») и в странах-участницах договора, в которых такие урегулирования еще отсутствуют как основа для права на отказ от несения военной службы. Суд определил жалобщику компенсацию величиной в 10 000 евро.

Дело Ховханнисян и Широян против Армении (Решение от 15.11.2011, жалоба N 5065/06)

Армянские жалобщики считают проведенное с ними принудительное отчуждение земельных участков в Ереване органами власти нарушением ст. 1 Протокола N 1 Конвенции. Своим решением от 20.10.2010,

Европейский Суд по правам человека удовлетворил притязания жалобщиков, установив факт нарушения права собственности («right to property»). В решении от 15.11.2011 суд присудил ответчикам выплату возмещения жалобщикам («справедливая компенсация»/«just satisfaction»), а именно возмещение материального вреда величиной в 12 500 евро и возмещение в качестве нематериального вреда в размере 6 500 евро.

Дело Погосян против Армении (Решение от 20.12.2011, жалоба N 44068/07)

Жалобщик, рожденный в 1981 году, является гражданином Армении и живет в Ереване. В апреле 2007 года он был задержан полицией за мошенничество и кражу и был приговорен к лишению свободы. Он жаловался на неправомерность предварительного заключения из-за того, что не был доставлен к судье незамедлительно («pre-trial detention») в период с 13.06. по 02.07.2007 и на то, что его жалобы против лишения свободы не были рассмотрены с официальной стороны.

Европейский Суд по правам человека установил факты нарушения ст. 5 п. 1, ст. 5. п. 3 («недоставление к судье»/ «not brought before a judge») и ст. 5 п. 4 («отказ в рассмотрении жалобы заявителя»/ «refusal to examine the applicant's appeal») Конвенции и установил выплату жалобщику компенсации размером в 10 000 евро. Решение было принято на заседании палаты.

2. Азербайджан

Европейский суд по правам человека установил за период с 01.01.2011 по 31.12.2011 в девяти делах факты нарушения Конвенции **азербайджанскими авторитетами**. В одном случае суд счел жалобу недопустимой (жалоба N 25512/06). Остальные семь дел были изъяты из Реестра (жалоба N 50430/06, 37892/08, 29676/07, 35559/05, 37509/09, 53805/07 и 49243/10).

В упомянутых судебных решениях установлены факты нарушения ст. 1 Протокола N 1 («защита собственности»/ «protection of property»), ст. 3 Протокола N 1 («право на свободные выборы»/ «right to free election»), ст. 5 п. 3 («длительность заключения под стражу»/ «length of detention») и п. 4 («личное слушание обвиняемого»/ «hearing in person»), ст. 6 п. 1 («справедливость»/ «fairness»; «право на справедливое судебное разбирательство»/ «right to a fair trial»; «право на справедливое слушание дела»/ «right to a fair hearing»), ст. 6 п. 2 («презумпция невиновности»/ «presumption of innocence») и ст. 6 п. 3 («право на достаточность времени и наличие возможностей

для подготовки защиты»/ «right to adequate time and facilities for preparation of defence»; «право на защитника по своему выбору»/ «right to legal assistance of own choosing»; «право на вызов и допрос свидетелей»/ «right to obtain attendance and examination of witness») Конвенции.

**Дело Солтанова против Азербайджана
(Решение от 13.01.2011, жалоба N 41177/08,
41224/08, 41226/08, 41245/08, 41393/08, 41408/08,
41688/08, 41690/08 и 43635/08)**

Жалобщики – десять азербайджанских граждан, являются правомерными собственниками квартир, в которые были принудительно вселены семьи вынужденно перемещенных лиц («internationally displaced families»). Эти семьи родом из регионов, находящихся под контролем армянских вооруженных сил («конфликт в Нагорном Карабахе»/ «Nagorno-Karabakh conflict»). Жалобщики обратились в суд за защитой против неисполнения («non-enforcement») судебных решений, предписывающих принудительное выселение из квартир.

Европейский Суд по правам человека установил факты нарушения ст. 6 п. 1 («справедливость»/ «fairness») Конвенции и ст. 1 Протокола N 1 Конвенции («защита собственности»/ «protection of property») и присудил ответчикам выплату возмещения ущерба в объеме 2 500 евро и 7 000 евро, а также компенсацию в объеме 1 200 евро и 3 000 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Пирали Оруева против Азербайджана
(Решение от 03.02.2011, жалоба N 8460/07)**

В 1958 году рожденный азербайджанский жалобщик живет в Баку. Он жалуется на нарушение принципа справедливого судебного разбирательства в связи с уголовным делом из-за умышленного уничтожения чужого имущества, которое было заведено на него в июне 2005 года. Он не получил повестки о вызове на апелляционное заседание суда.

Европейский Суд по правам человека счел этот факт нарушением ст. 6 п. 1 («справедливость»/ «fairness»; «право на справедливое судебное разбирательство»/ «right to a fair trial») Конвенции и определил жалобщику компенсацию в размере 3 000 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Ахундова против Азербайджана
(Решение от 03.02.2011, жалоба N 39941/07)**

В данном деле жалобщик обратился в суд за защитой против неприведения в исполнение в его пользу принятого судебного решения. Оно касалось незакон-

ного увольнения с работы («unlawful dismissal») и задолженности по зарплате («salary arrears»).

Европейский Суд по правам человека счел ст. 6 п. 1 («право на справедливое слушание дела»/ «right to a fair hearing») Конвенции и ст. 1 Протокола N 1 Конвенции («защита собственности»/ «protection of property») нарушенными. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Хусейнова и других против Азербайджана
(Решение от 26.07.2011, жалоба N 35485/05,
45553/05, 35680/05 и 36085/05)**

Жалобщики - четверо рожденных в период с 1957 по 1966 год азербайджанских граждан, живущих в Баку. Они являются известными активистами оппозиции и поддерживали ее главного кандидата Иса Гамбара в президентских выборах 15 октября 2003 года. После того, как Гамбар проиграл президентские выборы, его сторонниками были устроены контрдемонстрации в Баку. По официальным данным, демонстранты были призваны главами оппозиции к массовым беспорядкам, в связи с чем были повреждены автомобили, здания и государственное имущество. По данным демонстрантов, полиция приняла чрезмерно жесткие меры подавления беспорядков, безвыборочно применяя силы против всех находящихся на улице людей. Несколько сотен человек были задержаны, в том числе и жалобщики. В дальнейшем жалобщики были лишены свободы и подвержены жесткому обращению. Некоторые из них были лишены права на помощь адвоката в течение многих дней. Жалобщикам было предъявлено обвинение в организации общественных беспорядков («organising public disorders») и в применении насилия против представителей власти («use of violence against state officials»), из-за чего они в октябре 2004 года были приговорены к лишению свободы, двое из них - к четырем годам и шести месяцам, и двое – к пяти годам. В марте 2005 года они были помилованы президентом и отпущены из-под ареста. Их жалоба направлена прежде всего против образа уголовного судопроизводства.

Европейский Суд по правам человека установил факты нарушения ст. 6 п. 1 и п. 3 пп. б), в) и д) («право на справедливое судебное разбирательство»/ «right to a fair trial»; «право на достаточность времени и наличие возможностей для подготовки защиты»/ «right to adequate time and facilities for preparation of defence»; «право на вызов и допрос свидетелей»/ «right to obtain attendance and examination of witness») Конвенции, а также факт нарушения ст. 6 п. 2 («презумпция невиновности»/ «presumption of innocence») Конвенции. Он присудил ответчику выплату каждому жалобщику компенсации в размере 10 000 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Оружева против Азербайджана
(Решение от 26.07.2011, жалоба N 4508/06)**

Жалобщик, азербайджанский гражданин, родился в 1957 году и живет в Баку. В августе 2005 года он был зарегистрирован избирательной комиссией как независимый кандидат на выборы в парламент в ноябре 2005 года. В октябре 2005 года избирательная комиссия была оповещена полицией о том, что жалобщик вложил собственные деньги в восстановление общественных участков своего избирательного округа, в особенности в восстановление детских площадок. Полиция утверждает, что таким образом жалобщик пытался завоевать голоса избирателей, нарушив при этом закон о выборах. В итоге, решением суда от 29.10.2005, приведенным в действие избирательной комиссией, жалобщик был вычеркнут из списка кандидатов. В ноябре 2005 года Верховный Суд подтвердил это решение.

По рассмотрении проведенной административной процедуры и судебного разбирательства и установления недостатка гласности («evidence») в факте нарушения закона о выборах, Европейский Суд по правам человека установил нарушение пассивного избирательного права жалобщика по ст. 3 Протокола N 1 («право на свободные выборы»/«right to free election») Конвенции. Он присудил жалобщику компенсацию в размере 7 500 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Маммада Маммадова против Азербайджана
(Решение от 11.10.2011, жалоба N 38073/06)**

Жалобщик родился в 1983 году и является азербайджанским гражданином. Он отбывает пожизненное наказание в Гобустанской тюрьме (Gobustan Prison) в Баку. Он был обучен воинствующими чеченцами («Chechen militants») с целью принятия участия во вражеских операциях против российских войск. В апреле 2004 года в Азербайджане была установлена его виновность в умышленном убийстве с отягчающими обстоятельствами («premeditated aggravated murder»), в контрабандной торговле оружием («firearms smuggling») и в организации незаконного вооруженного формирования («illegal armed group»). В ходе уголовного судопроизводства, в его отсутствие было проведено апелляционное разбирательство.

Европейский Суд по правам человека решил, что этот факт является нарушением ст. 6 п. 1 («справедливость»/«fairness»). Компенсация обошлась в 4 800 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Натига Мирзаева против Азербайджана
(Решение от 22.11.2011, жалоба N 36122/06)**

В 1971 году рожденный жалобщик является лицом без гражданства. За умышленное убийство и воровство он был приговорен к пожизненному лишению свободы. Это наказание он отбывает в Гобустанской тюрьме (Gobustan Prison) в Баку. С одной стороны он жаловался на суровые условия заключения, которые довели его до заболевания туберкулезом, с другой стороны – на недостаток медицинского обеспечения. Помимо этого, господин Мирзаев жаловался на несправедливое обращение во время возбуждения им процесса против руководства тюрьмы из-за недовольствительного медицинского обеспечения. Устное разбирательство («hearings») прошло в его отсутствие.

Европейский Суд по правам человека принял отсутствие в судебном разбирательстве личного заслушивания жалобщика за факт нарушения ст. 6 п. 1 («право на справедливое судебное разбирательство»/«right to a fair trial») Конвенции и определил жалобщику компенсацию в размере 1 500 евро. Решение было принято на заседании палаты.

**Дело Захида Маммадова и
других против Азербайджана
(Решение от 06.12.2011, жалоба N 3172/08,
42347/08, 454/09, 2772/09 и 32585/09)**

Данное дело касается индивидуальной жалобы собственников и владельцев квартир, которые обратились за помощью в суд против неисполнения («non-enforcement») государственными органами власти судебных решений о выселении из квартир. Освободить квартиры должны были лица, вынужденно перемещенные из регионов, находящихся под контролем вооруженных сил и принужденно вселенные в эти квартиры («internationally displaced families»).

Европейский Суд по правам человека установил факты нарушения ст. 6 п. 1 и ст. 1 Протокола N 1 Конвенции («защита собственности»/ «protection of property»).

**Дело Рафика Алиева против Азербайджана
(Решение от 06.12.2011, жалоба N 45875/06)**

В 1967 году рожденный жалобщик является азербайджанским гражданином и живет в Баку. Он был коммерческим директором («chief executive officer») нескольких филиалов Азпетрола, одной из крупнейших частных компаний в Азербайджане. Жалобщик был задержан 19 октября 2005 года в Международном аэропорту в Баку по подозрению недекларирования 30 000 долларов США при въезде в страну. На сле-

дующий день, по распоряжению суда назначено было его предварительное заключение. Его обвинили в дополнительных правонарушениях: в присвоении имущества («embezzlement»), в уклонении от уплаты налоговой задолженности («tax evasion»), в контрабанде бензина и организации массовых беспорядков, и в подготовке государственного переворота после парламентских выборов 6 ноября 2005 года. В тот же день его братья были уволены со службы или задержаны, среди них Фархад Алиев, ранее – министр экономического развития («Economic development»). Они были обвинены в подготовке государственного переворота. Одновременно сотрудники Министерства по налогам и Министерства национальной безопасности сняли большие суммы со счетов компании и завладели личными ценностями, хранившимися в доме жалобщика. В последующее время в прессе были опубликованы две статьи с сообщением об аресте известных всей стране граждан и с обличительным материалом касательно плана свержения правительства.

Предварительное заключение жалобщика было неоднократно продлено. По требованию прокурора, 8 июня 2008 года суд наложил арест на ценные бумаги жалобщика, находящиеся на счете депо («attached a great number of shares»). К тому времени жалобщик еще не был обвинен в правонарушениях, из которых предположительно должны были произойти эти ценные бумаги. В октябре 2007 года Рафик Алиев был приговорен к девяти годам лишения свободы. Он утверждал, что обвинительный приговор и лишение свободы являются частью индивидуальной кампании против его брата, Фархада Алиева.

Европейский Суд по правам человека решил, что длительность предварительного заключения (два года и шесть месяцев) является нарушением ст. 5 п. 3, что слушание дела в отсутствие жалобщика представляет собой нарушение ст. 5 п. 4 и, что наложение ареста на ценные бумаги жалобщика, находящиеся на счете депо являются фактом нарушения ст. 1 Протокола N 1 Конвенции. Жалобщик получил компенсацию величиной в 7 000 евро. Решение было принято на заседании палаты.

3. Грузия

Европейский Суд по правам человека обнаружил за период от 01.01.2011 по 31.12.2011 в шести случаях факты нарушения Конвенции **грузинскими авторитетами**. Десять дел были изъяты из Реестра (жалоба N 65063/09, 34361/10, 7791/08, 65103/10, 63856/10, 6439/10, 14929/09, 47551/09, 2225/08 и 50613/06).

В упомянутых судебных решениях установлены были, в основном, нарушения ст. 2 («Право на жизнь»/«right to life»), ст. 34 («индивидуальные жалобы»/«individual applications»), и ст. 38 («обязатель-

ство органов власти сотрудничать с судом»/«authorities obligation to cooperate with the Court») Конвенции.

Дело Цинцабадзе против Грузии (Решение от 15.02.2011, жалоба N 35403/06)

Жалобщица является грузинской гражданкой и матерью скончавшегося в сентябре 2005 года в Хонской тюрьме заключенного. Он отсиживал в тюрьме трехлетний срок лишения свободы за оказание сопротивления полиции. Заключенный был найден повешенным в складском помещении тюрьмы. Последующие расследования – допросы свидетелей, судебно-медицинское вскрытие трупа – согласно изложению органов власти показали, что заключенный с большой вероятностью покончил жизнь самоубийством из-за личных мотивов. Жалобщица, госпожа Цинцабадзе, вопреки этому предполагала, что ее сын был убит тюремными заключенными, потому что не платил «денег за покровительство» или не вернул занятые в тюрьме деньги, и что убийство прикрывается органами власти. В ноябре 2005 года уголовное дело, возбужденное в отношении неизвестных лиц, было прекращено из-за отсутствия фактов совершения преступления. По заявлениям, поданным в апреле 2006 года в органы власти о совершенном преступлении одним конкретным заключенным Хонской тюрьмы, публичное обвинение предъявлено не было.

Европейский Суд по правам человека установил факт нарушения ст. 2 в том, что причина смерти сына жалобщицы не была расследована вневедомственно, объективно и эффективно. С той же вероятностью, как самоубийство, причиной смерти могло являться и умышленное убийство. Судебный трибунал определил жалобщице выплату суммы в 15 000 евро в качестве возмещения нематериального вреда. Решение было принято на заседании палаты.

Дело Энукидзе и Гиргвлиани против Грузии (Решение от 26.04.2011, жалоба N 25091/07)

Жалобщики являются гражданами Грузии и родителями погибшего 28 января 2006 года 28-летнего мужчины. В тот день он вместе со своим другом посетил Кафе Шарден в Тбилиси, чтобы встретить девушку. Когда он увидел ее в компании сотрудников Министерства внутренних дел, он заговорил с ней, выразил ей недовольство по поводу ее нахождения в данной компании и договорился с ней встретиться позже. После того, как оба мужчины покинули кафе, они насильно были затащены посреди улицы в Мерседес серебряного цвета и доставлены на кладбище, находящееся вне города. Там несколькими ранениями ножом в горло был убит сын жалобщиков, в то время как его друг остался в живых. По окончании расследо-

ваний, проведенных Министерством внутренних дел и прокуратурой, четверо сотрудников были арестованы и приговорены к семи с половиной и шести с половиной годам лишения свободы. На основании решения президента о помиловании, они отбыли свое наказание только частично.

Европейский Суд по правам человека решил, что убийство должностными лицами и недостаток следствий по этому делу являются нарушением ст. 2 («право на жизнь»/«right to life») Конвенции. Также суд установил, что в отношении этого нарушения Министерство внутренних дел, прокуратура и национальные суды (включая Президента Грузии) действовали согласованно («действовали согласованно в предотвращении справедливости»/«had all acted in concert in preventing justice from being done»). Помимо этого, Европейский Суд по правам человека счел ст. 38 («обязательство органов власти сотрудничать с судом»/«authorities obligation to cooperate with the Court») Конвенции нарушенной. Жалобщикам была определена выплата размером в 50 000 евро в качестве возмещения нематериального вреда. Решение было принято на заседании палаты.

Дело Гогинашвили против Грузии (Решение от 04.10.2011, жалоба N 47729/08)

Рожденный в 1960 году жалобщик является грузинским гражданином, бывшим офицером полиции и живет в Тбилиси. В январе 2007 года его приговорили к 21 году лишения свободы за незаконную торговлю наркотиками. Жалобщик страдает несколькими тяжелыми хроническими заболеваниями, в том числе - почечной недостаточностью и гепатитом. Этими заболеваниями он страдает со времен до лишения свободы. По ходатайству жалобщика (см. ст. 39 Конвенции), в октябре 2008 года Европейский Суд по правам человека призвал грузинское правительство произвести на полный медицинский осмотр жалобщика и его лечение. В последующее время жалобщика перевели в тюремный госпиталь, обследовали в гражданских больницах и вели внимательное медицинское наблюдение вне больниц.

Европейский Суд по правам человека решил, что ст. 3 («запрет бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания»/«Prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment») Конвенции не является нарушенной. Решение было принято на заседании палаты.

Дело Махарадзе и Сихарулидзе против Грузии (Решение от 22.11.2011, жалоба N 35254/07)

Жалобщики являются супругами и гражданами Грузии. Господин Махарадзе к настоящему времени – в январе 2009 года – уже скончался в тюремной боль-

нице. Его жена продолжила ведение судебного процесса. Махарадзе был задержан в марте 2006 года за владение наркотиками и находился в предварительном заключении. В июле 2006 года его приговорили к семи годам лишения свободы. Махарадзе страдал неизлечимой формой лекарственно-устойчивого туберкулеза. В связи с фактом заболевания, он требовал своего освобождения, либо, по крайней мере, достаточного медицинского обеспечения. Особое значение своего требования он пытался подчеркнуть двумя голодовками. На основании ст. 39 Конвенции Европейский Суд по правам человека призвал грузинское правительство в ноябре 2008 года направить жалобщика в специализированную больницу. Грузинское правительство отказалось принять такие меры.

Европейский Суд по правам человека решил, что грузинское государство нарушило ст. 2 («право на жизнь»/«right to life») Конвенции, потому что оно недостаточно защитило жизнь и здоровье жалобщика Махарадзе в тюрьме, не переведя его, в частности, в одну из имеющихся в Грузии специализированных больниц по лечению заболеваний легких. Помимо того суд установил факт нарушения ст. 34 («индивидуальные жалобы»/«individual applications») Конвенции. Госпоже Сихарулидзе была определена компенсация размером в 15 000 евро.

Выход партнера из общества с ограниченной ответственностью по законодательству и практике Грузии

I. Вместо введения

Установление партнерских отношений между конкретным лицом и предпринимательским обществом зависит от абсолютной воли данного лица. Самой распространенной формой становления партнером в предпринимательском обществе является учреждение общества (независимо или с другими лицами) или приобретение доли в уже учрежденном обществе. Лицо продолжает отношения до тех пор, пока оно по своей же воле не решит завершить эти отношения. Соответственно, и партнерство лица, не являющееся постоянным, может рано или поздно завершиться. Партнеров невозможно принудить, постоянно оставаться в обществе или продолжать деятельность общества с теми партнерами, доверие которых они утеряли². В данном случае партнеру ничего не остается, кроме как выйти из общества.

Право оставить общество, т.е. **выхода из общества** является одним из наиважнейших прав партнера, наряду с теми многими правами, которыми он был оснащен после становления партнером общества (вступление в общество в качестве партнера). Добровольным выходом из общества партнер окончательно завершает с ним свои партнерские отношения.

Классической и традиционной формой завершения отношений партнера с предпринимательским обществом является уступка собственной доли. Существует платный отказ от доли, что выражается в отчуждении или обмене доли, существует бесплатный отказ от доли, что подразумевает дарение доли. Партнеры прибегают наиболее часто к отказу от доли в виде отчуждения.

Отношения конкретного партнера с обществом могут завершиться и ввиду его смерти. Однако отношения умершего партнера с обществом нельзя считать завершенными, если отношения с ним продолжат наследники покойного. В случае если наследник или наследники уступят долю, то завершение отно-

шений с обществом будет окончательно оформлено. В таком случае доля покойного партнера будет перераспределена пропорционально между остальными партнерами общества. В данном случае допустимо и другое соглашение между оставшимися партнерами общества.

В отличие от уступки доли и смерти партнера, выход партнера из общества не считается распространенной и традиционной формой завершения отношений партнера с обществом. Отличается и порядок выхода партнера из общества, с одной стороны, в личных (персональных) обществах, а, с другой стороны, в обществах капитального типа.

II. Выход партнера из персональных обществ

Вопрос выхода из персональных обществ (общество с солидарной ответственностью, командитное общество) непосредственно регулируется законом. Поскольку личные общества являются основанными на доверии лиц обществами, партнеры могут разойтись и по согласованию. Нет необходимости в том, чтобы партнеры завершили свои отношения в личных обществах отчуждением доли. Существенным является то, чтобы выходом партнера из общества не причинить вред интересам третьих лиц (кредиторов). Для контрагентов общества с солидарной ответственностью важен и приоритетен субъектный состав партнеров³. Именно с целью защиты интересов третьих лиц в Закон Грузии о предпринимателях были внесены поправки, подробно урегулировавшие процедурные вопросы выхода партнера из общества с солидарной ответственностью, фактически увеличившие степень доверия в предприятие такого типа⁴. В частности, стало необходимо двойное публичное опубликование выхода партнера из общества с солидарной ответственностью, отправление сообщения налоговому органу и известным кредиторам. В случае выхода из общества с солидарной ответственностью кредиторы получают право требовать от общества преждевременного выполнения обязанностей.

III. Следует ли устанавливать ограничения при выходе партнера из ООО?

В отличие от личных обществ, Закон отдельно не регулирует вопрос выхода партнера из ООО. Аналогичная ситуация существует и относительно акционерных обществ. В грузинской юридической литературе разъяснено, что ООО является созданным в резуль-

¹ Доктор права, ассоциированный профессор Кавказского Университета Тбилиси и Университета Грузии, руководящий партнер адвокатского бюро «Мигриаули и партнеры».

² Ср. Лали Лазарашвили, «Общество с солидарной ответственностью», Тбилиси, 2003г, С. 149, а также Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, «Комментарий к Закону Грузии о предпринимателях», 3-е, обработанное издание, ст. 146, С. 280.

³ Ср. К. Кокрашвили, «Предпринимательское право», Тбилиси, 2010г., С. 237.

⁴ Ср. К. Кокрашвили, «Предпринимательское право», Тбилиси, 2010г., С. 237.

тате объединения капитала обществом. Участие в нем партнеров основано не на их личном труде, а на вложении капитала⁵. Соответственно, партнер ООО может в любое время посредством отчуждения доли выйти из общества⁶. Отчуждение полной доли является предпосылкой окончательного завершения отношений с ООО. Однако отчуждением доли разрыв отношений с обществом может быть связан с определенным ограничением. Например, для отчуждения доли может быть необходимо разрешение общества⁷, а общество откажет в выдаче такого разрешения. Правда, для выхода из общества Закон не предусматривает подобных ограничений, хотя Устав может предписывать определенные предпосылки. Речь об этом подробнее будет идти ниже.

Выход партнера из ООО может быть обобщенно связан с разными причинами. Закон не запрещает партнерам выход из общества, не определяя предпосылок выхода. Как правило, **причиной выхода из общества считается существование важной причины**⁸. Поскольку законодатель не дает перечня данных причин, было бы оправдано, если бы конкретные причины выхода из ООО были детальнее предписаны Уставом. А в условиях дефицитной судебной практики перечень причин выхода из ООО партнера следует искать либо в предпринимательской практике, либо опираться на высказанные в юридической литературе соображения.

Самыми распространенными среди причин выхода партнеров из ООО являются личное несовместимость выбывающего партнера с существующими партнерами и невозможность дальнейшего продолжения отношений. В грузинской юридической литературе одной из самых распространенных причин называется также невозможность внесения партнером дополнительного взноса в уставный капитал⁹. Дальнейшей причиной можно назвать и финансовую сторону. Партнер может потерять интерес пребывания в конкретном обществе, ибо его длительное нахождение в обществе не привело к желательным финансовым последствиям из-за нераспределения дивидендов в течение долгих лет. Причинами выхода из ООО могут послужить также изменение профиля деятельности общества или его слияние с другим обществом, что может повлечь за собой утерю интереса партнера к обществу. Безрезультатные попытки отчуждения своей доли

могут также привести к возникновению у партнера общества желания о выходе из общества.

Выходя из общества, выбывающий партнер отказывается от многосторонней сделки, заключенной им с остальными партнерами при учреждении общества. Выход из общества имеет сходство с выходом из договора в гражданском праве. И в этом случае гражданское право указывает на компенсацию натурой выбывающему из договора партнеру, не исключая при этом и его денежной компенсации¹⁰.

IV. О компенсации выходящего из общества партнера

Как уже отмечалось выше, грузинское предпринимательское право не регулирует вопросы выхода партнера из ООО. Однако, по соглашению партнеров (уставом общества), можно подробно описать связанные с выходом детали.

Выход партнера из ООО связан, в основном, с выплатой выбывающему партнеру соответствующей компенсации, которая обобщенно должна соответствовать стоимости его доли. Компенсация может быть выплачена как в виде денежных средств, так и натурой, т.е. материальным имуществом. Компенсация осуществима в двух формах: непосредственной передачей материального имущества или денежных средств, либо возвратом взноса на основании сокращения уставного капитала общества.

В грузинской предпринимательской практике более распространены случаи, когда выбывающие партнеры требуют возвращения внесенного в уставный капитал в качестве взноса имущества, в том числе, и денежных средств. Для общества более безболезненно, когда выбывающий партнер требует возвращения денежных средств. Более проблематичным вопрос становится, когда выбывающий партнер требует компенсации натурой, т.е. в виде материального имущества. Компенсация натурой может поставить под угрозу существование общества. Особенно, в том случае, если передаваемое натурой имущество является единственным или важным для общества имуществом.

Грузинская судебная практика делает акцент в случае выхода из ООО партнера на создаваемую обществу опасность. Верховный суд Грузии разделил мотивацию Апелляционного суда, отказав своим решением выбывающему из общества партнеру в компенсации доли. Суд посчитал, что выплатой компенсации была бы создана угроза уставному капиталу общества и целиком имуществу общества¹¹. Верховный суд Грузии

⁵ Роин Мигриаули, «Правовые аспекты банкротства ООО. Сопоставительный анализ с немецким правом неплатежеспособности», первое издание, Тбилиси, 2004г., С. 38.

⁶ Ср. Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, «Комментарий к Закону Грузии о предпринимателях», 3-е, обработанное издание, ст. 146, С. 280.

⁷ Ср. Закон Грузии о предпринимателях, ст. 46.4.

⁸ Ср. Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, «Комментарий к Закону Грузии о предпринимателях», 3-е, обработанное издание, ст. 146, С. 280.

⁹ Ср. Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, «Комментарий к Закону Грузии о предпринимателях», 3-е, обработанное издание, ст. 146, С. 281.

¹⁰ Гражданский Кодекс Грузии, ст. 352.1 и 352.2.

¹¹ Ср. Определение Верховного суда Грузии от 06.03.2001 по делу №3н/336-02, Определение Палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам банкротства Верховного суда Грузии от 2002 по делу №5, С. 821-824.

противопоставил друг другу, с одной стороны, исходя из ст. 46 Закона Грузии о предпринимателях, права партнеров ООО, а с другой стороны, интересы общества. Противопоставив эти интересы, суд принял правильное решение, отказав выбывающему партнеру в пользу ООО в удовлетворении требования и указав, что партнер должен удовлетворить свое требование продажей доли.

Для предотвращения угрозы существования общества партнеры часто договариваются о таких уставных правилах, которые до минимума сокращают данную угрозу. На практике самым распространенным ограничением для компенсации является принятие решения партнеров. Решение партнеров принимается на собрании партнеров. Такое ограничение становится более действенным, если для принятия решения партнеров будет введена высокая квота (2/3, 3/4 или 100%).

Определенное ограничение имеет место и в том случае, если выплата компенсации выбывающему партнеру будет связана с возвращением взноса, поскольку возвращение взноса допускается лишь путем сокращения уставного капитала общества. А процедуры сокращения уставного капитала требуют определенного времени, связанного также с опубликованием в прессе.

Следующее ограничение для выбывающего партнера состоит в назначении того срока, в пределах которого партнер не имеет права требовать выход из общества. Для выхода партнера из общества Уставом может быть определен конец хозяйственного года. Это означает, что партнер не сможет потребовать выхода из общества и компенсации доли до окончания хозяйственного года. Такой срок дает обществу возможность определенной «передышки». Партнер имеет возможность сам пользоваться до конца хозяйственного года передаваемым ему в будущем имуществом.

Уставом партнеры могут договориться и о таком ограничении, которое свяжет компенсацию доли выбывающему партнеру с истечением определенного срока. В частности, выбывающий партнер получит деньги или имущество не при выходе из общества, а, допустим, спустя 6 месяцев после выхода. И этот срок очень важен для общества, которое в течение определенного времени сохранит ликвидные средства или же вовлечет в экономическую деятельность и использует в будущем передаваемое партнеру имущество.

Как уже говорилось выше, **величина выплачиваемой выбывающему партнеру компенсации** общенно должна соответствовать стоимости его доли. Однако, в таком случае, допустимо и другое соглашение между партнерами.

Для вычисления стоимости компенсации можно использовать самый различный метод оценки. Более

распространенной формой компенсации является оценка рыночной стоимости доли. Для этого обращаются даже к независимым экспертам (например, к аудиту). Оценка доли возможна и его балансовой стоимостью. В таком случае исходной точкой являются балансовые показатели предыдущего года. К тому же, при оценке доли балансовой стоимостью следует учитывать существующие обязанности общества - имущественное положение общества, выплаченные и все еще подлежащие выплате дивиденды и т.д.

V. О процедуре выхода партнера из общества

Отдельно следует также выделить **процедуру выхода из общества**. В частности, какие действия должны быть осуществлены для того, чтобы партнер смог бы окончательно выйти из общества. Такие действия не предписаны законом, хотя партнеры могут отдельным документом договориться о порядке выхода. Данный документ, в основном, может быть Уставом общества.

Для выхода партнера из общества, в первую очередь, следует установить, достаточно ли для выхода, например, волеизъявление партнера перед обществом, либо он должен обратиться с заявлением непосредственно в регистрирующий орган. Кроме этого, с процедурной точки зрения интересно, какие документы должны быть представлены в орган Предпринимательского Реестра, для того, чтобы он вычеркнул из Реестра выбывшего партнера.

В грузинской юридической литературе высказано мнение о том, что выход партнера должен быть осуществлен волеизъявлением перед обществом и что это связано с подачей заявления о выходе¹². Спорным является случай, когда выбывающий партнер обращается с заявлением непосредственно в регистрирующий орган. Грузинская судебная практика считает и такое действие действительным со стороны партнера, а регистрирующий орган (суд) – уполномоченным лицом¹³. В то время, когда суд в Грузии исполнял функции Предпринимательского Реестра, возможно и не стало бы спорным обращение в суд, и такие действия выбывающего партнера могли быть признаны действительными. Тем более, что суд был вправе применить свои полномочия (т.е. вытекающие из судебной власти полномочия), пригласив остальных партнеров, директора общества для детального исследования фактических обстоятельств дела, и осуществить другие, необходимые для сути дела действия и принять

¹² См. в этом контексте Ладо Чантурия, Тедо Нинидзе, «Комментарий к Закону Грузии о предпринимателях», 3-е, обработанное издание, ст. 146, С. 281.

¹³ См. Определение Верховного суда Грузии от 09.06.2001 по делу №ас/565-533-2011.

решение об изъятии из Реестра выбывающего партнера. Сегодня, когда Предпринимательский Реестр ведется административным органом (**Национальное Агентство Публичного Реестра**), естественно, что он лишен возможности по собственной инициативе начать исследование фактических обстоятельств. Поэтому сегодня непосредственное обращение выбывающего партнера в Публичный Реестр вызвало бы обнаружение пробелов в его заявлении и отказ в удовлетворении заявления. Таким образом, оправдано высказанное в юридической литературе мнение, что воля выхода из общества должна быть изъявлена перед самим обществом. Само собой разумеется, что общество является тем единственным субъектом, который должен принять эту волю выхода выбывающего партнера. В данных отношениях третьи лица исключены, поскольку выбывающий партнер не предлагал им приобретения своей доли.

Обращение выбывающего партнера с заявлением в общество является всего лишь его первым шагом. Это – его одностороннее волеизъявление. Уставом может быть детально урегулировано, конкретно какой орган общества будет принимать эту волю. Это может быть как директор общества, так и Совет директоров, если такие органы созданы.

Следующей процедурой в процессе выхода партнера является рассмотрение обществом его заявления. Данное заявление обязательно должно быть рассмотрено на собрании партнеров, поскольку при выходе из общества партнера следует решить вопрос не только компенсации, но и перераспределения его доли между остальными партнерами. Поэтому не исключено, чтобы выбывающий партнер изъявил бы свою волю и на самом собрании партнеров, требуя внесение данного вопроса в распорядок дня.

Созыв собрания может стать необязательным, если Уставом общества четко определены детали компенсации выбывающего партнера (формы компенсации, величина компенсационной суммы, сроки оплаты и т.д.), а также вопросы перераспределения доли выбывающего партнера между оставшимися партнерами. В таком случае налаживание деталей является уже компетенцией руководства общества.

Процедура выхода партнера завершается решением органа Предпринимательского Реестра об изъятии выбывающего партнера из Предпринимательского Реестра. Обращаться в реестр с заявлением может как выбывающий партнер, так и директор общества или другой партнер. Заявление должно содержать требование выбывшего из общества партнера об изъятии его из реестра и о перераспределении его доли между оставшимися партнерами. Если Уставом общества предписаны пропорции перераспределения доли, то в заявлении следует указать на соответствующую статью Устава. Если же Устав предусматривает

отличающийся от пропорционального перераспределения порядок, то в регистрирующий орган необходимо представить протокол собрания партнеров. В регистрирующее ведомство следует также представить нотариально заверенное заявление партнера. На основании представленных документов регистрирующий орган, с одной стороны, вносит поправки в состав партнеров, вычеркнув выбывшего партнера из реестра, меняя, с другой стороны, долевые показатели оставшихся партнеров, перераспределив долю выбывшего из общества партнера в соответствии с Уставом или представленным протоколом собрания.

VI. Вместо заключения

Выход партнера из капитальных обществ, в том числе, из ООО, следует рассматривать в качестве отдельного института, ибо он содержит много нюансов урегулирования. Поэтому данный институт права должен найти свое легальное отображение и в законодательстве. Законодатель ведь для того и призван, чтобы дать определенные направления созревшим на практике правоотношениям.

Анализ судебной практики по некоторым предпринимательским спорам

С целью совершенствования регулирования предпринимательских отношений более 10 лет назад в Грузии был задействован закон «О предпринимателях». После 1995 года в этот закон был внесен целый ряд поправок и дополнений. В грузинской судебной практике с целью правильного толкования сформировалось единое рассмотрение некоторых норм данного закона. Поэтому в предложенной статье считаем целесообразным предложить анализ применения некоторых норм закона «О предпринимателях» в судебной практике Грузии.

I. О связи требования предпринимателя со сроком давности

Предприниматель как субъект частного права в случае нарушения присужденных ему законом «О предпринимателях» прав имеет право обратиться в суд и потребовать посредством суда принудительной защиты и восстановления права. Но в данном случае его возможность обращения в суд ограничена сроками давности иска, и по истечении срока давности он утрачивает возможность защиты своих нарушенных прав посредством суда. Статья 15-ая закона Грузии «О предпринимателях» специально определяет сроки давности предпринимательских споров. В части 1 этой статьи отмечается, что общий срок срока давности составляет 5 лет, который отсчитывается со дня их возникновения, если закон не устанавливает что-либо иное. Определенный указанной нормой срок в юридической литературе называется общим сроком.²

В пункте 2 этой же статьи о сроке давности специально указывается, что недопустимо обжалование решений без соответствующего протокола собрания партнеров, а также наблюдательного совета по прошествии 2 месяцев, кроме того случая, когда собрание (заседание) было созвано или проведено с грубым нарушением закона или норм устава. В этом случае срок давности обжалования один год.

В юридической литературе и судебной практике существуют разные мнения в связи с этим. Вопрос состоит в том, какие сроки давности следует применять, если одна из сторон спора является субъектом

предпринимательства - установленные Гражданским кодексом Грузии или законом Грузии «О предпринимателях»? В связи с этим по одному из дел Апелляционный суд разъяснил, что некоторые споры, которые касаются распоряжения имуществом предпринимательского общества, не имеют предпринимательско-производственного характера, и ввиду этого должны применяться установленные Гражданским кодексом общие сроки давности, а не определенные законом «О предпринимателях» сроки. По данному делу предмет спора представлял возврат суммы, полученной сотрудником предпринимательского общества из общественной кассы на приобретение нужного обществу инвентаря. Суд в связи с этим делом счел, что получение суммы из общественной кассы на приобретение разных предметов для нужд предприятия, если это осуществляется по соглашению с обществом, есть отношение договорного поручительства, где стороны имеют соответствующие права и обязанности, в том числе, получатель суммы имеет обязательство. Вопрос о сроке давности требования, связанного с невыполнением взятого договорного обязательства должен решаться не законом «О предпринимателях», а на основании части 2 статьи 129-ой Гражданского кодекса, с применением 3-летнего договорного срока давности.³

По одному из дел истец потребовал возместить тот вред, который был причинен ему ввиду неправильного вывода из рядов акционеров. По мнению ответчика, истец должен был узнать о нарушении своих прав, в частности о том, что он больше не состоит в рядах акционеров, предположительно, с весны 2000 года. Таким образом, в данном случае спорным стал вопрос срока давности. Суд разъяснил, что срок давности - это срок, в течение которого лицо, чье право было нарушено, может требовать принудительного осуществления или защиты своего права. Истечение этого срока уничтожает возможность принудительного осуществления права. Начало срока давности соответствует тому дню, когда возникло право требования. Право требования возникает с того дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Если лицо по своей халатности, равнодушию не узнало о нарушении своего права, тогда истечение срока давности начнется с того момента, когда по обстоятельству дела должно было узнать о нарушении права. Суд указал, что закон Грузии «О предпринимателях» не определяет начало истечения срока и в этом случае применяется статья 130-ая Гражданского кодекса. Кассационный суд не разделил мнения, что истец должен был представить иск с того дня, когда предположительно узнал о нарушении своего права, и в установленный статьей 15.2 закона «О

¹ Доктор права, нотариус, ассоциированный профессор Университета Грузии.

² Ладло Чантурия, Тедо Нинидзе, Комментарий Закона Грузии о предпринимателях, 3-е изд., 2002, С. 204.

³ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП-44-38-2011, 28 февраля 2011 г.

предпринимателях» 2-месячный срок, так как было признано установленным, что истец узнал о нарушении права только после 4 июля 2003 года, а представил иск 9 октября 2003 года. Поскольку истец оспорил вопрос своего выхода из акционерного общества, то, по мнению суда, в этом случае должна быть применена статья 15.1 закона «О предпринимателях», по которой срок давности претензий составляет 5 лет со дня их возникновения, ликвидации общества или выхода партнера, если закон не устанавливает что-либо иное. В результате оценки фактических обстоятельств дела суд счел, что иск представлен в установленный статьей 15.1 того же закона 5-летний срок, ввиду чего срок давности искового заявления не был признан истекшим.⁴

Пункт 2 ст. 15-ой закона «О предпринимателях» устанавливает двухмесячный срок обжалования решения собрания партнеров, но если решение такого собрания касается исключения партнера, тогда, по мнению Кассационной палаты, в данном случае должна быть применена статья 15.1 закона «О предпринимателях», так как указанный в статье 15.2 этого же закона двухмесячный срок обжалования решения собрания партнеров касается обычной деятельности общества, а при обжаловании решения по такому вопросу, как исключение партнера из общества, должен быть применен не 2-х месячный, а 5-летний срок обжалования.⁵

II. О порядке выдачи дивидендов предприятия

Одно из важнейших прав партнера предпринимательского общества – это возможность требования получения доли из дивидендов общества. На практике часты споры, когда партнер оспаривает размер полученного дивиденда или требует от общества распределения соответствующего его доле дивиденда. Партнеры одного из обществ с ограниченной ответственностью В.С. и Э.К. возбудили иск в суде против ответчика Г.Х., директора этого общества, и потребовали возместить ущерб в виде выплаты суммы из присвоенного директором дивиденда. Апелляционный суд счел установленным по данному делу, что, согласно вступившему в законную силу приговору по уголовному делу, директор общества с ограниченной ответственностью на основании устного соглашения с генеральным директором В.К. фактически управлял деятельностью общества. Поступающие в кассу средства скапливались у него, Г.Х. сам отдавал распоряжения бухгалтеру о размере средств, выдаваемых

учредителям в виде дивидендов. Пользуясь служебным положением, он вознамерился присвоить мобилизованные в обществе средства. Г.Х. посредством вышеуказанного деяния и, используя служебное положение, неоднократно присваивал находящиеся в его распоряжении чужие движимые вещи в размере 123350.90 лари, что вызвало значительный ущерб. Апелляционный суд указал, что, хотя приговором был установлен факт присвоения Г.Х. чужой движимой вещи, находящейся в его распоряжении, с использованием своего служебного положения, следствием не был установлен факт, что присвоенные ответчиком средства составляли сумму, которая предназначалась для выдачи В.С. и Э.К. в виде дивидендов в соответствии с установленным законом Грузии «О предпринимателях» порядком. Правда, Г.Х. указывал в кассовых расходных ордерах, что эти средства предназначались для выдачи В.С. и Э.К. в виде дивидендов, но, по мнению суда, с учетом статьи 106-ой Гражданско-процессуального кодекса указанное не следовало рассматривать как факт преюдициального значения. По указанию Апелляционного суда, согласно статье 8-ой закона Грузии «О предпринимателях», в обществе с ограниченной ответственностью и акционерном обществе распределение в виде дивидендов годовой и промежуточной прибыли осуществляется по решению собрания партнеров. Согласно статье 47-ой этого же закона, партнеры предприятия осуществляют управленческие полномочия посредством общего собрания партнеров, если уставом не установлено что-либо иное. Апелляционный суд отметил, что, исходя из целей предпринимательской деятельности, закон Грузии «О предпринимателях» однозначно устанавливает порядок распределения в виде дивидендов годовой и промежуточной прибыли по решению собрания партнеров. Апелляционный суд заострил внимание на том обстоятельстве, что партнер имеет право требовать дивиденды только в том случае, если к спорному периоду распределение прибыли в обществе осуществилось путем выдачи дивидендов. Исходя из этого, процесс выдачи дивидендов представляет собой не обычный процесс деятельности предприятия, а особый случай, который осуществляется с соблюдением соответствующей процедуры. Основанием для выдачи дивидендов может быть прибыль предприятия и решение собрания партнеров о выдаче дивидендов партнерам. Апелляционный суд применил часть 1 статьи 106-ой Гражданско-процессуального кодекса и указал, что каждая из сторон должна доказать обстоятельства, на которых она основывает свои требования. Апелляционный суд указывает, что истцы не представили суду каких-либо доказательств, подтверждающих, что в спорный период в обществе с ограниченной ответственностью была осуществлена выдача дивидендов. Факты об указанном не были установленные.

⁴ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП-616-579-2011, 18 июля 2011 г.

⁵ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП-777-1040-05, 7 марта 2006 г.

ны и решением по уголовному делу. Истцы пытались доказать, что, согласно вошедшему в законную силу приговору Коллегии по уголовным делам Тбилисского городского суда от 30 ноября 2009 года, установленный размер ущерба 123350.94 лари представлял именно размер распределенных на них дивидендов, хотя они не смогли представить доказательств, подтверждающих, что в 2001-2004 и 2004-2006 годах были проведены собрания партнеров, на которых были приняты решения о распределении дивидендов, что в обществе существовала прибыль и по решению собрания партнеров произошло распределение прибыли именно в виде дивидендов и что сумма дивидендов, подлежащая выдаче истцам, выраженная в лари, в указанный в приговоре период составляла 123350.94 лари. Апелляционный суд отметил, что Г.Х., воспользовавшись служебным положением, вознамерился присвоить мобилизованные в обществе средства, а не средства, распределенные решением собрания партнеров в виде дивидендов и принадлежащие истцам. Заслуживает внимание и то обстоятельство, что Г.Х. самолично отдавал распоряжения бухгалтеру о размере средств, выдаваемых в виде дивидендов учредителям, что означает, что размер присвоенной им суммы зависел не от решения собрания партнеров о распределении дивидендов и доли (17,5% и 7,5%) истцов как партнеров в обществе, а от мобилизованных в обществе средств, что, согласно личным взглядам Г.Х., могло быть больше или меньше. Таким образом, Апелляционный суд счел, что вынесенному по уголовному делу приговору в связи с фактом распределения дивидендов нельзя было присуждать преюдициального значения. Он, согласно статье 105-ой того же кодекса, должен быть оценен в совокупности с имеющимися в деле другими доказательствами. Истцы же не представили суду доказательства, подтверждающего, что в указанный в приговоре период выдача дивидендов в ООО произошла на основании решения собрания партнеров, ввиду чего суд счел иск безосновательным. Кассационная палата также сочла кассационную жалобу истцов недопустимой.⁶

III. О выделении доли натурой из имущества ООО

В Грузии сформировалась единая судебная практика в связи с такими спорами, когда партнер требует в соответствии с причитающейся ему долей выделить натурой из описанного в уставном капитале имущества предпринимательского общества. В данном случае партнер считает, что он, наряду с другими партнерами, имеет общее право на долю в уставном капитале общества и, в соответствии со статьей 963-ей Гра-

жданского кодекса, может потребовать выделить из общества его долю натурой. Но здесь же следует отметить, что для того, чтобы суд решил спор об общих правах на основании упорядочивающих их соответствующих норм Гражданского кодекса, он должен сперва учесть требование статьи 953-ей того же кодекса о том, что, если право принадлежит совместно нескольким лицам, тогда применяются правила этой главы, если из закона не следует что-либо иное. Исходя из содержания этой нормы, истец первоначально должен доказывать, что он, наряду с другими партнерами, имеет право общей собственности (общее право) на спорное имущество. Относительно этих общих прав нормы другой главы Гражданского кодекса или предусматриваемые другим законом нормы не предлагают другого, отличного от упорядочивающих общую собственность норм правового регулирования.

По одному из дел партнер Н.К. возбудил дело в суде против ООО «З» с требованием отмены общего права, выделения доли натурой и пресечения препятствия ввиду следующих обстоятельств: в 1998 году истец вместе с З.Б., Т.Б. и М.А. основал общество с ограниченной ответственностью ООО «З», деятельность которого заключалась в оказании дамских парикмахерских услуг. В 2011 году партнеры общества выкупили недвижимое имущество площадью в 66 кв.м., и доля каждого партнера-учредителя была определена в размере 25%. Апелляционная палата сочла установленным, что общество с ограниченной ответственностью «З-а» было учреждено и проведено в государственной регистрации 27 ноября 1998 года. Оно было учреждено четырьмя партнерами с равной 25% долей и равными правами соучредителей: З.Б. 25%, Н.К. 25%, М.А. 25% и Т.Б. 25%. При учреждении уставной капитал общества был определен в 2 000 (две тысячи) лари, который был осуществлен в виде неденежного взноса движимым имуществом (офисная мебель 700 лари, столы-кресла с зеркалами – 900 лари, холодильник «Орск» - 300 лари, телевизор «Рубин» -100лари). Спорное недвижимое имущество площадью в 66 кв.м. было зарегистрировано в Публичном реестре с правом собственности на имя ООО «З». Основанием для регистрации служил договор о купле от 2003 года. После учреждения долевое участие партнеров «З» изменилось. Ко времени возбуждения иска партнеров ООО «З» представляли со следующим долевым участием : З.Б. с 75% и Н.К. с 25%. Правомочным лицом на представительство общества и руководителем является З.Б. Спорное имущество не было приобретено партнерами с помощью собственных индивидуальных средств. Истец не имеет права собственности на спорное недвижимое имущество или его часть. С учетом установленных обстоятельств суд, руководствуясь статьями 183, 312 Гражданского кодекса, разъяснил, что апеллант не представил доказательства,

⁶ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП -1248-1268-2011, 12 октября 2011 г.

подтверждающего приобретение им как физическим лицом собственными средствами недвижимого имущества, а только тот факт, что при приобретении собственности обществом истец представлял партнера общества, не доказывает, что сам партнер является стороной сделки и у него непосредственно возникло право собственности на то имущество, которое было приобретено обществом на имя общества.

Апелляционная палата сочла, что в данном случае не может быть применена статья 963-я Гражданского кодекса, которая предусматривает порядок разделения общего права натурой, так как спорное недвижимое имущество – собственность ООО «З», а истец не представил доказательства, которое подтвердило бы его собственность на спорное имущество. Вместе с тем, по разъяснению суда, только тот факт, что истец является партнером с 25% долей, не подразумевает того, что он собственник одной четвертой доли всех тех предметов, которые числятся на имя общества. Исходя из принципа имущественного учредительства общества с ограниченной ответственностью как юридического лица, при учреждении общества право распоряжения осуществленного взноса после осуществления взноса, а также приобретенного обществом имущества имеет только общество. Становясь собственником имущества, этот последний, партнер имеет право собственности только на долю, а не право долевой собственности на то имущество, которое было передано обществу. Доля представляет собой нематериальное имущественное благо. Партнер владеет им, исходя из членства, что не подразумевает право собственности на общественное имущество с соответствующим долевым участием.⁷

IV. Об исключении партнера из общества

В связи со спорами о признании недействительным решения общего собрания общества предпринимателей об исключении партнера Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии разъяснила, что исключение партнера из общества допустимо только в особых случаях и оно должно основываться на невозможности осуществления совместной деятельности подлежащего исключению партнера с другими партнерами. Основанием для исключения партнера из общества может стать противозаконное и явно направленное против интересов общества деяние партнера. Иногда, когда партнер одновременно исполняет функцию директора этого общества, общее собрание общества указывает как основание для исключения такого партнера его неправильную деятельность как директора. В связи с указанным

Нассационный суд разъяснил, что неправильная деятельность партнера, осуществленная им как директором общества, сама по себе не свидетельствует о невыполнении им как партнером своих обязательств или, исходя из его действия, причинении вреда интересам общества в пределах правомочия партнера. Укрепляя ответственность руководителей общества, закон «О предпринимателях» в случае невыполнения собственных обязательств, исходя из деятельности директора, может стать основанием для возложения ответственности на директора, а не исключения его из рядов партнеров.⁸

В Грузии единая судебная практика сформировалась также по поводу порядка исключения партнера из общества предпринимателей и соблюдения процедур. По указанию суда первой инстанции по одному из дел, собрание партнеров ООО так обсудило и приняло решение об исключении партнера, что не все партнеры присутствовали на собрании. В данном случае суд счел обжалованный протокол собрания недействительным на том основании, что согласно закону «О предпринимателях» все решения, значения которых выходят за рамки обычной деятельности общества, требуют решения собрания, проведенного с участием всех партнеров, что в данном случае не было соблюдено: на собрании присутствовали партнеры, владеющие только 75% уставного капитала, в том числе и партнер, подлежащий исключению, а четвертый, владеющий 25%, на заседании не присутствовал. Таким образом, Городской суд счел, что налицо было как фактическое, так и правовое основание признания недействительным протокола обжалуемого собрания, ввиду чего требование в этой части должно было быть удовлетворено.

Апелляционный суд разделил указание суда первой инстанции о том, что протокол собрания партнеров не был принят с соблюдением требования закона. Апелляционный суд указал на статью 9¹ закона «О предпринимателях», согласно которой все решения, значения которых выходят за рамки обычной деятельности общества, требуют решения собрания, проведенного с участием всех партнеров. Согласно статье 4.4 устава ООО «С», на собрании решение принимается большинством голосов, кроме тех вопросов, которые требуют единогласного решения. В данном случае собрание партнеров ООО «С» решило вопрос об исключении партнера из общества, который явно выходил за рамки обычной деятельности общества и, соответственно, требовал принятия большинством голосов на собрании партнеров, проведенного с участием всех партнеров.

Общее собрание общества часто указывает на такое основание исключения партнера из общества

⁷ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП1234-1254-2011, 17 октября 2011 г.

⁸ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело 556-939-06, 13 марта 2007 г.

предпринимателей, как существующие между партнерами разногласия или серьезные противоречия. В связи с упомянутым основанием исключения партнера Кассационная палата отметила, что указанное обстоятельство само по себе не является положительным явлением, и возможно, отрицательно скажется на деятельности общества, но тем не менее оно не может стать основанием для исключения партнера, так как подобное обстоятельство не исключает возможности партнера участвовать в управлении обществом. В таком случае партнер может осуществить свое правомочие посредством представителя.⁹

V. О праве партнера на получение документов общества

14 сентября 2010 года акционер одного из акционерных обществ обратился к директору этого общества с письмом и потребовал разрешения ознакомиться с отражающей финансовую деятельность общества документацией, на что получил отказ. Ввиду этого акционер возбудил иск в суде против ответчика – акционерного общества и потребовал передачи копий документов, существующих в обществе со дня основания акционерного общества до дня подачи иска - 16 июня 2010 года. Апелляционный суд в связи с требованием истца указал, что, согласно пункту 10 статьи 3-ей закона Грузии «О предпринимателях», каждый партнер имеет право на получение копий годового отчета и всех публикаций общества. Кроме этого, акционер правомочен проверить правильность годового отчета и с этой целью ознакомиться с документацией общества непосредственно сам или посредством аудитора и потребовать от органов предприятия разъяснений после представления годового отчета, но если до утверждения этого отчета окажется, что в отчете существенная ошибка, то затраты на проверку отчета возлагаются на предприятие. Права контроля и проверки могут быть ограничены только этим законом, а расширение прав возможно уставом. Исходя из содержания указанной нормы, каждый партнер, несмотря на размер доли и его положение в обществе, имеет: а. право получения копии годового отчета и всех публикаций общества; б. право проверки правильности годового отчета; в. право проверки бухгалтерских книг общества непосредственно или посредством аудитора с целью проверки правильности годового отчета; г.

право требования разъяснений от органов общества после представления годового отчета до его утверждения. Апелляционный суд разъяснил, что вышеуказанные права, с точки зрения защиты прав партнеров, являются одной из важнейших гарантий. Вместе с тем следует учесть то обстоятельство, что

ограничение указанных прав возможно лишь в случаях, прямо предусмотренных законом Грузии «О предпринимателях», а расширение прав возможно и по уставу общества. В рассматриваемом случае апелляция требовала от противной стороны передачи копий документов о размере уставного капитала общества и подтверждающей его пополнение документации за период со дня основания общества до возбуждения иска, перечня имущества (заключения аудитора); балансов предприятия; деклараций прибыли-ущерба предприятия (со своими приложениями); ежегодных деклараций налогов с имущества предприятия; решений в связи с отчуждением входящих в уставной капитал активов, принятых советом наблюдателей и/или собранием акционеров; актов ревизии ежегодной проверки предприятия; документов, отражающих движение денежных средств на банковских счетах предприятия; документации, отражающей кассовые операции. Апелляционный суд не разделял мнение суда первой инстанции о том, что установленный пунктом 10 статьи 3-ей закона Грузии «О предпринимателях» права партнеров ограничены статьей 53-ей этого же закона, которая является специальной нормой, регулирующей права и обязанности акционеров. По указанию Апелляционного суда, согласно пункту 3² статьи 53-ей закона «О предпринимателях», акционеры, владеющие 5% акций, имеют право требовать специальную проверку хозяйственных действий или всего годового баланса, если они считают, что имеют место нарушения. По оценке Апелляционного суда, специальная проверка хозяйственных действий и всего годового баланса не исключает и, более того, включает в себя вышеуказанные права партнеров, определяемых пунктом 10 статьи 3-ей закона «О предпринимателях». Апелляционный суд обратил внимание на то обстоятельство, что законодатель увязал возникновение указанных прав в акционерном обществе с объемом доли партнеров (акционеров), в частности, право требования специальной проверки хозяйственных действий и всего годового баланса присуждается только акционерам, владеющим 5% акций. В данном случае было установлено, что истец владел 13,16% акций ООО, соответственно Апелляционный суд счел, что это ограничение, установленное пунктом 3² статьи 53-ей закона Грузии «О предпринимателях», не могло быть распространено на его права. Апелляционный суд не разделял соображение противной стороны о том, что партнеры общества могут ознакомиться с документацией общества только на месте, но не имеют права снимать с них копии. По разъяснению суда, в конкретном случае под ознакомлением с документацией законодатель подразумевает как ознакомление с документацией на месте, так и снятие с неё копий. Таким образом, партнер правомочен с целью ознакомления с информацией о деятельности общества

⁹ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело 556-939-06, 13 марта 2007 г.

потребовать как ознакомление с ней, так и передачу копий. Апелляционный суд в связи с этим делом отметил, что вместе с общим распоряжением о получении информации и контроле партнером статья 53-я закона Грузии «О предпринимателях» устанавливает специальные нормы в связи с правом получения информации акционером в акционерном обществе. Согласно пункту 3² этой статьи, акционеры, владеющие 5% акций, имеют право потребовать специальную проверку хозяйственных действий или всего годового баланса, если они считают, что нарушения имеют место. По пункту 3⁵ этой же статьи, акционеры, владеющие 5% акций, правомочны требовать от соответствующего управленческого органа копий заключенных от имени общества сделок и/или информацию о предстоящих сделках. Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии разделила данные Апелляционным судом разъяснения.¹⁰

VI. Об обязательном соблюдении партнером нотариальной формы при уступке доли

Согласно пункту 2 статьи 43 закона «О предпринимателях», уступка доли партнером требует заверенного в нотариальном порядке письменного договора. Указанная норма императивно устанавливает форму договора об отчуждении партнером своей доли. На практике часто уступка доли одним партнером другому партнеру происходит без соблюдения определенной законом формы уступки доли, ввиду чего впоследствии истец посредством суда требует обязать ответчика переоформить долю. В связи с этим хочу предложить как пример одно из дел. Р.Г. 27 января 2006 года обратился с иском в Зестафонский районный суд против ответчика, партнера ООО «Б...» Т.К. и потребовал обязать последнего переоформить принадлежащую ему в ООО «Б» долю 5,896%. По разъяснению истца, в 1993 году определенная группа граждан на основании устного соглашения путем приватизации приобрела зестафонский рынок. Договор был оформлен только на имя Т.К. Впоследствии было создано ООО «Б» и доли в нем были распределены между 6 партнерами, а два лица, купившие рынок, не были учтены как партнеры. Один из партнеров ООО «Б» имел долю истца, поэтому он предложил истцу получать 4,166% из принадлежащей ему доли. Истец согласился и с 1997 по март 2003 года получал из принадлежащей ответчику доли 4,166% прибыли в виде дивидендов. По разъяснению истца, он неоднократно просил ответчика переоформить долю, но тот воздерживался, а затем вообще прекратил выдавать дивиденд. По решению Зестафонского районного суда от 14 апреля 2006 года в дело как ответчик был включен директор ООО «Б»

Т.Э., который признал иск, а Т.К. не признал иска ввиду его обоснованности.

Решением Зестафонского районного суда от 30 мая 2006 года иск Р.Г. был удовлетворен, а Т.К. было вменено в обязанность переоформить в установленном порядке Р.Г. отчужденную на имя Р.Г. фактически 4,166% доли и из возникших затрат истца, предусмотренных на строительство, 1,73% доли. Суд также поручил директору ООО «Б» Т.Э., чтобы Т.К. переоформил 5,896% доли на Р.Г., внести изменения в устав и зарегистрироваться в Предпринимательском реестре.

Т.К. в апелляционном порядке обжаловал решение районного суда от 30 мая 2006 года и потребовал отмены обжалованного решения, отказавшись от удовлетворения иска.

Решением Палаты по гражданским делам Кутаисского Апелляционного суда от 4 декабря 2006 года апелляционная жалоба Т.К. была удовлетворена. Решение Зестафонского районного суда от 30 мая 2006 года было отменено, и согласно новому решению иск Р.Г. не был удовлетворен.

Апелляционный суд разъяснил, что для возникновения обязательства уступки доли обязательно должен существовать заверенный в нотариальном порядке договор, что в данном случае отсутствует, соответственно, даже в том случае, если бы подтвердилась устная сделка, заключенная между сторонами об уступке доли в предприятии, она бесспорно была бы недействительной и не могла присвоить искомой стороне право требования доли в предприятии.

Данное в решении Апелляционного суда обоснование разделила и Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии.¹¹

VII. О подсудности предпринимательских споров

Рассмотрение предпринимательских споров осуществляется в основном гражданским правопроектированием, но если предмет спора - это регистрация учреждения предпринимательского общества или прекращение его деятельности и одной из сторон спорных отношений является Реестр предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц Публичного реестра, то для решения такого спора первоначально следует выяснить, какой суд (Коллегия по гражданским делам или Коллегия по административным делам) должен рассматривать данный спор, т.е. какому суду подсудно данное дело.

По одному из дел ООО «А» обратилось с иском в Коллегию по гражданским делам Тбилисского городского суда против ответчика - Реестра предприни-

¹⁰ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП 729-787-2011, 13 июня 2011 г.

¹¹ Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело АП-225-559-07, 20 июня 2007 г.

матерских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц Публичного реестра и потребовало зарегистрировать ликвидацию ООО «А» и, в качестве следствия, изъять общество из Предпринимательского реестра. Суды первой и апелляционной инстанций рассмотрели данный спор в установленном Гражданско-процессуальном кодекском порядке. Кассационный суд же счел, что указанный спор следует передать на рассмотрение суду по рассмотрению административно-правовых споров. Кассационный суд обосновал свое решение тем, что осуществление регистрации предпринимательских юридических лиц, согласно пункту 2 статьи 4-ой закона «О предпринимателях», входит в компетенцию Реестра предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц ЮЛПП «Национального агентства публичного реестра». Со своей стороны, ЮЛПП «Национальное агентство публичного реестра» - орган, который установлен законом Грузии «О публичном реестре» и действует в сфере управления Министерства юстиции, осуществляя публично-правовые полномочия регистрации.

На основании пункта 7 статьи 4 закона «О предпринимателях» условия производства Реестра предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц и и формы выписки их из Реестра определяются «Инструкцией о регистрации предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц», утвержденной приказом министра юстиции Грузии. Согласно указанному нормативному акту, цель «Инструкции о регистрации предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц» - установление правовых и процедурных вопросов регистрационного производства и выдачи агентством информации и регистрационной документации, установление содержания, форм и технических условий документов, содержащих публичную информацию и другие данные; регулирование административных производств и выдача информации с использованием автоматических средств управления. 24 июня 2011 года в закон «О предпринимателях» вошла поправка, в соответствии с которой регистрация в предпринимательском реестре субъектов предпринимательства осуществляется на основании административно-правовых норм. Согласно осуществленным поправкам, по пункту 1 статьи 14² закона «О предпринимателях», решение регистрирующего органа о регистрации считается административно-правовым актом и была установлена возможность её отмены в установленном грузинским законодательством для отмены административно-правового акта порядке, кроме случая, предусмотренного пунктом 4 указанной статьи. Пункт 4 определяет процедуру, когда отмена противоправного решения регистрирующего органа приводит к прекращению

регистрации зарегистрированного предпринимателя так, что у него не остается право наследника. В данном случае регистрирующий орган издает административно правовой акт для установления недостатка регистрации и устанавливает срок предпринимателю для исправления положения. Вышеуказанная поправка явствует, что в предпринимательском реестре регистрация не может быть осуществлена в установленном гражданским законодательством порядке и, соответственно, вышеупомянутый спор не может быть решен на основании гражданско-правовых норм.¹²

¹² Определение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии, дело 224-210-2011, 6 октября 2011 г.

Содержание права собственности на акции по прецедентному праву Конституционного суда Грузии

I. Введение

В Конституционный суд Грузии поступило пять независимых исков², целью которых было установление конституционности обязательного выкупа акций, которые Конституционный суд позже объединил в одно дело и по которому 18 мая 2007 года вынес окончательное решение. В практике Конституционного суда это одно из фундаментальных решений, касающихся права собственности. 11 июля 2007 года Парламент Грузии восстановил этот институт, позднее, 14 марта 2008 года, в соответствующую статью были внесены редакционные поправки и она получила свой окончательный вид. Важно, насколько законодатель учёл те недостатки, ввиду которых норма была объявлена неконституционной, и не имеет ли место лишь т.н. «преодоление решения Конституционного суда». Предстоящая статья - попытка дать ответ именно на этот вопрос.

II. Первоначальное содержание обязательного выкупа и решение Конституционного суда

24 мая 2005 года в закон Грузии «О предпринимателях» была внесена поправка,³ согласно которой акционеру, который имеет в собственности бо-

лее 95% акций акционерного общества, дается право выкупа акций других акционеров, независимо от их желания. Выкуп осуществляется по справедливой цене. Акционеры, которые владеют менее 5% акций, называются миноритарными акционерами, а тот, кто владеет 95% акций, именуется мажоритарным акционером. Вместе с тем, это количество акций должно находиться в руках одного акционера. Недопустимо применение этой статьи группой акционеров, тогда как миноритарных акционеров может быть несколько.

1. Право собственности на акции и основание для ограничения права

Для того, чтобы Конституционный суд мог рассуждать о конституционности нормы, необходимо было выяснить *prima facie*, представляла ли акция «собственность» в смысле ст. 21 Конституции.⁴ Суд решил этот вопрос положительно и заявил, что акция имеет довольно специфическую природу. [...] Акция – это документ, который выражает долевую собственность собственника в имуществе акционерного общества и подтверждает существование права на долю. [...] Собственность на акцию материализуется в случае распоряжения акцией, а также при ликвидации общества, так как дает возможность акционеру получить имущество ликвидированного акционерного общества в соответствии со своей долей. Кроме этого, акция дает её собственнику право на получение доли из прибыли предприятия, хотя бы в том случае, когда дело касается дивидендов. Это правовой документ,

¹ Лектор Государственного Университета Ильи, член Ассоциации юристов Грузии.

² I. 16 марта 2006 года в Конституционный суд Грузии с конституционным иском (регистрационный № 370) обратились граждане Грузии Д. Мтварелишвили, Э. Перадзе, Н. Калаңдадзе, И. Нацвлишвили и З. Натрошвили, акционеры акционерного общества «Теленети».

II. 25 апреля 2006 года граждан Грузии З. Элашвили обратился в Конституционный суд с конституционным иском (регистрационный № 382). Истец – акционер акционерного общества «Давид Сараджишвили и Энисели».

III. 1 июня 2006 года в Конституционный суд с конституционным иском (регистрационный № 390) обратились граждане Грузии С. Машиа и Р. Гогиа, миноритарные акционеры акционерного общества «Экран».

IV. 15 августа 2006 года в Конституционный суд обратился гражданин Грузии А. Мандзулашвили с конституционным иском (регистрационный № 402). Истец – акционер акционерного общества «Каспицементи».

V. 18 августа 2006 года в Конституционный суд Грузии с конституционным иском (регистрационный № 405) обратился Народный защитник Грузии.

³ Сравни ст. 533 закона Грузии «О предпринимателях» (редакция от 24 мая 2005 года).

⁴ 1. Собственность и право наследования признаются и обеспечиваются. Недопустима отмена права на собственность, её приобретение, отчуждение и получение в наследство.

2. Для необходимых общественных нужд допускается ограничение этих прав в установленных законом случаях и в установленном порядке.

3. Лишение собственности для необходимых общественных нужд допускается в прямо предусмотренных законом случаях, по решению суда или при возникновении неотложной необходимости, установленной органическим законом, и только при соответствующем вознаграждении. http://www.parliament.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=69&kan_det=det&kan_id=23.

Статья 21 (15.10.2010. № 3710, действует с 1 января 2011 года)

1. Собственность и право наследования признаются и гарантируются. Запрещается отмена всеобщего права на приобретение, отчуждение или наследование собственности. 2. В определенных законом случаях и в установленном порядке для необходимых общественных нужд допускается ограничение указанных в пункте первом прав таким образом, чтобы не была нарушена суть права собственности.

3. Лишение собственности для необходимых общественных нужд допускается в предусмотренных законом случаях, по решению суда или установленной органическим законом неотложной необходимости при условии предварительного, полного и справедливого вознаграждения. Вознаграждение освобождается от всякого вида налогов и пошлин. http://www.parliament.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=69&kan_det=det&kan_id=4430.

подтверждающий имущественные права и позиции акционера, которые представляют собой защищенное статьей 21-ой Конституции благо⁵.

После того как Конституционный суд включил акции в защищенную правом собственности сферу, он проверяет, насколько ограничение этого права формально соответствует установленным Конституцией стандартам. В статье 21 Конституции имеется два ограничения: ко времени вынесения решения судом в редакции действующей Конституции эти были экспроприация (лишение собственности государством) и ограничение права. В этом случае имеются ввиду ограничения права, основания которого прописаны в пункте 2 статьи 21 Конституции.

Согласно пункту 2 статьи 21 ограничение может быть осуществлено в установленных законом случаях и в установленном порядке. Случай обязательной продажи акций и в результате приобретения акций переход в собственность одного из акционеров более 95% акций, имеющих право голоса, что дает ему право выкупить акции других акционеров, урегулированы статьей 533 закона «О предпринимателях». Эта же статья упорядочивает порядок обязательной продажи акций миноритарными акционерами мажоритарным акционером⁶.

С учетом этого суд привел этот случай в соответствие с пунктом 2 статьи 21 Конституции, что означает, что налицо не экспроприация, а ограничение права собственности.

2. Необходимая общественная нужда

Согласно пункту 2 статьи 21 Конституции ограничение права собственности должно происходить в случае «необходимых общественных нужд». Именно поэтому Конституционный суд попытался выяснить в данном споре, (1) что значит необходимая общественная нужда, и (2) в условиях существующей регуляции происходило ли лишение собственности (обязательная продажа акций) в целях необходимой общественной нужды.

Говоря о необходимой общественной нужде, Конституционный суд, в первую очередь, подчеркнул относительность этого понятия и отметил, что это [...] не постоянное и универсальное, подходящее любому обществу понятие. Оно изменчиво во времени и пространстве с учётом политических, экономических и социальных данностей. Исходя из этого, то, что может считаться в одном обществе «необходимой об-

щественной нуждой», возможно, в другом обществе не будет считаться таковым. Кроме того, то, что к данному моменту понимается как «необходимая общественная нужда», может не будет таковым в будущем или наоборот – сегодняшняя цель, которой невозможно присвоить качество «необходимой общественной нужды», в будущем может получить такую нагрузку. При определении «необходимой общественной нужды» большое значение имеет то, что является объектом права собственности, какова его природа и социальная нагрузка. С этой точки зрения те обстоятельства, которые представляют «необходимую общественную нужду» относительно одного объекта собственности, могут не представлять такую нужду относительно другого объекта.⁷ В каждом конкретном случае содержание «необходимой общественной нужды» определяет законодатель. Деяние во имя «необходимой общественной нужды» не означает, что оно направлено на избежание определенных и обязательно отрицательных результатов для общества. Законодатель во имя «необходимой общественной нужды» может действовать, когда им движут цели, приносящие положительные результаты обществу или его части. Вместе с тем, необязательно, чтобы законодатель конкретно указал в норме, для какой «необходимой общественной нужды» принимает её. Существование «необходимой общественной нужды» может быть выяснено в результате анализа нормы и её толкования.⁸

При установлении «необходимой общественной нужды» суд предложил определенную градацию. По этой градации конкретный правоприменитель выясняет, налицо ли в конкретном случае предусмотренная законом «необходимая общественная нужда». Со своей стороны, Конституционный суд решает, насколько адекватно понимают «необходимую общественную нужду» законодатель и закон.⁹

Суд счел, что обязательная продажа акций миноритарным акционером мажоритарному акционеру не может рассматриваться в контексте общественной необходимости и как легитимная цель, так как она представляет собой ограничение. Это противоречит 2-ому пункту статьи 21 Конституции, который рассматривает ограничение не как цель, а как средство достижения цели. Задача Конституционного суда установить и оценить, насколько соразмерным средством является обязательная продажа акций для достижения этой цели.¹⁰

После существенного анализа института обязательной продажи акций Конституционный суд определил те основные постулаты, на которые должен

⁵ Решение второй коллегии №2/1-370, 382, 390, 402, 405 Конституционного суда Грузии от 18 мая 2007 года по делу «Граждане Грузии Заур Элашвили, Сулико Машиа, Русудан Гогия и другие и Народный защитник Грузии против Парламента Грузии, п.11.9; http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=22&id=432&action=show.

⁶ Там же; п.11.12

⁷ Там же; п.11.12.

⁸ Там же; п.11.15.

⁹ Сравни, там же; п.11.15.

¹⁰ Там же; п.11.17.

был опереться законодатель при внесении этой регуляции, чтобы не ограничивать право собственности миноритарных акционеров. Законодатель должен так определить упорядочивающую обязательную продажу акций норму, чтобы соблюсти справедливый баланс между сторонами, исключить возможность злоупотребления экономической властью. Миноритарный акционер имеет полное право знать, почему происходит переход принадлежащих ему акций в собственность мажоритарного акционера, должен иметь правовую возможность выражения своей позиции и защиты. Желание мажоритарного акционера иметь в собственности полный пакет акций понятно и естественно, но не является оправданием для ограничения права собственности. Существование в руках одного из акционеров 95% и более акций само по себе не означает возникновения социальной нужды обязательной продажи. Обязательная продажа акций может быть осуществлена только в том случае, когда она представляет собой необходимое средство для нормального функционирования и развития соответствующего предприятия.¹¹

Когда Парламент Грузии после указанного решения возвращал указанный институт в правовое пространство Грузии, его модификация должна была произойти на основании вышеуказанных принципов. Эти принципы можно сформулировать следующим образом:

Существование в руках одного акционера 95% и более акций само по себе не может стать причиной социальной необходимости в обязательной продаже акций;

Указанный механизм должен представлять собой необходимое средство для нормального функционирования и развития предприятия;

Миноритарный акционер имеет полное право знать, почему происходит переход принадлежащих ему акций в собственность мажоритарного акционера;

Миноритарный акционер должен иметь правовое средство выражения своей позиции и защиты;

Указанное правовое средство должно быть настолько эффективным, чтобы могло исключить возможность злоупотребления мажоритарным акционером экономической властью (между сторонами должен существовать справедливый баланс).

3. Соразмерность

Рассуждая о соразмерности, суд разделил на две части вопрос о конституционности спорной нормы. Суд [...], в первую очередь, рассудил, насколько соответствует вышеприведенным требованиям процедура

принятия решения по вопросу об обязательной продаже акций и её исполнения и, во вторую очередь, насколько обеспечивает процедура установления цены акции справедливое вознаграждение миноритарного акционера при обязательной продаже акций.¹²

3.1. Процедура принятия и исполнения решения

Суд заявил, что [...] порядок, введенный по мотиву экономической эффективности, не может лечь как бремя на одну из сторон, в противном случае, кроме правовых проблем, возникнет опасность рыночной дезорганизации, дисбаланса между поставкой и требованием. Установленный статьей 533 закона «О предпринимателях» порядок не соответствует этим требованиям, он явно нарушает справедливый баланс в пользу мажоритарного акционера. Из спорной нормы [...] не выделяется целенаправленность обязательной продажи акций. А это дает возможность мажоритарному акционеру выкупить акции миноритарного акционера даже в том случае, когда это не представляет никакой нужды для предприятия. [...]¹³

Суд в связи с продажей в обязательном порядке акций в Грузии сформулировал несколько вопросов, ввиду которых указанный институт не соответствует защищенному Конституцией Грузии праву собственности.

Миноритарный акционер не имеет возможности защищать себя от злоупотребления экономической властью мажоритарного акционера

Миноритарный акционер не имеет возможности получить соответствующую информацию о причинах обязательной продажи акций и зафиксировать свою позицию в связи с этим

Предусмотренная нормой процедура непрозрачна: при обязательной продаже акций миноритарный акционер находится фактически в информационном вакууме и в более проигрышном положении, чем мажоритарный акционер

Правовая система не обеспечивает защиту миноритарных акционеров и не устанавливает их права.

3.2. Процедура установления справедливой цены акций

Спорная норма предусматривала несколько механизмов установления справедливой цены, хотя [...] «справедливая цена» не дефинируется законом. [...] по разъяснению суда] особое значение имеет определение такой правовой процедуры установления справедливой цены, которая носит недвусмысленный, ясный характер и не дает какой-либо из сторон воз-

¹¹ Там же: п.11.26.

¹² Там же: п.11.26.

¹³ Там же: п.11.28.

возможности манипуляции.¹⁴ Механизмы установления справедливой цены были следующие:

Порядок обязательного проведения тендера, который суд счел соответствующим Конституции¹⁵;

В том случае, когда в момент задеирования статьи 532 закона «О предпринимателях» мажоритарному акционеру уже принадлежали более 1/2 имеющих право голоса акций акционерного общества, закон предусматривает механизм двоякого рода для установления справедливой цены¹⁶:

Определение справедливой цены независимым экспертом или брокерской компанией (судебный контроль) - Конституционный суд счел также и этот метод соответствующим Конституции;

Определение справедливой цены в порядке, установленном уставом акционерного общества.

В первом случае законодатель устанавливает нижний предел справедливой цены: справедливая цена не должна быть меньше самой высокой цены, которую осуществляющий выкуп акционер заплатил в течение последних 12 месяцев за акцию соответствующего акционерного общества, но эта норма может распространяться только на те случаи, когда в течение последних 12 месяцев осуществлялась торговля акциями. Непонятно, как следует установить нижний предел цены, когда осуществляющий выкуп акционер не приобретал акций акционерного общества или торговля этими акциями вообще не была осуществлена.¹⁷

Когда процедура установления справедливой цены определяется уставом общества, баланс снова нарушается во вред миноритарного акционера и он не имеет правовых средств защиты.¹⁸

Таким образом, Конституционный суд рассмотрел конституционность процедуры установления справедливой цены и счел, что одна её часть соответствует Конституции, а вторая находится в противоречии с ней.

III. Реакция Парламента: преодоление решения Конституционного суда?

Можно сказать, что основанием для признания неконституционности оспариваемой нормы в рассмотренном выше решении Конституционного суда стали два момента:

В рамках данного института во время принудительного выкупа акций мажоритарным акционером не устанавливалась необходимая общественная нужда;

В некоторых случаях не существовало соответствующей процедуры установления справедливой цены акций.

Признание Конституционным судом нормы неконституционной, разумеется, не означает уничтожения возможности Парламента в соответствии с решением Конституционного суда заключить в конституционные рамки и реанимировать признанный неконституционным институт путем искоренения подчеркнутых в решении недостатков. В данном случае Парламент Грузии мог исправить недостатки и вновь принять норму, что он и намеревался осуществить.

14 марта 2008 года Парламент Грузии добавил в закон «О предпринимателях» статью 534 «Об обязательной продаже акций». В первом пункте указанной статьи говорится о праве мажоритарного акционера на выкуп акций других акционеров по справедливой цене.

Во втором пункте говорится о праве суда вынести решение об обязательной продаже акций. Указанные процедуры отрегулированы для суда в порядке, установленном Гражданско-процессуальным кодексом Грузии. Соответственно справедливую цену выкупа акций и дату определяет суд в своем решении об обязательной продаже акций, вынесенном в установленном Гражданско-процессуальным кодексом Грузии порядке.

Согласно третьему пункту, покупатель до обращения в суд не позднее 1 месяца публикует в печатном органе свое объявление об обязательной продаже акций. Объявление должно содержать информацию о причинах, условиях и процедурах продажи.

Как видно из вышесказанного, закон предусматривает регуляции, согласно которым решение об обязательной продаже акций принимает суд. Справедливую цену акций также устанавливает суд, а что касается причин выкупа, их установление – прерогатива мажоритарного акционера.

В законе «О предпринимателях» также отмечается, что суд имеет право вынести решение об обязательной продаже акций. Для того чтобы оценить, насколько указанная запись соответствует установленному Конституционным судом Грузии стандарту, следует выяснить, что может стать основанием для решения суда. А для этого необходим соответствующий анализ Гражданско-процессуального кодекса.

11 июля 2007 года в Гражданско-процессуальный кодекс Грузии была добавлена глава XXXIV2 «Порядок рассмотрения дела об обязательной продаже акций».

¹⁴ Сравни, там же: п.11.29.

¹⁵ Сравни, там же: п.11.29.

¹⁶ Сравни, там же: п.11.30.

¹⁷ Сравни, там же: п.11.30.

¹⁸ Там же: 11.32.

Статья 309¹³ Процессуального кодекса¹⁹ касается рассмотрения заявления об обязательной продаже акций. В 4-ом пункте упомянутой статьи указывается, что заявление об обязательной продаже акций рассматривается на судебном заседании. Суд проверяет соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона. Более широко этот вопрос регулируется в статье 309^{14 20}. В первом пункте статьи указывается, что если суд установит соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона, он выносит решение об обязательной продаже акций. В противном случае суд выносит решение об отказе в удовлетворении заявления.

Согласно второму пункту решением суда об «обязательной продаже акций устанавливаются справедливая цена выкупа акций и дата (соответствующее время в конце рабочего дня), по положению которого происходит выкуп покупателем существующих у бенефициара собственника акций (учетная дата выкупа)». При становлении справедливой цены выкупа акций суд, согласно пункту 3, должен учесть следующие вопросы:

- а) стоимость этих акций на рынке ценных бумаг;
- б) предполагаемые доходы, которые общество получит в будущем;
- в) активы и пассивы общества.

¹⁹ http://www.parliament.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=69&kan_det=det&kan_id=2721

Статья 309¹³

1. В определении о приеме в производство заявления об обязательной продаже акций суд устанавливает время для устного слушания и незамедлительно сообщает сторонам о времени и месте заседания. Акционеру, акции которого требует выкупить покупатель (впоследствии – заинтересованное лицо), вместе с извещением посылаются копии заявления и прилагающихся материалов и определяется срок для представления мнения.

2. Если количество заинтересованных лиц более двух, то они обязаны назначить представителя.

3. Суд рассматривает заявление и выносит решение не позднее одного месяца со дня принятия заявления в производство.

4. Заявление рассматривается на судебном заседании. Суд проверяет соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона. Неявка сторон не препятствует решению вопроса. (11.07.2007. №5286).

²⁰ Статья 309¹⁴. Решение суда в связи с заявлением об обязательной продаже акций

1. Если суд установит соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона, то он выносит решение об обязательной продаже акций. В противном случае суд выносит определение об отказе в удовлетворении заявления.

Решением суда об обязательной продаже акций устанавливается справедливая цена выкупа акций и дата (соответствующее время в конце рабочего дня), во время которой должен произойти выкуп (учетная дата выкупа) акций покупателем у бенефициара собственника.

3. При установлении справедливой цены выкупа акций суд должен учитывать:

- а) стоимость на рынке ценных бумаг;
- б) предположительные доходы, которые будут получены обществом в будущем;
- в) активы общества (в том числе резервы предприятия, деловая репутация, опыт, перспективы и деловые связи) и пассивы (11.07.2007. №5286).

Как видно из анализа, суд определяет два вопроса и отражает их в собственном решении: (1) соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона и (2) справедливую цену и дату выкупа акций. Что касается записи в законе «О предпринимателях», согласно которой объявление, опубликованное мажоритарным акционером об обязательной продаже акций должно содержать среди прочего информацию о причинах выкупа: суд не проверяет ни реальности этих причин, ни их соответствия Конституции. Законодательство не наделяет суд этим правом.

IV. Третья волна исков, ошибки истцов

Именно с учетом вышеуказанного в Конституционный суд в два приема поступило несколько заявлений, хотя в этом случае суд не признал допустимым ни одно из дел.

Сначала причиной этого стала деятельность Парламента. Дело в том, что в соответствии с пунктом 2 статьи 13 закона Грузии «О конституционном судопроизводстве» к моменту рассмотрения дела отмена оспариваемого акта или признание его недействительным ведет к прекращению дела в Конституционном суде, кроме того случая, когда дело принято к существенному рассмотрению и касается прав и свобод человека.

На этот раз в Конституционный суд поступило три заявления. 3 сентября 2007 года в Конституционный суд обратился Народный защитник²¹, 19 ноября 2007 года Сулико Машиа, а 9 января 2008 года – Заур Элашвили.²²

14 марта 2008 года Парламент Грузии законом №5913 принял новую редакцию статьи 534 закона Грузии «О предпринимателях». Соответственно получилось, что с подачи иска истцами до прохождения допустимости дела в закон вошли поправки. Формально это означало, что Парламент отменил оспариваемый истцами закон, и на его месте продолжала действовать другая норма, ввиду чего Конституционный суд не принял в производство ни одно из этих дел.

После этого истцы ещё раз обжаловали в Конституционном суде уже существующие в настоящее время законы. 21 июля 2008 года в Конституционный суд с конституционным иском обратились гражданин Гру-

²¹ Определение Конституционного суда Грузии №2/5/433 от 23 июня 2008 года по делу «Народный защитник Грузии против Парламента Грузии». п.1.1. http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=23&id=488&action=show.

²² Определение Конституционного суда Грузии №2/7/446 от 24 июня 2008 года по делу «Сулико Машиа гражданин Грузии против Парламента Грузии». п.1.1. http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=23&id=489&action=show.

зии Заур Элашвили,²³ 1 августа 2008 года гражданин Грузии Сулико Машиа²⁴, а 5 декабря 2008 года Народный защитник.²⁵

Истцы считают, что оспариваемая норма такого же содержания, что и статья 533 закона Грузии «О предпринимателях», которая признана неконституционной Конституционным судом Грузии. Исходя из этого, принятие оспариваемой нормы противоречит пункту 4 статьи 25 органического закона Грузии «О Конституционном суде Грузии», согласно которому Парламент не имеет права принять норму того же содержания. Истцы считали, что если суд на подготовительном заседании придёт к заключению, что оспариваемая норма должна быть признана утратившей силу, то решение могло быть принято на основании пункта 41 этой же статьи.

Истцы обжаловали соответствующие статьи закона «О предпринимателях» и утверждали, что при существующих поправках было невозможно выяснить, что в конкретном случае является необходимой общественной нуждой. Суд заявил, что [...] это связано с вопросом соответственной правовой защиты миноритарного акционера. Возможность рассуждать об этом не дает само исковое требование, которое ограничивается первым пунктом статьи 534 закона Грузии «О предпринимателях», где определяется суть обязательной продажи акций, а не правовая процедура обязательной продажи акций и место миноритарного акционера в этом процессе.²⁶ Исковое требование не дает также возможности оценить, насколько в условиях действующего регулирования существует возможность злоупотребления своей экономической властью со стороны мажоритарного акционера. Причина этого заключается в том, что, как уже отмечалось, истец не опротестовывает норм, упорядочивающих порядок обязательной продажи акций.²⁷

Соответственно налицо был случай, когда представленная стороной истца аргументация в содержательном плане не соответствовала обжалуемой норме. Но это представляет нарушение требований подпункта «Д» пункта 1 статьи 16 закона Грузии «О конституционном судопроизводстве» и является причиной отказа в приеме к существенному рассмотре-

нию конституционного иска, предусмотренного подпунктом «а» статьи 18 того же закона.

Можно сказать, что ошибка истцов спасла Парламент Грузии. Если бы не этот фактор, никто не знает, как окончился бы указанный спор. Суд дал понять истцам, что проблему следовало искать в устанавливающих процедуру нормам, но тем не менее после этого ни один из истцов не обращался вновь в Конституционный суд.

V. Существующая реальность и вызовы, перспективы конституционного иска

С учетом всего вышесказанного можно кратко суммировать те перипетии, которые продолжаются в течение нескольких лет в связи с обязательной продажей акций в Грузии. Можно также упомянуть о перспективах нового конституционного иска.

Конституционный суд признал неконституционным институт обязательного выкупа акций ввиду двух главных причин:

1. Во время обязательного выкупа акций не происходило установление необходимой общественной нужды;
2. В некоторых случаях не существовала соответствующая Конституции процедура установления справедливой цены.

В результате предложенных Парламентом Грузии поправок мы оказались в положении, когда:

1. Суд проверяет соответствие процедур обязательной продажи акций требованиям закона;
2. Суд устанавливает справедливую цену и дату выкупа акций, хотя не имеет полномочия на проверку того, происходит ли обязательный выкуп акций мажоритарным акционером исходя из необходимой общественной нужды. Соответственно получается, что из двух причин признания нормы неконституционной одна вновь налицо. В то же время следует отметить, что существование хотя бы одной из этих двух причин уже указывает на неконституционность нормы и необязательно их кумулятивное существование.

После того как было установлено, что существующие регуляции неконституционны, будет лучше рассмотреть возможности восстановления нарушенных прав. Истцы несколько раз обращались в Конституционный суд, но безрезультатно. Суд не принял их последнего иска в производство по той причине, что обжалованные соответствующие нормы (закон «О предпринимателях») не обосновывали той проблемы, на которую указывали истцы и о которой говорилось выше. Дело касается недостатков судебной процедуры, по которой во время обязательного выкупа акций не происходит установле-

²³ Определение Конституционного суда Грузии №2/2/457 от 4 мая 2009 года по делу «Гражданин Грузии Заур Элашвили против Парламента Грузии». п.1.1 http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=23&id=554&action=show.

²⁴ Определение Конституционного суда Грузии №2/3/460 от 5 мая 2009 года по делу «Гражданин Грузии Сулико Машиа против Парламента Грузии». п.1.1; http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=23&id=550&action=show.

²⁵ Определение Конституционного суда Грузии №2/5/467 от 8 июня 2009 года по делу «Народный защитник Грузии против Парламента Грузии». п.1.1; http://constcourt.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=23&id=555&action=show.

²⁶ Там же п.11.5.

²⁷ Там же п.11.6.

ния необходимой общественной нужды, процедура же осуществляется согласно соответствующей норме Гражданско-процессуального кодекса. Именно поэтому было бы полезнее, если бы истцы направили собственные конституционные претензии на соответствующие нормы Гражданско-процессуального кодекса. Это намного повысит эффективность их исков.

На данный момент, до тех пор, пока Конституционный суд не вынесет решения по подобному иску, существует реальность, по которой, несмотря на решение Конституционного суда, Парламент Грузии всё ещё не выработал адекватные гарантии защиты права собственности. Он «одолеет» решение Конституционного суда. Эта реальность требует соответствующего правового реагирования. Конституционный суд бессилён до тех пор, пока какое-то лицо, права которого были нарушены, не посчитает необходимым вновь обратиться в орган конституционного контроля за защитой своих нарушенных прав.

Миндия Вашакмадзе¹

Махарадзе и Сихарулидзе против Грузии

(App. No. 35254/07) Решение ЕСПЧ от 22 ноября 2011 года

В своем решении от 22 ноября 2011² года Европейский Суд по Правам Человека (ЕСПЧ) постановил, что Грузия не защитила жизнь заключенного, который страдал от опасной формы туберкулеза, таким образом нарушив Статью 2 Европейской Конвенции по Правам Человека. Более того, суд пришел к выводу, что грузинские власти не выполнили промежуточные медицинские меры, постановленные судом в ноябре 2008 года, что привело к нарушению Статьи 34 Конвенции. Это решение не первое постановление суда в отношении Грузии относительно несостоятельности государства по защите здоровья и жизни физических лиц в тюрьме³ и возможно отражает общую проблему, заслуживающую особого внимания. Число заключенных начало существенно расти и власти оказались не в состоянии обеспечить надлежащий мониторинг и лечение туберкулеза и других инфекционных заболеваний. По мнению суда, такая ситуация представляла (на тот момент) «структурные проблемы в грузинской пенитенциарной системе» (пункт 54). Рассматриваемое дело демонстрирует это соображение в очень ясной форме.

I. Обстоятельства дела

14 марта 2006 года, первый заявитель, Нико Махарадзе⁴, был арестован по обвинению в предполагаемых связях с преступным миром и за хранение наркотиков. На момент ареста г-н Махарадзе уже находился в опасной стадии туберкулеза. В своей жалобе, представленной уже через два дня после своего ареста, заявитель жаловался на условия содержания в тюрьме и утверждал, что содержание под стражей не было адекватно состоянию его здоровья. Эта апелляция была отклонена Апелляцион-

ном Судом Тбилиси. Однако, суд указал властям, что заявитель должен был быть обеспечен «соответствующими условиями содержания и медицинского обслуживания» (пункт 7). 24 июля 2006 года заявитель был приговорен к тюремному заключению сроком на 7 лет. Последующие медицинские обследования подтвердили критическую стадию туберкулеза заявителя, которая требовала специального лечения в туберкулезной больнице. 4 июля 2008 года заявитель, опираясь на существующие медицинские заключения, попросил о приостановлении его тюремного заключения. 30 июля 2008 года Тбилисский городской суд отклонил его просьбу, как явно необоснованную. Заявитель обжаловал это решение. 25 сентября 2008 года апелляционный суд удовлетворил просьбу заявителя направить его на дополнительное медицинское обследование. Однако тюремные власти не смогли обеспечить своевременное исполнение решения апелляционного суда. 21 октября 2008 года заявитель начал голодовку в знак протеста против отказа властей. Наконец 4 ноября 2008 года просьба была выполнена и заявитель приостановил голодовку. Однако, новая тюремная больница, где он был помещен, не предоставила ему необходимые медикаменты. 5 декабря 2008 года заявитель начал другую голодовку и попросил обеспечить медикаменты или перевести в специализированную больницу. Между тем, 8 декабря 2008 года Апелляционный Суд Тбилиси отклонил апелляцию заявителя решением от 30 июля 2008 года. Таким образом, его тюремное заключение не было приостановлено. 9 декабря 2009 года заявитель закончил голодовку. Однако, с января 2009 года, он отказался принимать лекарства в знак протеста против неспособности тюремной администрации предоставить ему необходимое питание. Состояние заявителя быстро ухудшалось, и он скончался 29 января 2009 года.⁵

II. Нормативно-правовая база

Сперва ЕСПЧ рассмотрел общие принципы в соответствии со Статьей 2 ЕКПЧ в отношении стандартов *надлежащей медицинской помощи* в тюрьме. Суд подчеркнул, что «обязанность защищать жизнь людей под стражей, также предполагает обязанность властей обеспечить их медицинской помощью, необходимой для защиты их жизни» (пункт 71).⁶ После за-

¹ Доктор права, старший научный сотрудник Грузинского Института Государства и Права.

² Махарадзе и Сихарулидзе против Грузии, App. No. 35254/07 (ЕСПЧ ноя. 22, 2011 г.).

³ См. в общем Н. Родли и М. Поллард, Обращение с заключенными в рамках международного права (ОУП, Оксфорд 2009 г.).

⁴ Жена первого заявителя Дали Сихарулидзе подала заявление 3 июня 2009 года, после смерти своего мужа 29 января 2009 года.

⁵ Махарадзе и Сихарулидзе против Грузии, пункты 5-33.

⁶ Ссылаясь на Таис против Франции, App. No. 39922/03 (ЕСПЧ 1 июня 2006г.) пункт. 98; Уйлу против Турции, App. No. 52955/99 (ЕСПЧ 16 ноября 2009г.), пункт. 58.

явления о том, что власти должны принимать во внимание лечение заключенных, суд указал, что «резкое ухудшение состояния здоровья человека в местах содержания под стражей неизбежно вызывает серьезные сомнения относительно адекватности лечения» (пункт 72).⁷ По мнению суда, государство должно представить разумное объяснение о причинах смерти и о «лечении данного лица до его смерти». Имея дело с позитивными обязательствами государства в соответствии со Статьей 2, суд пришел к выводу, что государство должно издавать нормативные акты, которые обязывают гражданские и тюремные больницы «применять соответствующие меры для защиты жизни пациентов» (пункт 73). Судьи также отметили, что данные позитивные обязательства предполагают существование «эффективной независимой судебной системы», которая сможет определить причину смерти пациентов и обеспечения подотчетности соответствующих лиц / органов власти. Кроме того, суд указал, что действия или бездействие медицинского персонала больницы, как публичного учреждения влечет за собой ответственность государства в соответствии с Конвенцией. Изложив общие правовые рамки ЕСПЧ, суд рассмотрел их применение в данном случае.

III. Применение к делу

Суд рассмотрел вопрос о невыполнении Грузией своих обязательств в соответствии с ЕКПЧ в два этапа. Во-первых, судьи пытались выяснить, сделали ли грузинские власти «все разумно возможное», чтобы спасти жизнь заявителя в тюрьме и насколько государство ответственно за смерть заявителя. В этом контексте суд отметил, что заявитель получил некоторую медицинскую помощь, однако, вопрос, который необходимо было уточнить – это вопрос о том, было ли такое лечение *адекватным* состоянию заявителя. В связи с этим, судьи признали, что «адекватность медицинской помощи всегда самый сложный элемент для определения» и подчеркнули необходимость проявления определенной гибкости, чтобы определить уровень медицинского обслуживания в тюрьмах от случая к случаю, который будет учитывать «законные требования режима лишения свободы, но останется совместимым с человеческим достоинством и обеспечит должное выполнение государством своих позитивных обязательств» (пункт 77).⁸ Суд определил три основных элемента необходимой медицинской помощи: (1) неограниченный доступ к хорошо оборудованным лабораториям; (2) наличие всех соответствующих лекарств и (3) надлежащим образом подготовленных

врачей.⁹ Что касается первого элемента, суд отметил, что грузинские власти не провели своевременным образом необходимое обследование для определения состояния заявителя и не обеспечили специальное лечение на основе точного диагноза. Кроме того, власти не обеспечили своевременную поставку основных лекарств (из-за общей нехватки лекарств). Это ставило под сомнение качество медицинского обслуживания (пункты 78-80). Кроме того, суд рассмотрел дополнительный элемент адекватного лечения, в частности, вопрос о том, обладал ли медицинский персонал необходимым опытом. Ответ суда был отрицательным (пункт 81). DOTS+программа, предусматривающая специальное обучение медицинского персонала, была введена через три месяца после смерти заявителя, что привело к выводу, что врачи не имели «все необходимые навыки», чтобы адекватно управлять комплексным лечением для решения всех факторов риска (пункты 81-84). Кроме того, тюремные власти не выполнили медицинскую рекомендацию перевести заявителя в специальное медицинское учреждение, которое было бы в состоянии обеспечить надлежащее лечение пациента.¹⁰ Суд постановил, что это было «еще одним свидетельством неадекватности медицинской помощи» (пункт 84).

Более того, суд рассмотрел позицию национальных судов в вопросе о приостановлении приговора заявителя, указав, что условное освобождение тяжелобольного заключенного может быть обязательным в соответствии с Конвенцией (пункт 85).¹¹ В связи с этим суд пришел к выводу, что «внутренние решения не были адекватны ни одному из соответствующих элементов совместимости содержания под стражей больного заключенного с его состоянием здоровья» (пункт 86).¹² Кроме того, суд постановил, что поскольку заявитель умер в тюремной больнице - в государственном учреждении под ответственностью государства - его смерть должна была быть исследована «независимым, беспристрастным и всеобъемлющим» способом (пункт 87).¹³ Тем не менее, такое расследование никогда не проводилось. Таким образом, государство не смогло объяснить смерть за-

⁹ Суд опирался на Руководящие принципы ВОЗ по лечению лекарственно-устойчивого туберкулеза (WHO/TB/96.210).

¹⁰ Соответствующие гражданские больницы уже работали по специальной программе для лечения лекарственно-устойчивого туберкулеза

¹¹ Ссылаясь, в частности, на Алексанян против России, App. No. 46468/06 (22 декабря 2008 г.), пункт 140.

¹² ЕСПЧ превагирует над внутренними нормативными актами (в соответствии со ст. 6 п. 2. Конституции Грузии, международные договоры Грузии преобладают над внутренними нормативными актами, при условии, что они не противоречат Конституции). Грузинские суды должны принимать во внимание положения Конвенции и судебную практику ЕСПЧ как вопросы конституционного права

¹³ Ссылаясь, в частности, на Тарараева против России, App. No. 4353/03 (ЕСПЧ 14 декабря 2006г.), пункты. 74-5 и 103.

⁷ Ссылаясь, в частности, на Худобин против России, App. No. 59696/00 (ЕСПЧ) 26 октября 2006г.)

⁸ Ссылаясь на Алексанян против России, App. No. 46468/06 (22 декабря 2008 г.), пункт. 140.

явителя (пункты 88-89).¹⁴ В своих выводах суд сделал важное заявление, которое грузинские власти должны принимать во внимание, поскольку оно описывает общую проблему, связанную с условиями в тюрьме, и несостоятельность государственного аппарата все-речь воспринимать свои обязанности: «...несмотря на угрожающие масштабы проблемы передачи лекарственно-устойчивых форм туберкулеза и связанный с этим высокий уровень смертности в грузинских тюрьмах, который преобладал в стране в течение многих лет, соответствующие государственные органы не приступили к реализации стандартных общих медицинских мер - изложенных ВОЗ еще в 1997 году - до марта 2008 года... Халатность со стороны государства в медицинской сфере, которая непосредственно привела или способствовала смерти первого заявителя, не может быть оправдана с точки зрения Статьи 2 Конвенции недостатком лекарственных ресурсов «(пункт 90). Суд пришел к выводу, что сосуществование и кумулятивный эффект ошибок государства привели к нарушению Статьи 2 ЕКПЧ (пункт 92).

На этом фоне, Суд не считал необходимым рассматривать возможное нарушение Статьи 3 ЕКПЧ, запрещающей пытки и бесчеловечное и унижающее достоинство обращение.¹⁵ Однако Суд рассмотрел вопрос о соблюдении Грузией временных мер, указанных Судом 10 ноября 2008 года.¹⁶ С помощью этих мер Суд попытался избежать непоправимого ущерба при осуществлении заявителем своих прав, предусмотренных Конвенцией. Оценка того, существует ли реальная угроза немедленного ущерба является прерогативой суда. Соответствующее правительство должно продемонстрировать, что оно приняло все разумные меры при согласовании с временными мерами. Если бы было объективное препятствие на пути осуществления этих мер, то правительство должно было показать, что оно попыталось устранять такие препятствия, используя все возможные средства, имеющиеся в его распоряжении. Суд пришел к выводу, что грузинское правительство не доказало, что «существовало объективное препятствие для соблюдения временных мер». Таким образом, суд пришел к выводу, что имело место нарушение Статьи 34 Конвенции (пункты 98-105). Жалобы заявителя о том, что Грузия нарушила Статьи 5 (1), 6 (1) и 14 ЕКПЧ было отклонено судом как явно необоснованные (пункт 106-7). Суд постановил выплатить жене первого заявителя (второй заявитель) 15000 евро (пункты 109-11).

¹⁴ См. также другое дело в отношении Грузии, в котором было найдено нарушение Статьи 2 Конвенции: Цинцабадзе против Грузии, Арр. No. 35403/06 (ЕСПЧ 15 февраля 2011 г.).

¹⁵ См. также случаи, в которых нарушение статьи 3 было найдено: Погосян против Грузии, Арр. 9870/07 (ЕСПЧ 29 февраля 2009 г.); Гавтадзе против Грузии Арр. No. 23204/07 (ЕСПЧ 3 марта 2009г.)

¹⁶ В соответствии с правилом 39 Регламента Суда.

IV. Заключение

Этот случай еще раз показывает, что некоторые известные проблемы в связи с положением лиц, нуждающихся в специальном лечении в грузинских тюрьмах, остаются нерешенными. Это показывает многократную неспособность властей обеспечить комплексное и адекватное лечение заключенного. Задается вопрос, вызовет ли заключение Суда, которое обосновано и основано на существующем прецеденте, новую волну дискуссий в Грузии по этим вопросам.¹⁷ Тем не менее, мы надеемся побудить власти Грузии активизировать свои усилия для того, чтобы гарантировать достаточно квалифицированную и хорошо обеспеченную ресурсами медицинскую помощь в тюрьмах. Анализ Судом элементов *адекватной медицинской помощи*, которые могут меняться от случая к случаю, может дать некоторые рекомендации для властей о том, как решить некоторые из своих острых проблем. Кроме того, грузинские суды должны адекватно учитывать выводы ЕСПЧ, согласно которым они не должны «закрывать глаза на исключительную тяжесть» условий заключенного и совместимость его состояния с продолжающимся содержанием под стражей (пункт 86). Похвально, что Суд дал подробный анализ множества неудач государственных органов, которые привели к смерти заявителя в свете стандартов *адекватной медицинской помощи* и убедительно сделал вывод, что в результате сосуществования и кумулятивного эффекта ошибок государства в оказании адекватной медицинской помощи была нарушена Статья 2 Конвенции. Жизнь покажет, станет ли и в какой степени это дело прецедентом для других аналогичных случаев, которые могут быть поданы в суд против Грузии. В любом случае, оно показывает, как общие неудачи политики влияют на здоровье и жизнь индивидов, и что их преодоление должно быть особым интересом для директивных органов, сотрудников пенитенциарных учреждений, судей и адвокатов.

¹⁷ Этот случай широко освещался грузинскими СМИ. Представители грузинской оппозиции также выступили с публичными заявлениями, критикуя неудачи правительства.

Комментарий к судебному решению Баятян против Армении

I. Введение

7 июля 2011 года Большая Палата Европейского Суда по Правам Человека приняла решение по делу Баятян против Армении. Дело и его результаты имеют большое значение не только для Южного Кавказа и всех государств-членов Совета Европы. Решение включает в себя юриспруденцию органов по правам человека Организации Объединенных Наций. В деле Баятян против Армении суд рассмотрел прецедентное право касательно лиц, отказавшихся служить в армии по соображениям совести. Большая Палата отметила в своем решении, что статья 9 не содержит явного положения относительно права отказа от служения в армии по соображениям совести. Тем не менее, она считает, что отказ от военной службы, когда он вызван серьезными и непреодолимыми противоречиями между обязательством служить в армии и совестью человека, представляет собой достаточно важное основание для того, чтобы привлечь гарантии статьи 9.

II. Фактические обстоятельства производства на национальном уровне и результат отдельных заявлений, поданных в Европейский Суд по правам человека

Заявитель, г-н Баятян был гражданином Республики Армения. Он был Свидетелем Иеговы. Г-н Баятян отказался от прохождения военной службы по соображениям совести, но заявил о своей готовности пройти альтернативную гражданскую службу. На тот момент Армения имела невыполненное обязательство принять закон об альтернативной службе, принятое государством до вступления в Совет Европы. Армения также была обязана «помиловать всех отказников по соображениям совести, приговоренных к тюремному заключению или службе в дисциплинарных батальонах, что позволяет им вместо того, чтобы выбрать, когда закон об альтернативной службе вступил в силу, выполнять невооруженные военные службы или альтернативную гражданскую службу».²

Из-за неявки на военную службу в 2001 году заявитель был обвинен в уклонении от воинской службы. Г-н Баятян был помещен под стражу, а районный суд признал его виновным в предъявленных ему обвинениях в 2002 году. Заявитель был, в конце концов, приговорен к двум с половиной годам лишения свободы. В 2003 году заявитель был освобожден условно-досрочно после отбытия десяти с половиной месяцев после его заключения. В Европейском Суде по Правам Человека г-н Баятян жаловался, что его осуждение за отказ служить в армии было нарушением статьи 9 Конвенции.

В случае г-н Баятяна Палата последовала установленному прецедентному праву Европейской Комиссии по Правам Человека, и установила, что статья 9 должна быть рассмотрена в совокупности со статьей 4, которые оставили выбор признания отказа от службы по соображениям совести на усмотрение государств-членов Конвенции. Следовательно, Палата решила, что статья 9 не гарантирует право на отказ от военной службы по соображениям совести и неприменима.³

Однако Большая Палата применила эволюционное толкование, которое предполагает, что Конвенция является живым инструментом и должна быть истолкована в свете сложившихся в демократических государствах условий и идей. В тот момент, в 2002-2003 годах, большинство из государств членов Совета Европы предоставляло право на альтернативную гражданскую службу отказникам от службы по соображениям совести.⁴

Большая Палата отметила, что, хотя в статье 9 прямо не упоминается право на отказ от военной службы по соображениям совести, в случае, когда это вызвано серьезными и непреодолимыми противоречиями между обязательством служить в армии и совестью человека, то это представляет собой убеждение, достаточно важное для привлечения гарантий статьи 9.⁵ С этой точки зрения отказ от уклонения от призыва представляет собой вмешательство в его свободу исповедовать свою религию.⁶

Поэтому Большая Палата сочла, что наложение штрафа на г-на Баятяна, в условиях, когда не были приняты во внимание его совесть и его убеждения, не может рассматриваться как необходимая мера в демократическом обществе.⁷

Уголовное преследование об осуждении г-на Баятяна совпало с периодом, когда Армения официально взяла на себя обязательство ввести альтернативную службу и простить всех отказников от службы по соображениям совести. Осуждение г-н Баятяна и его

¹ Специалист по правовым вопросам, Программа Развития ООН.

² Мнение № 221 (2000) Парламентской Ассамблеи Совета Европы (ПАСЕ): заявление Армении о вступлении в Совет Европы.

³ ЕСПЧ, жалоба 23459/03, Решение Палаты от 27 октября 2009 года. Это и другие суждения и решения, которые цитируются ниже, доступны в: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

⁴ ЕСПЧ, жалоба 23459/03, Решение Палаты от 7 июля 2011 года, параграф 91.

⁵ Там же, параграф 110.

⁶ Там же, параграф 112.

⁷ Там же, параграф 124.

тюремное заключение по причине отказа от службы по соображениям совести противоречат реформам в стране и, следовательно, нельзя сказать, что они были вызваны насущной общественной необходимостью. Тот факт, что позднее он был досрочно условно освобожден, ничего не изменяет в данной ситуации. Также принятие нового закона меньше чем через год после окончательного приговора г-на Баятяна не имело никакого влияния на его дело.⁸

В свете вышеизложенных соображений Большая Палата постановила, что осуждение г-на Баятяна составило вмешательство в его право на свободу религии, которое не представляло собой необходимость в демократическом обществе и представляет собой нарушение статьи 9.⁹

III. Прецедентное право ЕСПЧ до дела Баятяна

Судебную практику Страсбургского суда, существовавшую до дела Баятяна можно резюмировать следующим образом:

1. Грандрат против Федеративной Республики Германия¹⁰

Дело Грандрата было одним из первых дел, касающихся жалоб отказчиков служить в вооружённых силах по соображениям совести, поданных в органы Страсбурга. Однако в этом случае заявитель являлся Свидетелем Иеговы и отказался выполнять не только военную службу, но и любую альтернативную службу. Было возбуждено уголовное дело, и г-н Грандрата в конце концов приговорили к шести месяцам тюремного заключения. Его заявление было принято Европейской Комиссией по Правам Человека в 1965 году.

Комиссия посчитала, что она должна отдельно рассмотреть вопрос о возможном нарушении статьи 9, которая устанавливает, что

«Каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии; это право включает свободу менять свою религию или убеждения и свободу, в одиночку или сообща с другими, публичным или частным порядком, исповедовать свою религию или убеждения, в богослужении, обучении, религиозных и ритуальных обрядов».

Комиссия рассмотрела два аспекта предполагаемого нарушения статьи 9 Конвенции, которые имели первостепенное значение:

а) гражданская служба, запрошенная заявителем, помешала бы ему вероисповедать свою религию в противоречие со статьей 9 и

б) была ли нарушена статья 9 тем фактом, что от заявителя требовали выполнения службы, которая противоречила бы его совести и религии.

Хотя Комиссия рассмотрела вопрос о возможном нарушении статьи 9, она по-прежнему ссылаясь и на статью 4 Конвенции, которая явно касается обязательной службы вместо военной службы в случае отказников по соображениям совести. Принудительный или обязательный труд не включает в себя «любую службу военного характера, а в случаях отказников по соображениям совести, в странах, где она признается, службу, назначенную вместо обязательной военной службы». Комиссия отметила, что статья 4 пункт 3 (б) «прямо признает» гражданскую службу, наложенную на отказников по соображениям совести в качестве альтернативы военной службе и, следовательно, Конвенция не признает отказ от альтернативной службы на основании соображений совести.

В свете вышеизложенного, Комиссия не считает необходимым толковать понятие «свобода совести и вероисповедания» в рамках отказа от альтернативной по соображениям совести.¹¹

2. Доктор G.Z. против Австрии¹²

Другой ранний отказник по соображениям совести, который обратился в органы Страсбурга, был преподаватель университета, доктор G.Z. Он был верующим католиком. В отличие от Грандрата, он жаловался на введение военной службы как таковой, а не альтернативную службу. Заявитель после трех месяцев службы в австрийской армии отказался по религиозным мотивам в дальнейшем принимать участие в военных учениях и был за это осужден. В этом случае Комиссия не пыталась рассмотреть вопрос отдельно в соответствии со статьей 9. Уже на этапе обсуждения вопроса о приемлемости, Европейская Комиссия по Правам Человека связала эти два положения вместе - статью 9 (1) и статью 4 пункт 3 (б).

По данным Комиссии последнее положение «ясно показало», что государство решает по своему усмотрению, признавать или нет заявления отказников по соображениям совести и если да, то обеспечить для них альтернативную службу.

Комиссия сочла, что статья 9 Конвенции была квалифицирована в соответствии со статьей 4 пункт 3 (б) и не означает, государства-члены договора обязаны признавать отказников по соображениям совести и, соответственно, «принимать специальные меры для осуществления их права на свободу совести и вероисповедания». Комиссия пришла к выводу, что нарушения Конвенции не было, поскольку право на осво-

⁸ Там же, параграф 127.

⁹ Там же, параграф 128.

¹⁰ Жалоба 2299/66, мнение Комиссии от 12 декабря 1966 года.

¹¹ Параграфы 29-32.

¹² Жалоба 5591/72, Решение Комиссии от 2 апреля 1973 года, пункты 1-2.

бождение от военной службы, как таковое, не предусмотрено и каждое Договаривающееся государство самостоятельно решает, предоставлять такое право или нет, и что Конвенция не препятствует государствам наказывать тех, кто отказывается проходить гражданскую службу.

3. X. против Федеративной Республики Германия¹³

В этом случае против Федеративной Республики Германия выступал гражданин Германии, который был Свидетелем Иеговы и он был против не только военной службы, но и альтернативной гражданской службы, поскольку она состоит из элемента принуждения. Немецкое законодательство на тот момент предоставляло возможность свободной социальной службы в качестве альтернативы на благо тех, кто отказывался пройти альтернативную гражданскую службу на основе своих убеждений. В этом случае и на основе последующей судебной практики, бывшая Комиссия подтвердила свою позицию толкования статьи 9 в свете статьи 4 пункт 3 (б).

Большая Палата отмечает, что до дела Баятяна «... Суд никогда не выносил постановлений по вопросу применимости статьи 9 Европейской конвенции в отношении лиц, отказывающихся от военной службы на основании убеждений. Европейская комиссия, напротив, отказывала в применении статьи 9 Европейской конвенции в отношении таких лиц.»¹⁴

Такие заявления Большой Палаты несколько сомнительно. Могут быть найдены некоторые дела по поводу отказников по соображениям совести, в которых суд вынес решение о применимости статьи 9 по отношению к отказникам по соображениям совести. Среди других дел, было также дело Gütl против Австрии¹⁵, где Суд сделал следующее наблюдение:

«По мнению суда, привилегии, предоставляемые религиозным обществам по вопросу освобождения от обязанности нести военную службу, а также альтернативную гражданскую службу в отношении тех, кто является частью их духовенства – свидетельствуют о том, какое значение законодательство придает специфическим функциям представителей религиозных групп в рамках коллективного характера этих групп. Отметив, что религиозные общины традиционно существуют в форме организованных структур, Суд неоднократно установил, что автономное существование религиозных общин является неотъемлемой частью плюрализма в демократическом

обществе и, таким образом, проблема в самой защите, которая предусмотрена статьей 9».¹⁶

То же самое было сказано, *inter alia*, в деле *Korpi против Австрии*,¹⁷ вскоре после решения Палаты по делу *Баятяна* и до решения Большой Палаты от 7 июля 2011 года.

В вышеупомянутых делах вопрос заключался в отказе пройти альтернативную гражданскую службу и невоенную службу по соображениям совести. В обоих делах суд рассмотрел также вопрос в рамках статьи 14 Конвенции в совокупности со статьей 9 Конвенции и решил, что не было отдельного вопроса в рамках статьи 9 Конвенции. Однако статья 14 Конвенции дополняет другие существенные положения Конвенции и Протоколов. Она отдельно не существует, так как имеет силу только в отношении «пользования прав и свобод» предоставленных этими положениями¹⁸ в этом контексте статьи 9. Наконец, Суд прямо заявил, что статья 9 была применима *inter alia*, в освобождение от обязанности нести военную службу.

IV. Законодательство и практика в странах Южного Кавказа

1. Армения

На момент внесения жалобы Конституция Армении гарантировала право каждого на свободу мысли, совести и религии¹⁹, а также устанавливала обязанность каждого гражданина участвовать в защите Республики Армения в соответствии с процедурой, предусмотренной законом²⁰.

Закон об Альтернативной Службе, принятый 17 декабря 2003 года и вступивший в силу с 1 июля 2004, предусматривает понятие и виды альтернативной службы и основания для прохождения альтернативной службы

“1. Гражданин Армении, чьи убеждения или религиозные убеждения не позволяют ему нести военную службу в воинской части, в том числе проведение, хранение, техническое обслуживание и использование оружия, могут проходить альтернативную службу”²¹.

В Заклучении № 221 (2000) Парламентской Ассамблеи Совета Европы о заявлении Армении по вступлению в Совет Европы, Армения обязалась соблюдать, *inter alia*, следующие обязательства: в течение

¹⁶ Там же, параграф 32.

¹⁷ Заявление 33001/03, Решение Палаты от 10 декабря 2009 года, параграф 27.

¹⁸ См. среди многих других источников, Camp and Bourimi против Нидерландов, жалоба 28369/95, § 34.

¹⁹ Статья 23.

²⁰ Статья 47.

²¹ Часть 3.

¹³ Жалоба 7705/76, Решение Комиссии 5 июля 1977.

¹⁴ Решение БП по делу Баятяна, параграф 99.

¹⁵ Заявление 49686/99, Решение Палаты от 12 марта 2009 года.

ние трех лет после вступления принять Закон об Альтернативной Службе в соответствии с европейскими стандартами, и в то же время, помиловать всех отказников, приговоренных к тюремному заключению или службе в дисциплинарных батальонах, что позволяет им вместо этого после вступления в силу Закона об Альтернативной Службе выбрать прохождение невооруженной военной службы или альтернативной гражданской службы.²²

2. Азербайджан

Конституция 1995 года Азербайджанской Республики включает в себя право на альтернативную военную службу по соображениям веры. В формулировке положений Конституции были внесены поправки в результате референдума, состоявшегося в августе 2002 года²³. Слово «военный» было исключено из оригинальной фразы «альтернативная военная служба» и в новой редакции гласит:

«Если служба в рядах вооруженных сил идет вразрез с убеждениями человека, то действительная военная служба может быть заменена альтернативной службой, в случаях, предусмотренных законом.»

Право на отказ по соображениям совести также включено в Закон 1992 года «О Вооруженных Силах», ст. 2:

«В случаях, предусмотренных законом, граждане, которые не могут пройти действительную военную службу в связи с их убеждениями или по другим причинам, должны пройти альтернативную службу сроком на 24 месяца.»

Других законодательных норм относительно отказа от военной службы по соображениям совести принято не было.

Согласно решениям Верховного Суда Азербайджана конституционное право на отказ от военной службы по соображениям совести на практике не имеет никакого значения. 4 февраля 2005 года Верховный Суд Азербайджана, в отношении отказника по соображениям совести г-на Махир Багирова решил, что конституционное право на отказ по соображениям совести, закрепленное в статье 76 Конституции, не имеет практических последствий в случае отсутствия конкретного законодательства²⁴. Махир Багиров, свидетель Иеговы, обратился в Верховный Суд после того, как Апелляционный Суд Баку отклонил его иск.

Как член Совета Европы с 2000 года, Азербайджан до сих пор не выполнил свои обязательства по принятию законодательства об отказе от военной службы по соображениям совести.²⁵

3. Грузия

В соответствии со статьями 3-4 Закона Грузии «О невоенной, альтернативной службе», под заменяемой гражданской службой понимается альтернатива только для военнослужащих. Таким образом, резервисты не могут претендовать на альтернативную службу вместо военной службы в соответствии с указанными положениями. В соответствии со статьей 2.2 Закона Грузии «О военной службе резервиста», долг каждого гражданина Грузии пройти военную службу резервистов. В 2009 году Защитник по Правам Человека Грузии обратился с конституционной жалобой в Конституционный Суд Грузии с просьбой объявить неконституционной статью 2.2 Закона Грузии «О военной службе резервиста».

Решением No 1/1/477 Конституционного Суда Грузии от 22 декабря 2011 года редакция Закона Грузии «О военной службе резервиста» потеряла свой неконституционным оттенок в вопросе обязывания отказников по соображениям совести пройти военную службу резервистов.

Конституционный Суд Грузии рассмотрел право на отказ по соображениям совести в рамках статьи 19.1 Конституции - гарантирующей свободу слова, мысли, совести, религии и убеждений - и установил, что оспариваемое положение позволяет вмешательство в данное право. Однако, при обсуждении вопроса о законной преследуемой цели вышеупомянутого вмешательства, Конституционный Суд рассмотрел не цель, предусмотренную Конституцией в пункте 3 статьи 19, а сослался на статью 101 Конституции.²⁶ Статья 19.3 предусматривает защиту прав других, как единственную законную цель для ограничения прав, гарантированных в статье 19.1. Это не единственный недостаток статьи 19 - тут нет ссылки на необходимость вмешательства в демократическом обществе, как теста соразмерности для справедливого баланса между ограничением права и законными целями. Такие недостатки ранее были эффективно преодолены Конституционным Судом посредством ссылок на соразмерность, которые хорошо зарекомендовали себя

²² Там же, параграф 13.

²³ Международное Объединение Противников Войны (2003ф.): Право на Отказ по соображениям совести от военной службы в отдельных государствах-членах Организации по Безопасности и Сотрудничеству в Европе [http://www.wri-irg.org/co/osce-ger.htm#Heading7, последнее посещение 10 апреля 2012].

²⁴ Corley, F., "Azerbaijan: Supreme Court Claims Constitutional Right does not Exist." [http://www.forum18.org/ last visited on 10 April 2012].

²⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1398 (2004), Implementation of Recommendation 1358 (2004) on the functioning of democratic institutions of Azerbaijan [http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta04/eres1398.htm last visited on 10 April 2012].

²⁶ Статья гласит: «1. Оборона Грузии является обязанностью каждого гражданина Грузии. 2. Оборона страны и выполнения военной службы является долгом каждого гражданина - годного в этой связи. Форма исполнения военной службы определяется законом.

в практике Европейского Суда по Правам Человека. Однако, ссылка на статью 101 при установке законной цели для ограничения свободы вероисповедания, менее убедительна. Суд лишь отметил, что в подобных случаях, легитимными целями (оборона, национальная безопасность) будут цели, предусмотренные в статье 101. Таким образом, Конституционный Суд постановил, что вмешательство не было соразмерно законной цели и, оставляя институт военной службы резервиста нетронутым, освободил его от неконституционных последствий, которые обязывали отказчиков по соображениям совести пройти военную службу резервистов.

V. Значение решения Баятяна в контексте Южного Кавказа и за его пределами

На сегодняшний день подавляющее большинство государств-членов Совета Европы в законодательстве и на практике признали право на отказ от военной службы по соображениям совести и право на альтернативную службу. Однако, как видно из приведенного выше краткого обзора законодательства и практики стран Южного Кавказа, проблемы осуществления права на альтернативную службу по соображениям совести по-прежнему остается актуальным.

В период после решения Баятяна, Европейский Суд вынес решение по еще двум делам, возбужденным в Европейском Суде против Армении в 2003 году.²⁷

Два заявителя, господа Бухаратян и Цатурян, были приговорены в 2003 году к двум годам лишения свободы за отказ проходить военную службу в связи с их личными убеждениями. Их дела дошли до Европейского Суда по Правам Человека в том же году, что и заявление г-н Баятяна. Опираясь на решение Баятяна, Европейский Суд постановил, что Армения нарушила статью 9 Европейской Конвенции.

Дело *Баятян* также является напоминанием Азербайджану для реализации конституционных прав и выполнении обязательств, принятых при вступлении в Совет Европы. Решение Баятяна подняло вопрос и послужило основой для Конституционного Суда Грузии для построения своих выводов по поводу неконституционности обязательства отказников по соображениям совести пройти военную службу резервистов.

Помимо региона Южного Кавказа дело Баятяна актуально также по отношению к Турции, где до сих пор нет закона, позволяющего альтернативную службу. На основании решения Баятяна Европейский Суд по Правам Человека высказался о нарушении статьи 9 в деле *Егсер* против Турции.²⁸ Дело касалось отказа

заявителя, свидетеля Иеговы, от прохождения военной службы. Суд принял точку зрения о том, что многие обвинения, выдвинутые против г-н Егсер из-за его убеждений, в ситуации, когда не существовало ни одной формы гражданской службы, предлагающей альтернативу к военной службе, являлись нарушением статьи 9.

Несмотря на то, что Турция не приняла закон об альтернативной службе для отказников по соображениям совести, тем не менее есть позитивное развитие в практике судов, которое можно связать с решениями Баятяна и Егсер. Например, 7 марта 2012 года турецкий суд в одном своем решении принял во внимание прецедентное право Европейского Суда по Правам Человека, которое подразумевает право на отказ по соображениям совести в рамках свободы религии и убеждений. В соответствии с практикой национальных судов, прецедентное право Страсбургского суда может быть включено в национальное законодательство и право отказчиков по соображениям совести на альтернативную службу может стать частью конституционной гарантии свободы вероисповедания, совести и убеждений.²⁹

VI. Заключительные замечания

Проведенный выше обзор свидетельствует о последних изменениях в практике Европейского Суда по Правам Человека в связи с толкованием статьи 9 Конвенции и ее взаимодействия со статьей 4. Решение Баятяна сохранит значение для Армении и Грузии с точки зрения создания минимальных стандартов для существующего национального законодательства и практики. Более того, обоснование решения Баятяна является постоянным напоминанием для Азербайджана и Турции о необходимости принятия законов в рамках национальных систем, позволяющих альтернативную службу для отказников от военной службы по соображениям совести и приведения их судебной и административной практики в соответствие с судебной практикой Европейского Суда по Правам Человека.

²⁷ ЕСПЧ, жалоба 37819/03 и 3 7821/03, Решения Палаты от 10 января 2012 года.

²⁸ ЕСПЧ, жалоба 4 3965/04, Решение Палаты от 22 ноября 2011 года.

²⁹ www.hurriyetdailynews.com, последнее посещение 10 апреля 2012.

Зураб Цинцабадзе против Грузии²

I. Вступление

Данное дело поддерживает уже выбранный Европейским Судом подход к рассмотрению обязательств государства при вмешательстве в право на жизнь и в общем аспекте касается условий содержания в местах заключения. Судом была рассмотрена процессуальная сторона эффективности уголовного преследования и круг обязанностей государства, а также вопрос независимости расследования и государственной судебно-медицинской экспертизы.³ В предыдущем решении, вынесенном против Грузии - «Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии»⁴ - Суд рассмотрел вопрос проведения расследования в случае, когда существует потенциальный риск лишения жизни и коснулся обязанностей правозащитных органов по предотвращению факта смерти и снижению риска лишения жизни. Однако, риск лишения жизни был настолько велик, а позитивные обязанности государства по проведению эффективного расследования настолько неисчерпаны, что Суд установил нарушение статьи 2 Конвенции.

В деле «Зураб Цинцабадзе против Грузии» Суд посчитал бесспорным⁵, что расследование по факту смерти Зураба было начато своевременно, а также, что были проведены такие необходимые и неотложные процессуальные действия, как: осмотр места происшествия, рассечение трупа и допрос свидетелей. Однако, Суд в данном деле выявил далеко не одно серьезное несоответствие и недостаток в методе проведения расследования, с момента начала расследования и в процессе его проведения, в результате чего, по его мнению, в деле по убийству Зураба Цинцабадзе много вопросов осталось без ответа. Суд посчитал, что государство не выдержало тест наложенных на него обязанностей.

Суд тщательно рассмотрел процессуальный и материальный аспекты проведенного по данному делу

расследования, однако, оставил без внимания заявленные по статьям 3 и 13 Европейской Конвенции требования.

Жалоба была коммуницирована Правительству для одновременного рассмотрения дела по существу и вопроса его допустимости 15 июня 2007 года. Впоследствии по делу Цинцабадзе против Грузии вопрос о неприемлимости жалобы не возник. Решение по делу было вынесено на закрытом собрании от 15 февраля 2011 года в составе 7 судей и 18 марта 2011 года стало окончательным.

По статистике, существующей по Грузии, самый большой процент рассмотренных дел касается именно нарушения права на жизнь и содержания в местах заключения⁶ (из 43 вынесенных решений 10 нарушений по унижающему достоинство и негуманному отношению; 5- неэффективное расследование по статье 3 и 3 факта нарушения эффективного расследования по статье 2; 13 нарушений права на физическую неприкосновенность, 10 случаев нарушения права на справедливое судопроизводство). В Армении, например, превалирует нарушение права на справедливое судопроизводство (30 вынесенных против государства решений, из них 13 нарушений по факту и 6 нарушений права на мирные собрания и манифестаций). В Азербайджане в большинстве Суд вынес решения на нарушение права на справедливое судопроизводство и физическую неприкосновенность, а также право собственности (51 вынесенное решение, в которых найдено 20 нарушений права на справедливое судебное разбирательство и 6 нарушений неисполнения вошедшего в силу судебного решения, 10 нарушений права на физическую неприкосновенность и 18 нарушений права на собственность).

II. Обстоятельства дела⁷

Дело открыто по жалобе Светланы Цинцабадзе - матери умершего в месте заключения Зураба Цинцабадзе⁸. 30 сентября 2005 года он был найден висевшим на веревке под потолком в чулане тюрьмы в Хони (находящейся в Западной Грузии). В тот же день

¹ Член Правления НПО «Статья 42 Конституции», консультант Государственного Координационного Совета по вопросам лиц с ограниченными возможностями в рамках программы развития ООН, член редколлекции данного журнала.

² Жалоба # 35403/06.

³ Кроме данного решения, Судом было рассмотрено за 2011 год еще 3 решения - Энукидзе и Гиргвлиани (№2509/07), Гогинашвили (№47729/08) и Махарадзе и Сихарулидзе (№35254/07).

⁴ Жалоба # 4762/05.

⁵ Пункт 77 Решения.

⁶ Статистика по странам (Violation by Articles and by State). Данные по состоянию на 2011 год. Имеются нарушения других статей Конвенции из указанного общего количества дел. Однако превалируют вышеуказанные статьи Конвенции.

⁷ Дело было представлено адвокатами - представителем «Ассоциации Молодых Юристов» Софией Джапаридзе и адвокатами из Лондона Филипп Личем и Билом Боурингом.

⁸ Зурабу было присуждено несение наказания сроком на 3 года за сопротивление сотрудникам полиции при их попытке предотвратить совершение преступления, а также за применение насилия и повреждение чужого имущества. Зураб ворвался в дом своей бывшей супруги и был задержан правоохранительными органами.

директор учреждения письменно обратился к следственному Департаменту Министерства Юстиции, в подведомственность которого входили места заключения, а также в Генеральную Прокуратуру. Через несколько часов следователем было начато расследование дела и осмотрено место происшествия.

В процессе расследования существовали две версии: версия убийства и самоубийства. На версии самоубийства настаивала сторона следствия и администрация учреждения, заявив, что он покончил с жизнью, узнав, что его бывшая жена собирается ехать в Турцию. Кроме того, администрация утверждала, что заключенный очень переживал, что никто его не посещает (о чем могут удостоверить находящиеся вместе с ним в одной камере заключенные) и в прошлом он находился на лечении в психиатрической больнице в Батуми.

Информация о лечении в психиатрической больнице впоследствии не подтвердилась (до заключения у пострадавшего не отмечалось проблем со здоровьем). Что касается некоторых допрошенных свидетелей (других заключенных), то ими, уже после перевода в другое учреждение были даны показания, проливающие свет на тайну смерти Зураба Цинцабадзе.⁹

Терапевт, который осмотрел умершего, показал, что труп уже был снят с веревки до его прихода. Была проведена экспертиза; о ее результатах отец умершего узнал после ее проведения, когда пришел в прозектуру с целью перевозки тела сына для захоронения.

На версии убийства настаивали родители умершего, так как, по их мнению, ничего в поведении сына не указывало на такой исход дела как самоубийство. Они опровергли факт одиночества (пересылали ему деньги и приходили на свидание) и также показали, что сын просил у них деньги для возвращения долга. Повреждения, которые они заметили на трупке сына на голове, перелом костей, синяки и подтеки крови на разных частях тела, соответствовали тому, что их сын был избит и во время избивания пытался защищаться. Только на лице не отмечалось повреждений.

По инициативе родителей была проведена альтернативная судебно-медицинская экспертиза. Согласно ее заключению, у умершего на шее было причиненное использованием тупого предмета повреждение, кото-

рое, однако, не явилось причиной смерти. Причиной смерти, по мнению экспертов, стало удушье, произведенное механически, о чем говорило состояние легких, сердца и мозга, исследованных гистологическим методом.

29 октября 2005 года было возбуждено уголовное дело по обвинению неизвестных лиц в доведении до самоубийства, однако оно не дало видимых результатов – 22 ноября 2005 года из-за неимения доказательств дело было закрыто (пункты 34-38). Заявительница опротестовала закрытие дела. Она указывала на все несоответствия в данном деле, в том числе и на тот факт, что при учете того, что рост ее сына - 1 м 78 см, высота потолка - 2 м 20 см, использованный им стул имеет высоту в 22 см, т. е. самоубийство не могло иметь места. Однако, и Кутаисский городской Суд, и Апелляционный Суд не удовлетворили ее требований, посчитав, что органами следствия были проведены максимальные меры по расследованию версии доведения до самоубийства (пункты 39-42 решения).

Также, по заявлению отца убитого было произведено расследование по факту вымогательства денег у отца умершего со стороны одного из заключенных (называемого в решении как Х.; он звонил отцу погибшего и просил у него денег). Этот же заключенный сообщил отцу о смерти его сына, утверждая, что это было самоубийство по личным мотивам. Однако после своего перевода в другое учреждение Х. был допрошен в качестве подозреваемого, а впоследствии и в статусе обвиняемого. В своих показаниях он утверждал, что сын заявительницы был убит из-за долга, который он взял из так называемого «общака»¹⁰. Дело было закрыто из-за неимения доказательств. Народный Защитник Грузии обратился к Генеральной Прокуратуре с рекомендацией о продолжении уголовного преследования, однако без успеха – согласно полученному из Окружной Прокуратуры ответу, полученные в результате следствия факты не удостоверяют факта насилия и принуждения в отношении умершего, и следствие склоняется к версии самоубийства (пункты 43-57).¹¹

⁹ Один из заключенных назвал человека, с которым у Зураба состоялся разговор перед смертью, а также он показал, что после данного разговора он был перетащен в чулан, где был якобы найден через несколько минут повесившимся. В материалах расследования, проведенного позже Офисом Народного Защитника, второй заключенный, находящийся уже в другом заведении, в устной форме показал, что возможность убийства не исключена, так как Зураб был вызван на разговор, и директор тюрьмы находился в родственных отношениях с лицом, с которым у Зураба состоялся разговор перед смертью.

¹⁰ Доклад Государственного департамента США (от 8 марта 2008 года) о практике сбора в грузинских тюрьмах освещает данный вопрос следующим образом: «Воры в законе» - сильная сеть бригад организованной преступности, распространенная во всех тюрьмах и обычно вымогающая от заключенных платежи (названные «общак»), которые, в свою очередь, использовались для подкупа тюремных служащих и судей. NGO сообщали, что много заключенных пыталось уклониться от влияния. Согласно заключениям Офиса Народного Защитника Грузии, отказ сотрудничать с бригадами вызывал физическое и психологическое запугивание.

¹¹ Данное дело было поручено тому же самому следователю, который расследовал и другие дела по факту смерти Зураба Цинцабадзе.

II. Выводы Суда в отношении права на жизнь

Суд в данном деле пошел по уже созданному им пути установления теста «эффективности», используя прецедентное право и принцип *stare decisis*.¹² Следует отметить, что Суд никогда прямо не ссылается на этот принцип, но формулировка, которую он часто применяет - «за постоянной практикой суда» - дает право сказать, что в какой-то мере он руководствуется данным принципом.

В своем расследовании в данном деле он сослался на уже выведенные им формулы рамок действий государственных органов в отношении обязательств по сохранению права на жизнь¹³: «Статья 2 Конвенции обязывает государство не только воздерживаться от незаконного лишения жизни, а также в пределах своей юрисдикции предпринять шаги по защите права на жизнь» (пункт 71).

Суд указал, что люди, находящиеся под стражей, являются более уязвимыми, и власти обязаны проявлять заботу о них. Если конкретный индивидуум попал под стражу в полном физическом и психическом здоровье, и в процессе несения наказания состояние его здоровья ухудшилось, государство обязано представить объяснение того, почему такие повреждения наступили.¹⁴ Обязанности государства выражены еще сильнее в случае смертельного исхода индивида¹⁵.

1. Стандарт “beyond reasonable doubt”. Бремя доказывания (burden of proof)

Данный стандарт затронут Судом в деле «Ирландия против Соединенного Королевства»¹⁶, рассмотренным им в 1978 году.

Предполагается, что процесс доказывания должен следовать из сосуществования и своевременного восприятия прямых, ясных, сильных доказательств. Там, где установление фактов дела в большей части подлежит эксклюзивной компетенции соответствующих органов, возникает однозначная презумпция, которая усиливается в случае нанесения повреждений в момент задержания или же нахождения под стражей, а также при наступлении летального исхода. В таком

случае бремя доказывания ложится на государственные учреждения, которые обязаны представить отчет, убедительный и достоверный¹⁷.

2. Обязанность расследования

Неприкосновенность права на жизнь налагает на государство обязанность проведения эффективного расследования, независимо от того, виновны частные лица или же государственные служащие. Суд постановил, что обязательство по проведению расследования возникает также в случае, когда виновны частные лица или же личность не установлена¹⁸.

С учетом установленного ранее Судом принципа, процедура эффективного(качественного) расследования заключается в проведении всех необходимых мер - с целью нахождения всех возможных доказательств, в частности: очевидцы и вещественные доказательства должны быть найдены; в случае необходимости, также должна быть проведена экспертиза трупа, в заключении которой должны быть точно описаны повреждения и клиническая картина, позволяющая прийти к объективному анализу.¹⁹

В отношении заключений расследования (например, в деле «Эсат Байрам против Турции» и «Рамсахай и др.. против Голландии»)²⁰ Судом было подчеркнуто, что они должны истекать из всеобъемлющего, объективного и беспристрастного анализа; любой недостаток, допущенный органами расследования при установлении обстоятельств дела или круга виновных лиц уже причисляет проведенное расследование к числу неэффективных - про причине неудовлетворения теста эффективности.

Для того же, чтобы расследование считалось эффективным, Суд постановил, что ответственные за расследование и его проведение лица должны быть независимы и беспристрастны перед законом и практикой, что напрямую связано с иерархией включенных в расследование лиц и существующей между ними институциональной связи²¹. При расследовании и оценке его результатов необходима общественная критика - с целью сохранения доверия со стороны общества и соблюдения правил отчетности перед об-

¹² Принцип обязывающей силы прецедентов, лежащий в основе всех общеправовых систем.

¹³ Указывая на решение “Осман против Соединенного королевства”(*Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII).

¹⁴ Суд указывает на решения Сельман против Франции(*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V).

¹⁵ Суд указывает на решения Кенан против Объединенного королевства, Сальман против Турции (see *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 91, ECHR 2001-III; and *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 99, ECHR 2000-VII).

¹⁶ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161, Series A no. 25.

¹⁷ *Salman*, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 109, ECHR 1999-IV; and *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000, также *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 121, ECHR 2000-IV.

¹⁸ *Menson v. the United Kingdom* (dec.), no. 47916/99, ECHR 2003-V, and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 110, ECHR 2005-VII).

¹⁹ *Salman*, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 109, ECHR 1999-IV; and *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000

²⁰ *Esat Bayram v. Turkey*, no. 75535/01, § 47, 26 May 2009, and *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], no. 52391/99, § 321, ECHR 2007-VI.

²¹ *Ramsahai and Others*, cited above, §§ 325 and 333-346, and *Scavuzzo-Hager and Others v. Switzerland*, no. 41773/98, §§ 78 and 80-86, 7 February 2006.

ществом.²² Суд также указал на необходимость активного участия пострадавшей стороны в проходящих по делу процедурах. Также должны быть уважены права правопреемников²³.

IV. Применимость к данному делу

У Суда не возникло сомнений в допустимости данной жалобы в рамках статьи 2. Однако Суду пришлось устанавливать: (1) имело ли место эффективное расследование; (2) было ли расследование независимым и беспристрастным.

Суд исследовал обе версии расследования: версию самоубийства и убийства заключенного. Суд выявил, что все действия по делу Зураба Цинцабадзе были произведены Департаментом, который находился в подчинении у того же Министерства, а результаты расследования автоматически были утверждены государственным обвинителем с целью закрытия дела без дополнительного расследования. Суд уже имел практику рассмотрения аналогичной проблемы - наличия институциональной связи (здесь Суд указал на дело «Эрги против Турции») ²⁴. В данном деле Суд выявил нарушение статьи по причине институционального союза между следователем и учреждением, проводящим расследование. Данное сомнение, как отметил Суд, еще больше проявляется после наблюдения за манерой действий следственного органа, в частности:

- Проанализировав действия расследования в нашем деле, Суд нашел нарушения процессуальных правил проведения следственных действий, например, с приобщением доказательств к делу. Также он указал на факт, что на предмет наличия отпечатков пальцев не были исследованы предметы, к которым прикасался или же возможно мог прикоснуться умерший²⁵.
- Суд обратил внимание на то, что факты, опротестованные заявительницей в дальнейшем, не были рассмотрены соответственно. Суд был удивлен, что следствие не допросило находящегося на службе в данную ночь дежурного; также следствием не было расследовано, при каких обстоятельствах заключенный попал в закрытую комнату (дело «Бекер против Турции») ²⁶. Суд также отметил, что пострадавшая сторона не была извещена о проведении экспертизы над телом умершего, чем были нарушены ее процессуальные права. Данный факт Суд посчитал недостатком возможности общественного контроля, что, по его убеждению, постави-

ло под сомнение достоверность заключения данной экспертизы в целом.

- Суд также указал, что его сомнения еще больше подтверждены существенными различиями между заключениями государственной экспертизы и впоследствии проведенной альтернативной экспертизы. Данная позиция Суда значительна, так как в Грузии уже давно стоит проблема независимости судебно-медицинской экспертизы и различия в заключениях государственной и независимой экспертизы.²⁷

На версии возможного убийства настаивала только заявительница. Версия самоубийства устраивала сторону расследования. Как было выяснено из показаний свидетелей, у сына заявительницы был долг, который он взял для покупки мобильного телефона и не смог вернуть вовремя. Правда данная информация была получена от свидетелей уже после завершения расследования, но Суд при рассмотрении вопроса их достоверности принял во внимание обстоятельства, которые не позволили им сделать данное заявление в более раннем периоде. Суд пришел к мнению, что показания содержали точную и достоверную информацию о смерти сына заявительницы. Аналогичная практика рассмотрения доказательств встречается во многих делах, рассмотренных Судом (в данном деле Суд придерживается выводов в деле «Брекнелл против Объединенного Королевства») ²⁸.

В свете обстоятельств, вызванных многочисленными неточностями и недоработками в расследовании версии самоубийства, Суд согласился с мнением заявительницы, что версия, предложенная следствием, не является достоверной.

В конце своего расследования Суд пришел к заключению, что органы следствия не выполнили своих обязательств, а наложенная на государство при вмешательстве в право на жизнь обязанность доказывания не удовлетворена в полной мере. Расследование по факту смерти сына заявительницы не было независимым, объективным и эффективным (дело «Моисев против Польши» и «Бекер против Турции») ²⁹. Исходя из этого, в данном деле он признал нарушение статьи 2 Конвенции.

Заявительнице был присуждена сумма в размере 15000 евро (в качестве морального ущерба) и 4057 евро (в качестве материального ущерба).

²² Güleç v. Turkey, 27 July 1998, § 82, Reports 1998-IV.

²³ Там же, Güleç v. Turkey, 27 July 1998, § 82, Reports 1998-IV.

²⁴ Ergi v. Turkey, 28 July 1998, §§ 83-84, Reports 1998-IV, and Scavuzzo-Hager and Others v. Switzerland, §§ 78 and 80-86).

²⁵ Статьи 28, 333 и 236 Уголовно-Процессуального Кодекса Грузии.

²⁶ Bekker v. Turkey, no. 27866/03, § 47, 24 March 2009.

²⁷ Данный вопрос поставлен также в других опротестованных перед Европейским Судом делах. Практика Европейского Суда по этому вопросу достаточно мала.

²⁸ Brecknell v. the United Kingdom, no. 32457/04, §§ 70-71, 27 November 2007.

²⁹ Mojsiejew v. Poland, no. 11818/02, § 65, 24 March 2009, and Bekker, §§ 53 and 54.

V. Другие представленные заявителем требования

Рассмотрев вопросы в рамках статьи 2 Конвенции, Суд посчитал, что решил главную проблему данного дела и не существует необходимости рассмотрения заявленных по статье 3 и 13 требований (пункт 96 решения). Суд сослался на практику в деле «Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии» и «Абдула Уилмаси против Турции»³⁰.

К сожалению, свою позицию Суд не обосновывает. Остается только сожалеть, что он избегает расследования по другим заявленным в рамках Конвенции требованиям, например, в рамках статьи 13.

В отношении своего подхода «нерассмотрения» статей Суд в деле «Ангелова против Болгарии»³¹ высказался, что «в делах, где суд устанавливает факт нарушения обязанности эффективного расследования по факту смерти, он, в обязательном порядке, не рассматривает нарушений по статье 13 Конвенции. В таком случае налицо, что вопрос процедурного рассмотрения статьи 2 и статьи 13 Конвенции зависит от конкретного случая, но в любом случае круг вопросов, поставленных перед понятием эффективных средств, практически одинаков».

Предполагается, что в делах по статье 2 Конвенции обязанность эффективного расследования исходит из убеждения, что право на жизнь должно быть защищено.³² В деле «Дикме против Турции»³³ было установлено, что расследование в соответствии со статьей 2 должно быть способным привести к установлению и наказанию виновных. В противном случае, общий правовой запрет пыток и бесчеловечного и унижающего достоинство обращения и наказания окажется, несмотря на его принципиальное значение, неэффективным на практике, и позволит агентам государства нарушать права тех, кто находится под их контролем, практически безнаказанно.

Следует также положительно отметить оценку Суда в отношении вопроса оплаты юридических услуг адвокатам, если соответствующие квитанции не представлены. Суд уже сталкивался с данным вопросом в грузинских делах³⁴, и в данном деле также провел расследование по поводу выяснения причитающейся за услуги суммы. Несмотря на некоторое отсутствие доказательств в отношении израсходованного

адвокатами времени (инвойсы и чеки не были представлены), Суд посчитал бесспорным факт оказания помощи. Не вызвало сомнений у Суда количество указанных в счете часов. Руководствуясь принципом справедливости, он посчитал сумму в 1450 евро и 200 британских фунтов соответствующей для оплаты юридического обслуживания грузинского адвоката и его английских коллег.

VI. Заключение

Данное дело примечательно тем, что Суд уделил внимание каждому действию органов следствия, тщательно рассмотрев проведенное государством расследование по факту вмешательства в защищенное статьей 2 Конвенции право. Он подчеркнул, что при проведенном официальном расследовании далеко не каждое процессуальное действие является необходимым и «полезным» для целей расследования: количество действий не является качественным показателем при выполнении теста позитивных обязательств государства, а каждое проведенное процессуальное действие должно отвечать тесту эффективности.

К сожалению, вопрос адекватного расследования до сегодняшнего дня в Грузии стоит достаточно остро, несмотря на множество реформ, проведенных в этом направлении с целью усовершенствования уголовного производства, в том числе и введение нового Уголовно-Процессуального кодекса, включающего новые системы правосудия и дополнительные процессуальные возможности стороны защиты в процессе нахождения доказательств.³⁵

Следует положительно отметить уже устоявшийся подход Суда при оценке показаний свидетелей независимо от времени их предоставления (в отличие от внутренних инстанций Грузии, где большое значение придается времени предоставления доказательств; в случае несоблюдения вышеуказанного условия, доказательства признаются недопустимыми, а бремя доказывания непредоставления в более раннем периоде лежит на стороне защиты, что достаточно редко принимается судами во внимание).

Однако вызывает сожаление то, что уделив достаточно внимания вопросам по статье 2 Конвенции, Суд обошел вниманием другие заявленные требования. Анализ решений Суда позволяет сказать, что в

³⁰ *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia*, no. 18183/05, § 72, 8 June 2010, and *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, no. 21899/02, § 77, 17 June 2008.

³¹ *Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, 13, June, 2000.

³² Само формулирование Статьи 2 Конвенции («Interights»). Комментарий по статье 3 Конвенции, www.interights.org.

³³ *Dikme V. Turkey*, no. 20869/92, 11 November, 2000, § 101.

³⁴ *Patsuria v. Georgia*, no. 30779/04, § 103, 6 November 2007, *Klaus and Iouri Kiladze v. Georgia*, no. 7975/06, §§ 91-94, 2 February 2010, а также *Volkova v. Russia*, no. 48758/99, § 46, 5 April 2005, и *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, § 149, ECHR 2005-IV).

³⁵ Кодекс вошел в силу в октябре 2010 года (хотя некоторые главы Кодекса вступают в силу постепенно после указанной даты). Он предусматривает функционирование института присяжных и возможность для стороны защиты производить собственное расследование по делу. Однако стоит отметить отсутствие судебного контроля при решении вопроса о возбуждении/открытии/закрытии производства по уголовному делу.

практике Европейского Суда не найдено конкретного «рецепта» рассмотрения вопроса неэффективности мер правового характера. Как отмечалось выше, Суд по собственному решению рассматривает данный вопрос в рамках процессуального аспекта по статье 2 или же по статье 13 Конвенции.

Со своей стороны, полагаю, что рассмотрение вопроса по статье 13 предполагает широкую оценку существования эффективных правовых мер как на теоретическом уровне, также в их практическом применении. А вопрос эффективного расследования по статье 2 или 3 Конвенции дает возможность судить об эффективности проведенных в рамках конкретного дела действий, однако не позволяет в полной мере касаться вопроса наличия механизмов эффективной правовой защиты на внутригосударственном уровне в целом.

Учитывая принцип последовательности практики Суда, думаю, будущие решения позволят нам в одном решении рассматривать мнение Суда по нарушениям вышеуказанных статей Конвенции одновременно.

Гюндуз Каримов¹

Краткий обзор законодательства в Азербайджанской Республике в 2011 году

В соответствии с законодательством Азербайджана, правовые акты принимаются в первую очередь Парламентом, Президентом и Кабинетом Министров. Следовательно, описание законодательных реформ 2011 г. подразделено в соответствии с этим критерием.

2011 г. был очень плодотворным с законодательной точки зрения. Значительные реформы были проведены в судебной-правовой области. Накануне 2011 г. были созданы новые региональные административно-экономические суды и региональные суды по тяжким преступлениям. Это улучшило доступ людей к правосудию, особенно после вступления в действие *Административно-Процессуального Кодекса* и *Закона об административном производстве*.

1. В дополнение к сказанному, в течение 2011 г.

Парламентом было принято большее количество законодательных актов. В последующих абзацах приводится резюме этих актов.

Одним из основных актов, принятых в 2011 г. является *Закон об обязательном страховании*, принятый 24.06.2011. Целью этого Закона является защита интересов лиц и организаций в случае причинения ущерба их собственности и здоровью (в зависимости от вида страхования). Однако в Законе указывается, что упущенная прибыль не подлежит выплате страховой компенсации.

Другой новый акт – это *Закон о защите и использовании генофонда культурных растений* от 13.12.2011. Этим актом определяются правовые основы защиты и рационального использования культурных растений и их диких предков, включая вопросы производства генетических материалов для продовольствия и сельского хозяйства, научных исследований, разведения растений и повышения информированности общественности.

23.12.2011 был принят *Закон о военной обязанности и военной службе*, заменивший ранее действо-

вавший Закон о военной службе. До принятия нового Закона военный призыв осуществлялся территориальными военными комиссариатами при Министерстве Обороны. Отныне призыв будет проводить особое независимое ведомство – Государственная Служба Военного Призыва.

Одним из важных вопросов в современном Азербайджане является организация социальных служб. В результате невиданно быстрого развития в стране возникли новые социальные и экономические отношения. С другой стороны, законодательство отстает от требований времени. Для предотвращения этого положения 30.12.2011 был принят новый *Закон о социальной службе*. Закон регулирует отношения, возникающие в оказании социальной помощи малоимущим группам населения.

2. Основная часть законодательных актов, принятых в 2011 г., состоит из указов главы государства.

В силу вступило более десяти Президентских указов, имеющих законодательное значение.

Одним из важных актов являются принятые Президентом 19.01.2011 *Правила заключения и аннулирования международных соглашений центральными исполнительными органами и государственными компаниями*.

14.02.2011 Президент издал указ об усилении социальной защищенности сотрудников дорожной полиции. В соответствии с этим указом, 25% суммы штрафов за нарушение правил дорожного движения переводится в фонд заработной платы сотрудников дорожной полиции.

15.02.2011 подписано новое *Положение о правилах регистрации единичных данных, полученных в результате проверки предпринимательской деятельности*. Обязанность проведения такой регистрации возложена на Министерство Юстиции.

03.02.2011 вступил в силу *Список официальных лиц, которым предоставляются служебные паспорта*. До этого времени возникало много вопросов об уровне чиновников, которым могут выдаваться такие паспорта.

Как известно, государственная регистрация правовых актов осуществляется Министерством Юстиции. Эта новая функция Министерства теперь отражена в *Положении о Министерстве Юстиции*. Новое *Положение о правилах включения новых правовых актов в государственный реестр*, принятое Указом Президента от 01.06.2011, точным образом определяет процедуру регистрации правовых актов соответствующим государственным органом. Принятие в

¹ к.ю.н., зам. декана юридического факультета Бакинского государственного университета; партнер Baker & McKenzie, член редколлегии данного журнала.

дополнение к последнему *Правил разработки и принятия правовых актов местными исполнительными властями и муниципалитетами* (Указ Президента от 26.10.2011) является логическим продолжением этого процесса.

В конце года вступил в действие самый значительный акт: *Национальная программа действий по повышению эффективности защиты прав человека и основных свобод в Азербайджанской Республике*, который был подписана главой государства 27.12.2011. Программа определяет конкретные задачи по обеспечению прав человека, осуществляемые Верховным Судом, Генеральной Прокуратурой, Аппаратом Омбудсмена (Уполномоченного по Правам Человека), Судебно-Правовым Советом, Коллегией Адвокатов, Национальным Советом по Телерадиовещанию, Советом по Прессе и т.д.

3. Кабинет Министров предпринял важные шаги по заполнению пустот в законодательстве.

Одним из нововведений является принятие Постановлением Кабинета Министров от 11.02.2011 *Правил покрытия расходов по переселению и выдаче единовременного пособия для работников прокуратуры и членов их семей*.

16.03.2011 были введены в действие *Правила обжалования и заключения соглашений о государственной регистрации филиалов зарубежных НПО в Азербайджанской Республике*. Этот акт ликвидировал все неясности в регистрации зарубежных НПО.

В последние 6-7 лет в Азербайджане наблюдается невиданный строительный бум, в то время как законодательство отстает от требований дня. В этой связи 21.04.2011 были приняты новые *Правила проведения конкурсов по выбору компаний или лиц, составляющих правила или инструкции по переселению*.

10.11.2011 Кабинет Министров принял новые *Правила по рассмотрению заявок об изобретениях, рационализаторских предложениях и промышленном дизайне в отношении национальной безопасности*.

И, наконец, 28.12.2011 вступили в действие *Правила регистрации мобильных устройств*. Целью Правил является противодействие контрабанде мобильных телефонов. Ввиду транзитного положения страны, в Азербайджане отмечено несколько случаев контрабанды мобильных телефонов.

4. Кроме вышеуказанных нововведений, Парламент Азербайджанской Республики проголосовал за ряд прогрессивных изменений и дополнений к нескольким действующим законам и сводам законов.

В связи с изменениями, произошедшими в последние годы, были внесены дополнения в соответствующие разделы *Кодекса административных правонарушений*. Так, в соответствии с недавними изменени-

ями, введенными в Закон о государственной службе, все государственные органы должны предоставлять в Комиссию по Государственной Службе при Президенте Азербайджанской Республики информацию о государственных служащих. Непредоставление этой информации наказуемо наложением штрафов на эти органы в размере 300 - 700 AZN².

В Кодекс был введен новый вид правонарушения – незаконное приобретение товаров у физических и юридических лиц в морских и речных портах, на железнодорожных и автобусных станциях, в аэропортах или других пограничных контрольных пунктах.

Наконец, последнее изменение в Кодекс административных правонарушений было произведено 30.12.2011. Предоставление заявителями недостоверной информации при регистрации юридических лиц стало административным правонарушением со штрафом в размере 700 AZN для физических лиц и 4000 AZN для юридических лиц.

В 2011 г. *Уголовный Кодекс* также стал объектом серьезных изменений, таких как устранение из законодательства уголовного наказания в виде ограничения свободы. 31.05.2011 «ограничение свободы» было полностью исключено из Уголовного Кодекса ввиду его неприменения. Ограничение свободы состоит в содержании осужденного, которому исполнилось 18 лет на момент принятия решения суда, в специальном заведении без изоляции от общества, но при условии осуществления над ним контроля.

В силу особого значения, придаваемого вопросам обеспечения гендерного равенства, в Уголовный Кодекс была добавлена важная статья, устанавливающая уголовную ответственность за принуждение к браку в виде штрафа в размере 2000 - 3000 AZN или лишения свободы на срок до 2 лет.

В тот же день вступило в действие изменение в *Семейном Кодексе*, увеличивающее законный возраст вступления в брак для женщин с 17 до 18 лет.

Важные изменения были также внесены в *Трудовой Кодекс, Закон о трудовой пенсии и Закон о государственной службе*. Целью этих изменений было сокращение безработицы среди молодого поколения. В связи с этим трудоспособный возраст в государственных организациях был ограничен возрастом в 65 лет, предлеваемым в особых случаях до 70 лет. Это изменение, естественно, оказало положительное влияние на уровень молодежной безработицы.

В 2004 г. было создано новое следственное управление – Управление по борьбе с коррупцией при Генеральной Прокуратуре. Создание этой структуры совпало с принятием нового законодательства – *Закона о борьбе с коррупцией* от 2004 г. Управление по борьбе с коррупцией отвечает за расследование случаев

² Обменный курс на 30.04.2012: 1USD = 0.7862 AZN.

коррупции, но до сего момента оно не могло самостоятельно проводить следственно-оперативные мероприятия. Таковые производились органами полиции по запросу Управления по борьбе с коррупцией. После того, как 18.03.2011 были внесены изменения в *Закон об органах прокуратуры*, при Управлении по борьбе с коррупцией были созданы новые штаты оперативных работников. Цель этих изменений – повысить эффективность работы Управления.

Конечно, прогрессивные изменения были также внесены в ряд отдельных законодательных актов, таких как *Закон о нотариальной службе*, *Закон о дорожном транспорте*, *Закон о судах и судьях*, *Уголовно-Процессуальный Кодекс*, *Гражданский Кодекс* и т.д.

В 2011 г. Конституционный Суд принял более двадцати решений, связанных с интерпретацией законов. Как следствие этих толкований, в ряд правовых актов были внесены изменения. В соответствии с Законом о Конституционном Суде, решения Суда принимаются на основе обращений физических и юридических лиц и запросов судов и других соответствующих органов. 20 решений было принято на основе запросов судов и 5 решений – по индивидуальным обращениям.

2011 г. был особенно продуктивен в судебно-правовой области. В конце 2010 г. было издано объявление о приеме заявлений на вакантные судебные должности. Более 400 кандидатов участвовало во вступительных экзаменах. Процесс отбора продолжается: в настоящее время 102 кандидата, успешно сдавших экзамены, находятся на этапе предварительного обучения (тренинга). Число действующих судей на сегодняшний день составляет 470.

В то же время продолжается начатый в 2011 г. процесс отбора членов Коллегии Адвокатов. В настоящее время кандидаты в адвокатуру находятся на заключительном этапе процесса отбора. После завершения отбора общее число членов Коллегии Адвокатов превысит 800.

Краткий обзор актуальных законодательных изменений в Грузии

Настоящий отчет является коротким обзором происходящих в Грузии реформ - как на законодательном уровне, также и на практике. Целью является донести короткую информацию о тех значительных изменениях, которые происходили в государстве на протяжении последних лет. В рамках данного отчета не предусматривается дискуссия об эффективности тех или иных реформ - он содержит только сообщения о новшествах.

Реформирование судебной системы

Согласно происходящему реформированию судебной системы произошло деление судов на палаты - были сформированы Палата по административным делам, Палата по гражданским делам и Палата по уголовным делам². Был введен институт магистратов-судей, которые рассматривают дела незначительного характера (например, семейные, хозяйственные экономические и др. споры), с целью ускоренного судебного рассмотрения. В кассационной инстанции появился институт допустимости жалобы, согласно которому рассмотрению в порядке кассации подлежат только рассмотренные с многочисленными нарушениями или же прецедентного характера дела (с целью создания однородной судебной практики). В порядке административного рассмотрения в первой инстанции функционирует институт допустимости иска (на данной стадии выясняются вопросы предметной подведомственности Административной палате, соблюдения срока опротестования и факта наличия нарушения прав и свобод).

В период начиная с 2004 года значительно увеличилось финансирование судебной системы³. На сегодняшний день вопрос назначения на пост судьи в Грузии рассматривает Высший Совет Юстиции - на основании удачного прохождения кандидатом тестирования и окончания Высшей школы Юстиции⁴. Начиная с 2013 года, предусмотрено бессрочное назначение

на должность судьи до достижения им пенсионного возраста после положительного 3-летнего пробного периода.

Под влиянием конституционных изменений от 2006 года, Высший Совет Юстиции подвергся реформированию, и на сегодняшний момент в его состав входят в большинстве представители судебной системы. Высший Совет Юстиции стал независимым институтом под руководством Председателя Верховного Суда Грузии (до реформы Совет был консультативным органом Президента, который также назначал кандидатов на должность судей).⁵ Судьи также в большинстве присутствуют в дисциплинарной коллегии - при рассмотрении вопросов дисциплинарного преследования.⁶ Реформирование Высшего Совета Юстиции продолжается в направлении увеличения степени независимости судебной власти, повышения уровня профессионализма и соблюдения гарантий судей.

Реформа общих судов коснулась и проблемы продолжительности судебных процессов. Соответствующими процессуальными нормами были четко ограничены сроки рассмотрения дела в каждой из судебных инстанций. Повылся уровень менеджмента судебных процессов и администрирования судебной системы. Улучшено материально - техническое обеспечение. Здания судов были реконструированы и отремонтированы.

С целью «разгрузки» судебной системы усилены полномочия и расширены функции органов Гражданского реестра, находящимся в подведомственности Министерства юстиции. После пакета законодательных изменений они стали правомочными исправлять неточности в записях актов гражданского состояния, что раньше относилось к безусловной прерогативе суда⁷.

Согласно законодательным изменениям 2010 года, вошедшим в Конституцию, Конституционный Суд, начиная с года также будет правомочен рассматривать иски органов самоуправления (поданные от лица Советов) по вопросам соответствия нормативных актов главе 7 Конституции, а также, по представлению Высшего Совета Юстиции, будет рассматриваться вопрос соответствия нормативных актов статьям 82, 84, 85, 86¹ и 90 Конституции. В Конституционном суде действует институт «друга суда» (*amicus curiae*), который позволил заинтересованным лицам в письменном виде подавать свои мнения в отношении конкретного рассматриваемого дела.

¹ Член Правления НПО «Статья 42 Конституции», консультант Государственного Координационного Совета по вопросам лиц с ограниченными возможностями, член редколлегии данного журнала.

² Постепенное реформирование судебной системы происходит с 2005 г.

³ Если в период 2003 года финансирование составляло 11.1 миллионов лари (национальная валюта), то в 2011 году эта сумма составляет 38.8 миллионов лари.

⁴ Закон, принятый Парламентом 28 декабря 2005 года.

⁵ Законодательные изменения от 25 мая 2006 года. Впоследствии количество представителей судебной системы и Парламента было не раз изменено, но незначительно.

⁶ В 2005-2006 годах дисциплинарная коллегия была серьезным механизмом воздействия на судей, исходя из состава представителей коллегии.

⁷ Закон «О гражданских актах».

Согласно последним конституционным изменениям, правом участия в выборах обладают лица, являющиеся гражданами государств-членов Евросоюза, рожденные и в течение последних 5-ти лет проживающие на территории Грузии⁸. Также уменьшен возрастной ценз для кандидатов в члены Парламента - на должность члена Парламента может быть назначен обладающий избирательными правами гражданин Грузии, достигший 21 года (ранее – 25-летнего) возраста.

Президентом Грузии может быть избран обладающий избирательными правами и проживающий в Грузии на протяжении не менее 5 лет, достигший 35-летнего возраста кандидат. Ранее в кандидаты на пост Президента мог баллотироваться только гражданин Грузии, получивший гражданство по рождению.

Реформе подверглась система прокуратуры Грузии. С 10 ноября 2008 года она перешла в подведомственность Министерства юстиции.

Созданные в подведомости Министерства Юстиции Дома Юстиции (начиная с 2010 года) функционируют по принципу предоставления полного и многофункционального сервиса получения входящих в компетенцию государства документов (получение паспорта, удостоверения личности, фактов рождения и смерти, регистрация собственности и т.д.).

Уголовное законодательство

С 1 октября 2010 года в действии новый Уголовно-Процессуальный Кодекс (за исключением некоторых глав и пунктов, которые вступают в силу постепенно - до 2014 года).

Новым Кодексом предусмотрено функционирование института присяжных заседателей. Согласно УПК, право на вбор рассмотрения судом присяжных имеет обвиняемый. Суд присяжных состоит из 12 человек, выбранных путем случайного отбора из 50 кандидатов в заранее утвержденном списке. Вынесенный присяжными вердикт, в отличие от рассмотренных в обыкновенном порядке дел, подлежащих опротестованию в апелляционном, а затем в кассационном порядке, опротестовывается непосредственно в кассационном порядке.

На начальной стадии данный институт применяется только по определенным видам преступлений (статья 109 УК - убийство при отягчающих обстоятельствах в рамках г. Тбилиси). Оценить эффективность данного института и его влияния на правосудие на сегодняшнем этапе невозможно из-за малочисленности рассмотренных дел (4 рассмотрения).

Новый Уголовно-Процессуальный Кодекс опирается на следующие принципы:

- Состязательность участников уголовного процесса как на стадии предварительного расследования, также при судебном рассмотрении, усечение стадии предварительного расследования и перенос акцента на судебное рассмотрение;
- Обязанность прокуратуры реагировать на любое возможное нарушение закона; ограничение роли прокурора участием только в уголовном преследовании и дискреционное право уголовного преследования;
- Оперативно-розыскная функция только на стадии предварительного расследования, под строгим судебным контролем;
- В процессе предварительного следствия усиление судебного контроля над соблюдением прав обвиняемого;
- Ограничение применения предварительного задержания и использование альтернативных мер;
- Отдельность стадии судебного предварительного судопроизводства;
- При оценке доказательств соблюдение принципа устности и непосредственности рассмотрения доказательств; Судебный процесс при участии присяжных;
- В апелляционном и кассационном порядке применение института допустимости жалобы.

Новшеством данного кодекса является присуждение обвиняемому права на проведение самостоятельного (или же посредством адвоката) нахождения доказательств. При оценке доказательств необходимо использование принципа «вне разумного сомнения» (принцип, используемый в практике Европейского Суда). Возможен дистанционный допрос свидетеля посредством применения технических средств.

Согласно новому Уголовно-Процессуальному Кодексу, решение Европейского суда является основанием для пересмотра дела по вновь выявленным обстоятельствам. Однако, заявитель, получивший признание нарушений перед Страсбургским Судом, обязан обратиться в апелляционную инстанцию в течение 1 года с момента вступления решения в законную силу.

С 27 марта 2012 года в силе законодательная норма, согласно которой по принятым до 1 января 2010 года Страсбургским Судом решениям заявитель уполномочен обратиться к суду по вновь выявленным обстоятельствам только в период до 1 июля 2012 года. Таким образом, внесенные после указанного срока заявления приняты не будут.

С вошедшими в июле 2010 года в Уголовно-Процессуальный кодекс дополнениями было определено дискреционное право прокурора по применению процедуры медиации в отношении несовершеннолетних.

В рамках проведенного в 2011 году с несовершеннолетними работали воспитатели, психологи и другие

⁸ Конституционный Закон Грузии от 22 мая 2012 года.

специалисты. Целью проекта является возвращение обществу законопослушного гражданина без наличия условного наказания. Программу прошло 100 несовершеннолетних. Проект был проведен в 5 городах Грузии и в течение 2012 года планируется расширение его действия на всей территории Грузии.

Кроме того, в настоящее время функционируют входящие в подведомственность Министерства здравоохранения и социальных вопросов службы медиации споров граждан со страховыми компаниями - в рамках страхования в сфере медицинского обслуживания.

Уголовный Кодекс Грузии

Для усовершенствования регулирования правоотношений в июле 2010 года в УК Грузии была внесена глава «Киберпреступления»⁹, состоящая из нескольких статей. Объектом защиты является целостность компьютерной информации. Криминализирован взлом компьютерной информации и незаконное пользование ею. Данные нормы в действии с 10 июля 2010 года. Соответствующие изменения также вошли в Закон Грузии «Об оперативно-розыскной деятельности» и «Электронной коммуникации».

Закон Грузии о собраниях и манифестациях

13 июня 2011 года, большинством членов Парламента были инициированы изменения в рамках Закона «О собраниях и манифестациях». Целью данного законопроекта, в соответствии с пояснительной запиской, была разработка принципов, соответствующих требованиям Венецианской комиссии о выполнении международных стандартов в отношении митингов и манифестаций.

Согласно законодательным изменениям от 17 апреля 2010 года, вошедшим в Кодекс об административных правонарушениях (статья 174), нарушение норм Закона Грузии «О собраниях и манифестациях» влечет штраф в размере 500 лари до 5000 лари или же задержание на срок до 90 дней (в зависимости от характера нарушения). Если же нормы нарушаются непосредственно организатором собрания или манифестации, то он несет штраф в размере 5000 лари¹⁰.

Закон Грузии о гендерном равенстве

В апреле 2010 года вошел в силу Закон Грузии «О гендерном равенстве». Закон закрепляет равный доступ женщин и мужчин к социальным, экономическим и политическим правам. Законом определяется функционирование при Парламенте Грузии Совета

по гендерным вопросам, которому присуждены полномочия определения государственной политики по гендерным вопросам. Закон содержит предписания декларативного характера и подлежит дальнейшей доработке.

Активная работа была проделана в отношении доработки механизмов защиты, предусмотренных Законом Грузии «О пресечении семейного насилия, защите и помощи жертвам семейного насилия»¹¹. Закон при вступлении в силу предусматривал частичное вхождение в силу параграфов закона, некоторые механизмы же подлежали дальнейшей доработке (например, вопрос создания государственных приютов для жертв домашнего насилия, профессиональная подготовка социальных работников и т.д.). Разработаны принципы работы приютов для жертв домашнего насилия и траффинга, подготовлено руководство для полиции по работе в области домашнего насилия и т.д. Дополнительными полномочиями в области регулирования вопросов, связанных с домашним насилием, был наделен Государственный Фонд по защите и помощи жертвам, пострадавшим от торговли людьми (траффинга).

Закон Грузии о политических объединениях

Согласно изменениям от 28 декабря 2011 года, политическим партиям запрещается передача гражданам денежных средств, подарков и любых материальных или нематериальных ценностей как посредством кандидата, также любого другого представителя.

Законом также были ограничены размеры сумм возможного государственного финансирования, пожертвований или других любых сумм, которые могут быть получены членами партии, непосредственно партией, или находящимися в связи с ней физическими и юридическими лицами (данная сумма не должна превышать 0,2% от полученного Грузией в течение предыдущего года валового продукта)¹². Согласно изменениям, размер расходов партии также не должен превышать 0,2% суммы, полученной страной за выработку валового продукта за предыдущий год.¹³

Гражданский Процессуальный Кодекс

С 1 января 2012 года в Гражданский Процессуальный Кодекс вошли изменения в отношении целого ряда процессуальных действий. Судебная реформа пошла по пути присуждения судье «стратегических функций» разбирательства конкретных споров, тех-

¹¹ Ранее, еще в 2006 году, были приняты Закон Грузии «О пресечении семейного насилия, защите и помощи жертвам семейного насилия» и Закон Грузии «О борьбе с торговлей людьми (траффингом)».

¹² Статья 5¹.

¹³ Статья 25¹.

⁹ Глава XXXI УК.

¹⁰ В силе с 27 апреля 2010 г.

нические вопросы были переданы канцелярии суда. Также увеличены обязательства истца.

Согласно новым правилам, канцелярия суда наделена полномочиями на проверку формальной стороны иска и приложенных документов. Ранее функция проверки формального соответствия иска принадлежала конкретному судье, в рассмотрение которого было передано дело. Если не соблюдены соответствующие реквизиты (использование специальной формы, установленной Высшим Советом Юстиции, заполнение обязательных для формы глав и т.д.), канцелярия правомочна отказать в принятии документов до исправления указанных недостатков.

Законодательные изменения также коснулись вопросов передачи корреспонденции стороне ответчика - если в суд обращается индивидуальный производитель (или его представитель), либо коммерческое юридическое лицо (или иск направлен против такового), то на истца накладывается обязанность передачи ответчику документов дела и в течение 2 месяцев представления суду соответствующего подтверждения. Если данная обязанность не исполнена, суд правомочен вынести определение о нерасмотрении конкретного дела. В случае если ответчик скрывается, истец правомочен ходатайствовать перед судом о публичном объявлении иска.

Допустима передача извещения по электронной почте, что приравнено к сдаче документации на руки (требуется предварительное согласие сторон). Посредством передачи документов по электронной почте получение корреспонденции подтверждается соответствующим электронным подтверждением.

Irakli Burduli¹

Contemporary Georgian Corporate Law and the Institution of Squeeze-out

I. Introduction

The role of corporate law in modern Georgia is invaluable. Despite the fact that corporate law in Georgia is not yet well established in practical terms – it appears to be a self-regulating, statutory, autonomy-based body – interest in it has not waned; in fact, the attention paid to it has been gaining momentum. Moreover, in contemporary Georgian law (corporate, entrepreneurial law) comparative corporate law has gained great importance. Many legal provisions that played a significant role in regulating certain corporate relations have simply been abolished and removed from the legislation. Therefore, the state placed many internal or external corporate relations under the jurisdiction of the private entrepreneur. This requires extensive experience, culture, traditions and judicial practice – something that Georgia may not yet be able to boast. Thus, review of corporate disputes or interpretation of related matters has been utilizing law or analogous cases – an implausible task if Georgian jurists were not well acquainted with the history of national corporate law and the development of modern trends and the similarities and differences between them. The aim of the article below, therefore, is to provide readers with information on key development trends of Georgia’s corporate law and, in that context, analyze the institution of the squeezing out of shareholders from joint-stock companies and its reality in Georgia.

The paper below consists of two major parts: Part I covers systematic trends that have emerged in corporate law, while Part II discusses the institution of squeeze-out and the form it takes in Georgia.

II. Background

Organizationally and structurally established subjects play a special role in contemporary multi-national society and assume great importance. Indeed, transnational corporate establishments create the world’s economic climate; in some cases, their property status greatly influences, internally or externally, the economic order of states. Therefore, the state needs to take a special approach to corporate subjects. Since

“corporate law provides the foundation of human beings’ organized economic activity”² there has been a growing trend toward global regulation³; nevertheless, regulation at the state level remains important. This is why any state must consider how it will “transplant” elements of global order into its national legislation so that economic incentives exist, the material and social conditions of the population improve, and sustainable economic development is ensured. Corporate law, with its rapid and dynamic development, usually serves this purpose. Its development in Georgia is mainly related to the progress of economic relations. The faster the civil-legal turnover develops in the state, the more rapidly corporate law evolves; and vice versa – the slower economic development is, the more obvious the level of development and the need for the refinement of corporate law becomes.

Georgia adopted and enacted the law “On Entrepreneurs” in 1995 and it has been amended numerous times thereafter. The amendments concerned matters of registration, charter capital, rights of small shareholders, issues of regulating labour relations with enterprise directors, etc. It is advisable, therefore, to study – with scientific method – the problems of corporate law with regard to amendments that have been made in entrepreneurial law. The refinement and development of corporate law, as an independent area of law, implies harmonization and unification of that law with European standards. This is crucial for attracting foreign investment, since, as mentioned above, improvements in this particular area will have an impact that reaches far beyond the conditions of the national legal framework. In order to create an ideal investment infrastructure, it is first of all necessary to liberalize corporate and entrepreneurial law relationships and bring them in line with contemporary standards. Although the introduction of liberal approaches should provide economic incentives, corporate law must ‘regulate’ liberalism to avoid it becoming a prerequisite for the absence of control or ‘anarchy’. This is a particularly sensitive area for countries in transition, where business ethics are either underdeveloped or entirely lacking and where corporate management – and the practice of meeting the demands of corporate creditors – does not exist. Only a tradition of having those elements and having them to a high level can lead to an organized self-regulatory order. In places that lack those elements, a flexible and targeted legal framework must exist and play a vital role in providing the incentive for developing and introducing such elements⁴ – something that must be defined by the state.

² Tinatin Tsereteli Institute for State and Law (publication) Contemporary Corporate Law - Theoretical and Practical Issues, “Meridian”, Tbilisi, 2009, #5.

³ In organized economy.

⁴ See to compare: concluding letter of the book: Chanturia, Corporate law, “Samartali”, 2006, 485.

¹ Professor of the Tbilisi State University, Dean of the Faculty of Law.

III. Systematic Trends in the Development of Corporate Law

The evolution of Georgian Corporate Law can be generally divided into two main periods: the first, dates from the adoption of the law “On Entrepreneurs” (1994) until March 14, 2008; the second, from then (2008) until the present.

It is acknowledged that Georgian corporate law, which contains the core of Georgia’s entrepreneurial law, represents a logical synergy of Germany’s and Austria’s public and commercial laws⁵. Indeed, in terms of organizational structure of corporations, registration terms and conditions, capital of the company, corporate governance, foundation autonomy and its boundaries, Georgian legislation was based on the German law. It should be noted, however, that the corporate law of Germany (as is also the case for Austria, Switzerland, and France) differs from Anglo-American law, from the systematic point of view, which implies not only systematic differences between them but also, to some extent, functional ones. Therefore, it shall be instructive to determine the place of Georgian corporate law in relation to these two systems.

1. “Liberalism” in Georgian Corporate Law

While it can be said that Georgian corporate law was established as legitimate law prior to 2008, legislators were especially cautious with regard to provisions regulating capital companies. The principle of so-called default rules⁶ was applied to sole entrepreneurs and corporate law failed to receive significant attention – in relation to both capital and joint-stock companies. However, on March 14, 2008, as a result of reforms, the situation radically changed with the passing of the law “On Entrepreneurs”, which now represents the main source of corporate law, and tended towards an American approach. A whole cascade of legislative amendments was introduced with the aim of establishing a liberalized approach to the Georgian economy and simplifying the environment for “doing business”; the amendments were intended to turn liberal principles into real relations. This is why the first step was related to simplifying the establishment of legal forms of entrepreneurial subjects.

1.1 Making registration of companies easier

The principle of registering entrepreneurial entities – and the procedure related to it – has changed radically, as has the type of state control over such entities (i.e. the content and official examination of relevant documentation).

As noted above, Georgian entrepreneurial law was closely related to German law, and this included provisions about the registration of companies and the state’s obligations relating to the regulation of entities applying for legitimate legal status.

The recent amendments abolished forms of material control, i.e. contextual control⁷, and implied only the need for official inspection⁸. In this way, the potential for abuse of power is excluded since the basis for the relevant body’s rejections or requests for corrective action is precisely prescribed by three paragraphs of legal provisions⁹.

Another notable aspect of the simplified registration process is related to an enterprise’s Statutes. As of 2008, several amendments were introduced. First, an environment was created in which the Statutes of the company (i.e. the Charter) no longer needed to be submitted to the registering agency. Thus, the Charter no longer represents an important precondition for the registration of an enterprise.

Traditionally, however, the Statutes – together with the civil act – were viewed as corporate. In brief, the Charter was viewed as an agreement between partners – it did not serve any function in the public sphere. Then, the situation changed, partly due to problems related to enforcement¹⁰. Consequently, a reality emerged in which the Statutes were legally considered as two separate documents. The mandatory requisites, contained in Article 5.1 of the Law “On Entrepreneurs”, concern a mandatory party to the Statutes with respect to foundation and corporate conduct, while partners establishing the company can easily establish facultative provisions – obligatory legal acts that regulate matters relating to the company’s internal organization. US Corporate law contains many parallels. Nevertheless, concerns over the fact that the Statutes were not considered as a mandatory and necessary precondition of registration led to an amendment in November 3, 2009. The American influence is still visible, however. The Delaware Common Corporate Law serves as a good example for comparison¹¹. The main difference between articles of incorporation and bylaws is that one is the document of foundation, corporate in nature, while the latter are of an

⁷ The so-called *Inhaltskontrolle*.

⁸ Currently, enterprises are registered via the commercial and non-commercial legal entities registry, which is a part of the Public Registry.

⁹ See the law “On Entrepreneurs”, Article 5³

¹⁰ By abolishing the registration of the shares of partners, it became almost impossible to recover assets subject to enforcement, considered as a share of the enterprise. Moreover, in cases when the debtor was the holder of the controlling block of shares and the director of an enterprise, and due to alterations in the amount of shares and related internal public accounting procedures, “altering” the internal documentation related to the amount of shares would not be significant – nobody wants to seize assets in an enforcement procedure in order to fully satisfy the creditor. But the case described above gave a partner very good grounds for such actions.

¹¹ DGCL, also R.M.B.C.A.; M.B.C.A (Model law of business corporations and its reformed version).

⁵ See to compare: Zoidze B., Perception of the European Private Law of Georgia, GTZ, Tbilisi, 2005, p.185.

⁶ The principle of dispositional regulation – a feature of US corporate law.

obligatory nature, regulating only internal organizational issues – for example, the structure of the company, structural units and their inter-relations, including division of functions, and the fiduciary obligations of directors. The similarities are quite evident.

1.2 *Distribution of profits, contractual representation*

Significant changes can be seen in Article 8 as well – its reformulation now allows a relevant body of the capital establishment to freely distribute profit among the shareholders several times a year. In addition, it follows the common practice in all types of capital legal bodies that calls any profit a dividend.

Norms regulating trade brokers and commissioners are entirely removed; all such relationships are now regulated by civil legislation – i.e. the Civil Code. A fact that most likely reflects the commercialization of civil law¹².

Any consideration of the contemporary trends of Georgian corporate law must pay special attention to capital companies. Indeed, the issue of distinguishing between solidary and capital companies in Georgian legislation is a pressing one¹³. Practice shows that the main business entity is the LLC, while less attention is paid to solidary companies (partnerships); however, it is the task of corporate law to establish practical and dogmatic differences. Therefore, the following section explores the nature of capital companies.

2. Capital Company Law

The Entrepreneurial Law managed to introduce a liberal approach towards capital companies. This is especially apparent in the LLC law, whose provisions became even more predisposed towards capital companies than those for partnerships. Indeed, the limits on foundation autonomy are much broader than those for any other legal form.

First of all, it is noteworthy that, similar to American corporate law, the Georgian law rejected the idea that there must be a certain minimum of charter capital in order to allow creation of the company. In Georgia, just like in America, it became possible to create the so-called “one tetri” companies, theoretically at least¹⁴.

Provisions about retaining assets were also abolished, which, may create serious problems¹⁵. The competence of the partners’ assembly became extensively dependent on

the Statutes; however, under Article 9¹ the Law envisages universal competences for all legal forms, the only exceptions being JSCs and registered co-operatives, for whom, in some cases, provisions in the Statutes may prevail over the Law.

The issue of eliminating a partner is also regulated in a new way¹⁶, the central provision for which is Article 3.7. The Charter (Statutes) may also prevail in this case. Today, therefore, the establishment of additional terms, the return of partially paid amounts, the violation of obligations to make additional payments, and the return of already paid amounts may be questioned during the partner exclusion procedure and questions over whether the enriched legal regime has been unjustified can also be applied to such cases¹⁷.

2.1 *Modernizing the JSC Law*

As of 2006, the main amendments to the Entrepreneurial Law concerned JSC regulatory provisions. The situation has radically changed in this area.

The legal form of the JSC differs from other forms maybe by the non-dispositional nature of regulation. Historically, this legal form of business regulation was about large enterprises, which traditionally had the opportunity of being funded via the capital market. Therefore, in economic relations, the JSC has always played a specific role – and this function remains today; this is why legislators pay so much attention to it.

2.2 *The Notion of JSC and Charter Capital*

Article 51 of the Law “On Entrepreneurs” contained a provision, which for the first time since the country’s independence, defined the joint-stock company. In contrast to today’s understanding, at that time, the provision stated that the notion of JSC contained different features – the JSC was a type of company that had authorized capital divided into stocks with the requirement that the authorized capital be at least 10 000 USD (a figure that later increased to 15 000 USD). To some extent, the legally established authorized capital minimum was intended to form a guarantee of meeting creditors’ demands. However, the reality was different: JSCs created with the authorized capital of GEL 15 000 failed to meet the creditors’ demands. Incidentally, for LLCs, the law envisaged an authorized capital minimum of USD 1 000 (equivalent in Georgian Lari) for a medium-sized company. The authorized capital of the LLC had the same function as that of the JSC. Therefore,

¹² For comprehensive information on the matter see: Burduli, Entrepreneurial (trade) law development in Georgia and Germany; Tbilisi, 2007, p.61ff.

¹³ Regarding typological issues of companies – for instance the Kiria Corporate Law System in Georgia – in the book: *Collection of the Corporate Law*, Vol. I, Burduli (editor), Tbilisi, 2011, p.8ff; Makharoblishvili, ‘Dogmatic and theoretical division of capital companies’ in *Law Magazine*, # 2, 2011, p.75ff.

¹⁴ Americans call such companies “one cent companies”

¹⁵ For more details on the matter, see Jugheli, Protection of Capital in the JSC, Tbilisi, 2010, p.261ff.

¹⁶ It basically implies elimination of the partner due to them violating their obligation to make contributions (failure to contribute, fully or partially).

¹⁷ For more details, see Burduli, ‘Legal Consequences of Failure to Contribute (Input): Utopian view on Exclusion of the JSC Partner’ in *Law Magazine*, 2010, # 1-2, 18-58.

if we look at the legal reality for LLCs, it becomes relatively clear why the provision on authorized capital for JSCs was abolished. After the law, adopted in 1994, all capital type companies should have had minimum legal authorized capital. However, as mentioned above, due to insufficient regulation and incorrect enterprise practice - unlike European countries (for instance, Germany, Austria, Holland, etc.)¹⁸ - minimum authorized capital failed to perform its key function. Thus, from 2005, the tendency to reduce it or abolish it emerged.

Minimum authorized capital had been one of the important institutions of Georgian legislation, which – as noted above – represents features of German law and is also considered part of Germany's cultural heritage. Thus, its abolishment meant that elements of American law had to be introduced. As a result of the 2008 reforms, it is no longer necessary to submit to the registering body a document that certifies the existence of such capital¹⁹; thus, authorized capital no longer represents a precondition of registering a Capital Company, creating a JSC, or ensuring full authority or capacity. This is a distinctly American way of establishing businesses. However, abolishment of provisions in Georgian legislation on retaining assets meant that both European and American law were overlooked. Moreover, as mentioned above, abolishment of the obligation to register changes in shares at the corporate registry²⁰, meant that national legislation had moved away from models of German and Austrian law. However, over the space of one year, experience proved that changes in the amounts of shares should not have been left solely to the Public Registry. It can be said that national legislation has inclined towards American law in this regard as well; however, the American law regulates the above mentioned matters differently due to variance with continental-European law. Ultimately, legislators concluded that every change or alteration in shares within a corporation must be officially registered, with the function of registration being assigned to the Public Registry Agency of Georgia.

2.3 Provisions regulating corporate governance

Together with the German institution of minimum authorized capital, Georgian corporate law adopted another: a dualistic governance system for JSCs, a model which operates in several European countries. I believe Georgia's decision to establish a two-tier governance system was right; however, due to poor governance practice and the lack of professionalism of managers (directors) and Supervisory Board members, the effectiveness of this

model has been questioned²¹. In 2008, Georgian JSC law rejected the model in favour of adopting a mixed model – the JSC is now free to choose between governance models, except for cases prescribed by law²².

The current version of the law contains provisions stating that there is no differentiation between regulation and the directors' activities. Pursuant to Article 55.7², in cases envisaged by the Statutes of the Company, the functions of directors may be transferred to members of the Supervisory Board. In addition, according to sentence 2 of Article 55.2, legislation grants that the Director of a JSC may also simultaneously be a member of the Supervisory Board. Thus the 'controller' can be the same as the 'controlled', a situation which I consider to be unsound. The last sentence of Article 55.2 does attempt to "correct the mistake" by indicating that in such cases the Directors on the Supervisory Board may not represent the majority of Board members.

It seems that this is another indication of the shift towards an American system; however, the American system regulates the matter differently. Certainly, a general notion that allows directors to participate in activities of the Supervisory Board, as long as they were in the minority, looks logical and justified²³. The Georgian law, however, leaves room for manipulation even in these circumstances.

Let's take a specific example: JSC "X" is an enterprise with a dualistic governance system. The Supervisory Board comprises seven members and the Directors' Board five²⁴. The Statutes declare that 3 members of the Directors' Board will also be members of the Supervisory Board. Given that the latter represent a minority at the Board of Directors and may not significantly influence decisions of the Supervisory Board, as a collegial body, then this type of corporate governance structure seems quite acceptable. However, there is a significant point to consider: the issue of the Supervisory Board's jurisdiction in decision-making. According to Article 54.6, the General Meeting of shareholders is authorized to decide on amendments to the company Statutes²⁵. Given that JSC law regulates the

¹⁸ There are different opinions on that matter, however. See overview Irakli Burduli, *Basics of JSC law*, vol.I, Meridian, Tbilisi, 2010, p.142ff; for more details, see Jugheli, *Protection of Capital in JSC*, 133-147.

¹⁹ "Sakartvelos Sakanonmdblelo Matsne", 2008, March 14, # 5913, Article 5.9.

²⁰ March 14, 2008.

²¹ In such a case, the focus would have been on Georgian reasons for legal amendments. But again, generally, granting the freedom of choice in the area of JSC governance represents one of the important aspects of corporate law. For instance, in German reality, restriction on granting such freedom was heavily criticized. See: Chanturia, *Corporate Governance and Management Responsibilities in the Corporate Law*, Samartali, Tbilisi, 2006, pp.131-135.

²² See Article 55.1 of the Law "On Entrepreneurs".

²³ Here, it is imperative to focus on the inclusion of outsiders in the enterprise's governance based on the functions of effective governance; then, in spite of the distribution of functions within the corporation, by engaging invited directors – the so-called "outsiders" – the enterprise would have been conformed to capital market requirements.

²⁴ In German, *Vortsand*, in Georgian it is the equivalent of "Directorate" or "Board of Directors".

²⁵ Considering the so-called "qualified majority", unless otherwise specified by the Statutes. In such a case it implies that the Statutes do not contain other provisions on the matter.

relationship between majority and minority shareholders²⁶, a dominant shareholder can easily affect a decision²⁷ of the Supervisory Board regardless of whether non-director members of the Board have the majority. In such a case, the Statutes could determine fundamental, substantial one-vote decisions (or, worse – a sole decision) with minority shareholder directors having a decisive vote. In short, in such cases there is no real governance of the company – not to mention control. This is why this matter urgently requires normative regulation.

It is also relevant here to mention that significant changes were introduced to provisions of the law on matters relating to the General Meeting, e.g. its functioning, activities and calling procedures. Similar to German law, the previous version of the Entrepreneurial Law contained regulatory provisions regarding the competence of the General Meeting, procedures for convening the assembly, as well as its functional distribution. Here too, Georgia's JSC law adopted a "default rule" – the regime of dispositional regulation – i.e. provision that the competencies of the General Meeting may be transferred to the Supervisory Board of the Board of Directors in full or in part²⁸. Such regulation is unknown in German JSC law²⁹.

I believe that the introduction of a clear-cut functional division between governing bodies of the JSC would increase Georgia's corporate governance culture³⁰, which in turn would have a positive impact on the Georgian economy.

3. Share Related Issues

According to the first version of the Law, the JSC would generally issue bearer and nominal shares. While the law did not envisage issuance of privileged shares by the company (together with other common/regular shares), it was possible to place privileged shares before the nominal amount of shares. Such a share, as a rule, did not ensure the right to vote at the General Meeting; however, a shareholder did receive certain advantages – for instance, the right to be the first to receive dividends, in the case of the company's liquidation, the right to be the first to receive his/her share of the assets, and having priority in satisfying their demands over the demands of other shareholders (given that after satisfying the demands of privileged

shareholders, anything remained at all to meet demands of other shareholders).

In 1999, Georgian corporate law underwent important reforms that were aimed at introducing contemporary JSC standards by approximating them to common European standards³¹. The Public Book, which, together with other papers, had accounted for all the shares of a company, was replaced by the Registry of Shares. The new version of the law permitted the issuance of privileged shares in the form of independent securities (together with regular shares).

The amendment itself, however, concerned the form (type) of shares and, in relation to this, a record was made that established that a JSC would only usually issue privileged shares as nominal. This record of the law appeared due to various factors, including attempts to approximate the domestic securities market to the world securities market³² and a consideration of the realities of the time – i.e. the fact that the absolute majority of JSCs did not issue securities "on-demand" and that such issuance was costly. Furthermore, in my opinion, nominal shares were abolished in order to give the joint stock company more control over its circle of shareholders. By issuing inscribed stocks, the governing bodies of the enterprise manage to identify and supervise the structure of shareholders much better than in the case of bearer stocks. However, nominal shares, in contrast to inscribed stock, have their advantages – for example, a quick and simple alienation regime and the rapidity of investment. If the previous edition of the law emphasized only bonds and optional loans in order to form the share capital of the JSC, the new law (1999) granted corporations the opportunity to *issue other capital issues*, and, correspondingly, allowed the entrepreneur to freely determine the formation (increase) of such capital by combining various legislative options.

As part of the same reforms, a new article appeared in the Georgian legislation on Joint-Stock Companies that, similar to the European Corporate Law, foresees the redemption of stocks by the association (for cases when certain preconditions oblige the association to redeem stocks owned by shareholders). However, this law did not determine the institute of redemption (by the enterprise) of its own stocks. This omission was later rectified by amendments and additions so that Georgian JSCs now have the opportunity to redeem their own shares. The mentioned institute plays an important role in the self-capitalization of the enterprise and in increasing the market rate of its stocks; in terms of economic development, this institute is vital.

²⁶ Kalss/Linder, *Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären*, Verlag Manz, Wien 2006, 1.

²⁷ It should be noted that in the given JSC, the dominant shareholder represents the majority of the Board of Directors (in its direct meaning) where the Shareholder and Director are the same person.

²⁸ Version of the law on Entrepreneurs in force, last sentence of Article 54.6.

²⁹ Where competencies of JSC bodies are clearly divided and prescribed in detail at the legislative level.

³⁰ The lack of such a culture will lead to poor corporate management and non-profitability of enterprises.

³¹ "Sakartvelos Sakanonmdeblo Matsne", Law on Entrepreneurs, June 9, 1999 #2073.

³² At leading securities market, only nominal securities are quoted. Some stock exchange does not allow for introduction of any other types of securities except nominal; i.e. New-York Securities Market.

An important amendment and addition related to Georgian legislation on Joint Stock Companies determined norms on mandatory tender offers and sales of shares. Clause 53² of the law prescribed the following control index: if more than half of voting stocks are held, the shareholder or a group of shareholders operating jointly are obliged to make an offer to the rest of the shareholders concerning redemption of stocks. This, to some extent, determines mandatory legislative grounds for concluding agreements by an entity holding more than half of the voting shares, while at the same time meshing with common trends in the development of modern Corporate Law. In this case, the shareholder holding the voting rights is obliged to make a public offer to the rest of the shareholders concerning redemption of their shares. Together with the norm on mandatory tender offers, regulations on mandatory sales also entered into force. This issue touched on the so-called squeeze out principle, which has caused deep discontent among society, especially among Georgian lawyers. Indeed, the norm was appealed in the Constitutional Court of Georgia on the grounds that it contradicted the Constitution of Georgia, and on 18 May 2007, in accordance with Decision #2/1-370, 382, 390, 402 and 405 of the Constitutional Court of Georgia, the norm was declared unconstitutional and abrogated. In 2004, joint directives of the European Union had determined the principle of mandatory sales of stocks (shares) among the common European legal environment and member states had been obliged to incorporate the abovementioned principle into national legislation by 2006.

It seems that Georgian legislators were not prepared to accept the abrogation of this clause since the principle of mandatory sales of shares was provided for in the new law on Entrepreneurs (Clause 53⁴) with the mechanism for determining a fair price of stocks being completely reformulated. This generated much interest in the hearing at the Constitutional Court. In determining a fair price for shares, the court undertook an important function: a special chapter was added to the Civil Code of Georgia that prescribed procedures on mandatory sales of stocks.

There are two other significant amendments worth emphasizing:

4. Making Decisions Without Calling a General Meeting

In accordance with the law on Entrepreneurs, a majority among 75% of vote-holders can adopt decisions without summoning a General Meeting – i.e. a Protocol is equal to a General Meeting. This amendment causes some interference with and restriction of shareholders' corporate-legal rights since it conflicts with individual rights that are determined for all kinds of shares – an unalterable principle of the Law on Joint Stock Companies.

4.1 Individual rights

Corporate law traditionally demarcates the governance rights of individuals and minority shareholders; the individual rights of shareholders are ensured despite the number of shares held by the partner and percentage (voting right) indicator in the corporation. In brief, the rights prescribed by the law are guaranteed to all shareholders; they can exercise those rights regardless of the percentage indicator of participation in the corporation.

4.2 The right of participation in the General Meeting (GM) as a right connected to the GM

The right to participate in the GM must be emphasized as one of the shareholder's individual rights – it is a corporate guaranteed right that is declaratory in nature and of which any partner in the company may not be deprived. Although the right to participate in the GM is not regulated legislatively, it is authoritative as it proceeds from the shareholders' status of being a corporation member. Thus, it is generally considered that the right to participate in the GM exists on the basis of unity of membership rights and is not guaranteed by anything else. In any consideration of the right to participate in the GM, the issues relating to the type of shares held by the enterprise partner are irrelevant; the holding of any share grants this right to the shareholder. In addition, the opportunity of participation is granted to the shareholder despite the percentage indicator held. Since the right guarantees the shareholder's participation in the GM, it represents one of the shareholder's *powers* but not one of their *duties* – i.e. in contrast to other entities, the shareholder is not obliged to participate in the meeting.

The right to participate in the GM involves the right to *attend* the meeting, which itself implies the rights to *ask questions* and *make statements*. As a rule, the relevant rights of shareholders will be exercised at the shareholders' GM and are exercised in relation to the items on the agenda; unreasonable and baseless use of these rights will result in certain disciplinary measures. It is important that the right to participate in the meeting is broader than the right to vote in the meeting. Although the right to vote is directly linked to participation in the meeting, the latter is an independent right and should not proceed from the former. Therefore, it can be said that the right to participate in the GM involves the right to vote but that if a shareholder does not have the right to vote, nobody has the authority to deprive them of the right to raise questions (or make a statement) and express their opinion. Thus, the right to participate in the meeting must not be restricted by the Enterprise's Charter; any charter that includes such restrictions will be deemed void.

The right to participate in the GM of shareholders does not represent a right with a "high individual nature"; the exercise of it is not dependent on the participant's per-

sonhood. That is why the legal right of participation can be transmitted to a representative by the individual (shareholder). The representative, of course, will not exercise the status of a shareholder; but they will have the rights that were mentioned as individual rights of shareholders above. The right exercised by the representative to participate in the meeting proceeds from the right to vote prescribed by paragraph 3 of clause 134 and paragraph 135 of the Law on Joint Stock Companies. The same is prescribed by the "law on Entrepreneurs" – the last sentence of clause 54 point 3, states that the participation of a representative at the GM is allowed on the basis of a written power of attorney.

The right to participate in the GM is contingent on whether the shareholder is listed in the shareholders' registry. This condition is directly addressed by the German law on Joint Stock Companies. While some differences exist between the records of German law on Joint Stock Companies and the first sentence of point 2 of clause 51 of the Law on Entrepreneurs, the Law on Entrepreneurs follows suit in terms of general content. Thus, national legislation states: "the property right of the shareholder is confirmed by the record in the stock registry of joint-stock companies, or records on nominees". This norm is related to constitutional property rights. It does not relate to who the buyer of shares is – whether the shareholder is society or third parties. The records of the German law specifies on this matter, stating that within relations with society only an entity registered in the stock registry can be deemed as a shareholder. As a result of interpreting German and Georgian legislation, therefore, the opinion that the right to participate at the GM can be verified by the existence of a record can be established; i.e. a shareholder (or their representative) will participate in the GM after the record in the stock registry confirms their constitutional legitimacy.

The share can be possessed by two or more entities under co-tenancy rights. For instance, shares represent the co-tenancy of spouses and in accordance with clause 51, point 2 of the Law on Entrepreneurs both must be registered in the stock registry as holders of shares (of a certain amount). At this point, a question arises: are both of them guaranteed the right to participate at the GM, or does the mentioned right involve any restrictions? According to German legislation, the right is exercised by *only their representative* but not by the spouses separately. Correspondingly, the so-called *Teilnahmerecht* will be exercised by only the latter. It is important to mention that the abovementioned stand is strengthened by the first paragraph of clause 69 of the Law on Joint Stock Companies. Unfortunately, such a record is not considered by Georgia's Law on Entrepreneurs. This makes the transfer of the mentioned principles into the framework of Georgia's legislation very difficult. In my view, this means that in Georgian legislation not only will no-one be able to prohibit shareholders from exercising this right at the GM but also

shareholders may have one representative at the GM. This argument is supported by the fact that Georgian legislation on civil procedure provides that parties and their representatives are empowered to participate in legal proceedings but also allows that participation of a representative does not exclude the participant's (who may attend the proceeding) right to participate and exercise, for instance, the right to make a statement or raise questions, etc.

5. Abolishing Duties on Minute-taking

The legal obligation to take minutes in the course of the General Meeting has been abolished. This, in my opinion, is a significant blunder as it may lead to numerous problems related to procedures and legislation and burden of proof.

6. Conclusion to Part I

In short, since the Law on Entrepreneurs was adopted, numerous amendments and additions have been proposed such that it can be said that the evolution of (modern) Georgian corporate law falls into two parts: that from 1994 to 2008, and that from 2008 till present. It is difficult to say which model – German or American – the current national legislation is similar to. In my view, Georgian legislation has become an institute formed on the basis of a synthesis of both systems. Today, the State needs to prioritize how it will determine the right direction and proper development of the system. From this point of view, it would be desirable to direct Georgian law on Joint Stock Companies to Europe. Although Georgia is not a member state of the European Union, the country has undertaken certain obligations to bring national legislation in line with European directives. Therefore, the real need for researching German and European Laws on Joint Stock Companies is once more apparent; it is hoped that discussions over these issues will become increasingly vigorous among Georgian lawyers.

IV. Squeeze out – The Mandatory Sale of Shares

1. Introduction

Amendments to the Law on Entrepreneurs on 24 June 2005 introduced clause 53³ to the law, prescribing the principle of mandatory stock sales in joint-stock companies (JSCs). However, according to Decision #2/1-370, 382, 390, 402 and 405 of the Constitutional Court of Georgia, adopted 18 May 2007, this norm was deemed unconstitutional.

Nevertheless, some time later the Parliament of Georgia adopted a rule with similar content, although procedurally different. This was again appealed in the Constitutional Court of Georgia but a substantial consideration of the

case was not reached and the relevant norm in the Law on Entrepreneurs was left unchanged. Since adopted, Georgia's legal community has been in constant debate over this institution and its connection with private and public (constitutional) laws. Therefore, the second section of this article will examine the issue in detail.

2. Historical overview

The mandatory sale of shares is not unknown among a number of Western countries. As early as 1985, Great Britain's "Company Act" determined "substantial legal grounds to expel minority shareholders". This is the central institute in Great Britain for expelling minority shareholders from a company. Before that, in the 1970s, in Sweden's Law on "Legal Entities" additions were adopted that allowed a partner with the right to vote who held more than 90% of the shares to expel a minority partner from the company by means of mandatory sales of shares. In terms of Europe, this was the first country to deal with court appeals on the issue – appeal applications that were also submitted to the European Court of Human Rights. However, the court rejected the case and refused to satisfy the claims. The "expulsion" of minority shareholders is also familiar in the USA under the "Law of Member States", while the legal grounds for it were also prescribed by the European Union for EU states. Furthermore, directives on enterprise takeovers, adopted in 2004, determined that the mentioned principle must be incorporated into the national legislation of EU member states by 20 May 2006.

It is only relatively recently that such norms have appeared in German-speaking countries (i.e. Germany, Austria). "The Act on the Purchase of Securities and on Takeovers 2002" and additions to the Law on Joint Stock Companies brought the institute to Germany; in Austria, since the law "On Control over enterprises and their subordination" that had been adopted in 1999 did not include expulsion of minority shareholders, reforms established the mechanism in 2006 ("Exclusion of Minority Shareholders") and brought the country into line with the abovementioned EU directive.

3. Control Threshold Required for Exclusion of a Minority Shareholder (Partner) from the Company

In the takeover directives adopted by the European Union, a control threshold was determined for expulsion of a company's minority shareholders for EU member states – it was set at a minimum of 90% of the shares of those with the right to vote. In addition, member states were allowed to determine a higher control threshold (clause 15 of the EU directives in the field of takeovers).

Indeed, for a so-called 'squeeze out', German legislation requires a minimum of 95% control threshold (partici-

pation) – i.e. to expel minority shareholders, 95% of the shareholders must vote – something that is protected by "The Act on the Purchase of Securities and on Takeovers" of Germany. In order to have sufficient legal grounds for the expulsion of minority shareholders from the company, the expelling entity must hold at least 95% of the company's basic capital and have the right to vote.

The institutes of the mandatory tender offer and the expulsion of a minority shareholder are closely linked; the former also gives power to a dominant shareholder to expel a minority shareholder from the company. Thus it is said that "the new law on takeovers grants the dominant shareholder the right to take possession of the capital shares of minority shareholders by means of cash payment". The party making the offer, who by means of the public offer took complete possession over the target enterprise (company) and by this carried out its integration into its concern, has financial interest, above all, to fully control the mentioned enterprise (company); thus the interests of the dominant shareholder to fully control the enterprise shall be considered jointly with the interests of the minority shareholder. Whether staying in the concern of the shareholder who redeemed the shares is worthwhile (or not worthwhile) for the minority shareholder, whether his/her share in the enterprise will be "viable", and whether he/she will have a way of protecting himself/herself against the vast majority of the company should be taken into account – one of the main arguments why there is a need to regulate this mechanism at the legislative level.

Thus, expulsion of a minority shareholder shall be allowed only after a fair price for their shares has been calculated; only in this case can it be deemed that the minority shareholder will manage to rescue his/her assets in the form of fair and appropriate compensation. If the shareholder stays in the company, they can be in the regime of complete "freeze". The only interest the minority shareholder can have is to receive profit from his/her shares. In other words, the minority shareholder wishes to receive a substantial dividend while the opportunity to receive the mentioned dividend can be blocked according to a decision of the General Meeting (which cannot be amended by the minority shareholder). Thus, the following question arises: if he/she will not be able to participate in the enterprise's management (he/she only has that opportunity hypothetically) and receive the dividend as well, then what interest can the minority shareholder have to stay in the enterprise? Hence, it is deemed that the institute on expulsion of minority shareholders supports not only the dominant shareholder but also defends the minority shareholders since they receive fair compensation for their capital investment. In short, this mechanism/principle is considered fair; if a minority shareholder is unable to carry out actions towards the absolute "governor" and receive profit, then the "actor" grants them the opportunity to 'save' their assets.

However, the question can be put differently: is this the *only* way that shareholders can save their assets? The Law on JSCs considers the principle of independent alienation of shares (with several exceptions), which gives the opportunity to alienate shares and receive appropriate recompense. Thus, the minority shareholder can exercise discretion and wait for the enterprise to develop before selling their shares for a higher profit at some later time. In this way, it is apparent that squeeze-out is not (and should not be) the only way of saving assets. Moreover, the will of the minority shareholder – whether they wish to sell the shares or stay in the company – must be properly taken into consideration.

In the case of mandatory tender offers, the minority is always put into profitable conditions – he/she has the opportunity to foresee the degree of liquidity of the shares and make a choice: either sell the shares to the offering person or stay in the company. In case of expulsion, however, the opportunity to make a subjective and free choice is effectively taken away – although there is fair compensation, the minority shareholder must concede their assets. In such cases, the minority shareholder is forced (by circumstances) to make a decision. This apparently contradicts the orientation of corporate law towards on the individual's free choice. Shouldn't participation or non-participation in a company's shares be determined by free choice? Indeed, one wonders whether this mechanism does not infringe the borders of such independence.

4. Squeeze out as a Means of Stimulating Capital Investment

German legislation has two ways of expelling minority shareholders from a target company: "The Act on Purchase of Securities and on Takeovers" and the Law on Joint Stock Companies. In the former, those offering to buy the minority shareholders' shares can apply to Court (the "Landgericht" of Frankfurt/Main) with a motion requesting expulsion; according to the court's verdict, minority shareholders can be expelled from the target enterprise (company). The majority index required by "The Act on the Purchase of Securities and on Takeovers" is based on stipulations of the Law on Joint Stock Companies. As for this law, as previously mentioned, an addition was made to it (and adopted) that determines the institute of expelling minority shareholders. This law allows the dominant shareholder to request a General Meeting (called by the board) of the JSC, where the issue of expelling the minority shareholders from the company will be considered. Any transmission of shares from minority shareholders to dominant shareholders requires a registered decision made by the General Meeting. That is why it is said that the decision of the General Meeting "transfers proceedings on shareholders' expulsion to the platform of regulated

corporate law" and this ensures a significant probability that the interests of the minority shareholder are adequately considered. Moreover, minority shareholders are also protected via membership in their company, which gives sufficient grounds to dispute inappropriate (flawed) decisions taken at the General Meeting. And since shares held by minority shareholders are transferred to the dominant shareholder before registration of the decision, the market-price of the shares loses force.

It is instructive to briefly examine how Austria has legislated on this matter. To expel a minority shareholder from a company, Austrian legislation determined a control index of 90%. Although the "Law of Austria on Joint Stock Companies" does not include special norms on this issue (in contrast to Germany's law), there is a common law that covers not only JSCs but LLCs as well. That is why Austrian legislation uses the term "principal partner" and interprets it. In order to expel a minority partner, it is required that a decision on expulsion is made at the General Meeting (of the respective JSC or LLC) by the rest of the company's partners. In contrast to Austria's legislation, the Law on Entrepreneurs determines the right of expulsion of only minority shareholders and such authority does not cover other types of company (e.g. LLC) with capital types of industrial activities.

In the course of adopting additions to the Law on Entrepreneurs, this has probably arisen due to the concern of legislators to transform hybrid JSCs into operative and healthy LLCs – the Constitutional Court of Georgia's governmental representatives claimed that the vast majority of Georgian enterprises had established themselves as JSCs due to the surrender of assets (i.e. their privatization). They claimed that they have not seen capital investment in reality, and thus have morphed into a hybrid entity. However, these claims were not confirmed by the Constitutional Court; it noted that it was not acceptable to form a common approach towards JSC that compels such hybrids to transform into LLCs but that determination of legally effective business structures must be carried out on a case by case basis since the reason for the failure of certain JSCs was not their legal structure but lack of effective and reasonable management.

When the norms regulating shareholders' expulsion are considered as an essential element of developing the capital market, then it is logical that the principle of squeeze-out should be applied not only to JSCs but to LLCs as well. The fact is that as a result of a mandatory tender offer, the offering party assumes the status of principle shareholder and his place in the target enterprise (company) will serve as a stimulus for more investment in the enterprise. In economics this principle is known as the synergy effect – the expectations and

hopes of fully controlling the enterprise gives the opportunity to carry out more investment in the enterprise. This deserves a positive assessment from a common economic point of view.

Consequently, there is a link between mandatory tender offers and the expulsion of shareholders, a connection that proceeds from financial goals. Having reached the control index and with the investment of a mandatory tender offer, the dominant shareholder is in control – the company is completely subordinated (and for this reason, the entity will donate more funds). And this right may be exercised due to partners' expulsion. That is why it is said that "in order to expose business initiatives, constitutional space must be created". Specifically, the mentioned industrial independence shall be considered as a precondition for encouraging the investor to invest. Therefore, if clause 53³ of the Law on Entrepreneurs involves only the desire to invest, then such provisions should similarly cover LLCs. For, why should the (principle) partner in this type of enterprise be deprived of the opportunity of creating a stimulus for investment?

This flaw in Georgia's legislation was partially amended after the institute of squeeze-out was newly determined at the legislative level. After the court had examined and determined a fair price, the gap was filled. Indeed, anyone observing the course of the first trial at the Constitutional Court (where the abolishment of clause 53³ was being considered) could see that for those who launched the constitutional action on the redemption of shares, it was 'fair price' that was of utmost importance. In short, the abovementioned clearly emphasizes that in the mandatory redemption of shares a decisive factor is whether there is a fair price paid for those shares.

In general, when European and Georgian standards on enterprise takeovers are compared, a similar ethos can be seen – i.e. the formation of transparent frame-conditions, setting equal conditions for partners and creating opportunities for attracting investment, which leads to improvements in the general economic climate of the country. Therefore, the Georgian government should be encouraged in its efforts to harmonize national legislation with European laws. Nevertheless, the specific of the Georgian reality must be taken into consideration – without this it will be impossible to effectively incorporate these European standards into national legislation. Development of the capital market should be considered as one of the principle stimulating factors for the institution of squeeze-out, but it is vital that the norm and the related legislation are analyzed from an economic point of view. This could reveal how appropriate and effective the clause to the Law on Entrepreneurs is for Georgia's corporate law and the general improvement of the country's economic climate.

And the last noteworthy issue is:

5. The Requirement to Justify the Purpose of Redemption

One of essential issues related to minority shareholders' expulsion from the JSC is whether there is a need for the redemption of shares to be justified, theoretically and practically, by the dominant shareholder. This issue relates to the last sentence of point 3, clause 53⁴ of the Law on Entrepreneurs and part 2, article 309⁹ of the Civil Procedure Code of Georgia. The question is whether it is *necessary* for the dominant shareholder to indicate material aims in their redemption of shares – specifically, why he/she needs the shares held by the minority shareholder (or shareholders). How the phrase *the purpose/goal of redemption* in the Law on Entrepreneurs shall be understood is an issue – is it 'formal' or 'contextual'. Formally, the goal can represent the dominant shareholder's desire to obtain more than 95% of the shares with a right to vote, in which case the law automatically grants them authority to redeem shares from minority shareholders. From a contextual point of view, however, the majority shareholder must indicate the real purpose for redeeming the shares – for instance, to achieve the synergy effect or conduct more investments, etc. Legislation on civil procedures does not prescribe such provisions to the dominant shareholder; the procedure is carried out by means of judicial filtering (screening). The grounds for launching legal proceedings in court are an application submitted by the relevant party, which means that it is not obligatory for a dominant shareholder to state their purpose of redemption in court. Nevertheless, in such cases, it seems reasonable that a brief justification, a clarification of the real intentions of the majority shareholder, could help to ascertain whether the exercise of the norm would be in the interests of the development and economic benefit of society. This would be an important argument for deeming the institute of squeeze-out constitutional.

6. Conclusion to Part II

The second section of this article shows many developed economies endorse the possibility of expelling or 'squeezing out' minority shareholder's from a company. In this respect, Georgia is not behind modern trends and this is certainly to be welcomed. However, in order to fully ascertain the expediency of this norm and its economic effectiveness, it is necessary to carry out analyzes of the relevant legal clauses in order to explore the prospects and economic outcomes that adoption of the norm brings.

The Management of Limited Liability Companies in Armenia

This article explores how the management of Limited Liability Companies (LLCs) is regulated in the Republic of Armenia. This type of company is one of the most widespread forms of legal entity – as of June 1, 2010, there were around 38 000 LLCs operating in Armenia². The economic basis of its activities is the investment of capital into general circulation by a person or a group of people, with a limited business risk for those participants and the opportunity to personally participate in the regulation of its activities.

To gain insight into this type of commercial organization, the article will outline relevant legal acts and theory related to LLCs and discuss the formation, the role and procedures of the organization's different management bodies (the General Meeting, the Executive Body, and the Supervisory Commission).

I. Introduction

The Limited Liability Company³ – as a distinct form of legal entity – exists in many states but is most widespread in European countries. Indeed, the first Law on LLCs was adopted in Germany in 1980, a precursor of which was the French Law on Commercial Organizations that contained a separate chapter on LLCs.

Corporate management is a set of procedures and policies implemented by LLCs in an attempt to regulate and protect the interests of “businessmen”⁴. In order to successfully reach its goals, corporate management should be implemented according to certain principles, such as equal treatment of the company's participants and respect for their rights, the recognition of other businessmen's interests, clear roles and responsibilities of the board, integrity, transparency and openness⁵.

Legislation in this sphere mainly comprises the RA Civil Code⁶, the Law on Limited Liability Companies⁷, and the Law on Joint-Stock Companies. Special types of LLCs, such as banks, settlement organizations, and insurance companies, are also regulated by separate laws.

II. The General Meeting of the Limited Liability Company

Article 35 of the Law concerns the management bodies of LLCs and identifies the following:

1. General Meeting;
2. Board (although its establishment is not mandatory; it can be formed if required by the LLC's charter);
3. Executive Body;
4. Supervisory Commission.

Article 57 of the RA Civil Code (Part 1) stipulates that the legal entity acquires civil rights and undertakes civil duties through these bodies, acting in accordance with the Civil Code, other legal acts, and its Charter.

According to RA legislation, the highest body of the LLC is the General Meeting; the other bodies are formed or acquire specific rights either directly via the General Meeting or indirectly via the Board of Directors or Executive Bodies. The General Meeting is not a permanent body; it exists through either regular or extraordinary meetings. These gatherings of shareholders are vital since they inform participants about the LLC's activities, accomplishments, problems and future programs and enable them to take part in key decision-making. Moreover, the participants' right to access information about the activities of the LLC and participate in the management of the company are realized through this body⁸.

The regular General Meeting must be held at least once a year. There are special timeframes for the General Meeting when the meeting is being held in order to approve the annual outcomes of the company's activities – it must be convened no earlier than 2 months before and no later than 6 months after the end of the financial year. Other specific timeframes may be defined by the Company Charter within the bounds of the abovementioned time periods⁹.

The Extraordinary Meeting of the LLC participants is held when: (i) the LLC Charter prescribes it; (ii) the interests of the LLC and its participants demand it. The meeting is convened by the Executive Body and aims to address urgent issues pertinent to highest management¹⁰.

The Law stipulates that several rights belong exclusively to the General Meeting. The General Meeting cannot delegate decisions on these issues to the Council or the Executive Body, provided there are no exceptions permitted by law. The exclusive rights of the General Meeting of Company shareholders are:

1. Determination of the main directions of the LLC's activities, as well as issues relating to founding organizations or participating in organizations.

¹ Expert in GIZ Program “Advice on Legal and Judicial Reform in the South Caucasus” in Armenia.

² www.stateregistry.am.

³ Hereinafter referred to as LLC.

⁴ See Shitkina I. S. “Corporate Law”, “Volters Kloover”, Moscow, 2007, p. 282.

⁵ See Shitkina I. S., pp. 158-159.

⁶ Adopted on July 28, 1998.

⁷ Hereinafter referred to as “the Law”. Adopted on October 24, 2001.

⁸ See Avetisyan V. D., Law of associations pp. 134-145.

⁹ See Article 37, part 2 of the Law of the Republic of Armenia on Limited Liability Companies.

¹⁰ See Iontsev M. G., Joint-Stock Companies, Os-89, Moscow, 2002, p. 121.

2. Changes to the LLC Charter and to the size of the Charter Capital.
3. Formation of the LLC's Executive Bodies and early termination of their powers as well as issues relating to assigning the rights of the Executive Body to a commercial organization or sole entrepreneur.
4. Selection of the Supervisory Commission (auditing body) and early termination of its powers.
5. Approval of annual reports and the annual balance sheet.
6. Decisions on distribution of profits among LLC shareholders.
7. Acceptance (approval) of documents that regulate the internal activities of the LLC (by laws of the LLC).
8. Adoption of decision for LLC to issue securities.
9. Adoption of decision for LLC to be audited.
10. Adoption of decision for LLC to be restructured or liquidated.
11. Appointment of the liquidation commission and receipt of the liquidation balance.
12. Solution of any other issues envisaged by the Law and the LLC Charter.

The General Meeting can be held in two ways: (i) participants gather to discuss agenda items and adopt decisions; (ii) participants adopt decisions via distant voting¹¹.

While the Law prescribes a procedure for convening a General Meeting, it allows leeway for the stipulation of a simpler procedure – although for such cases the unanimous decision of the General Meeting is required. First, the body with the authority to convene the General Meeting decides that the General Meeting will be convened and starts preparing the agenda. Once the agenda has been established, LLC participants shall be notified about the convening of the General Meeting no later than 20 days in advance. The notification shall include the place, date and agenda of the General Meeting.

Each participant has the right to propose additional issues to include in the agenda (no later than 10 days before the General Meeting), and if such issues are proposed, then they cannot be changed. A proposed item can only be excluded when: (i) they are unrelated to the jurisdiction of the General Meeting; (ii) they are not relevant to legal requirements. If additional issues proposed by the LLC participants leads to changes in the agenda, the participants shall be notified no later than 5 days before the General Meeting.

The Law stipulates that when issues related to LLC participants are included in the agenda, the relevant information and materials must be supplied to them¹². These issues are:

1. The Annual Report of LLC.
2. Stipulations of the Company Charter.

3. Conclusions of the Supervisory Commission (controller) and the auditor on the results of checks on annual reports and accounting.
4. Information on the candidates in the Executive Body, the Board and the Supervisory Commission.
5. Drafts of changes and supplements to the LLC Charter or the draft of a new edition of the LLC Charter.
6. Drafts of LLC internal documents (bylaws).
7. Any information (materials) stipulated by the LLC Charter.

The procedure for holding the General Meeting is prescribed by the Law, the LLC's Charter, and bylaws. Procedural matters not regulated by these documents are regulated by General Meeting decisions.

Unless participants have registered before the General Meeting commences, they shall not be permitted to take part in voting¹³. Shareholders may participate in the meeting's voting in person or through an authorized representative. When registration of participants is over, the General Meeting begins and is chaired by the Executive Body.

In order for the General Meeting to be valid, more than half the total number of participants eligible to vote must be present. Different proportions of votes are required for the adoption of different decisions – for example, at least two thirds of the total number of voting LLC shareholders is needed for the adoption of the following decisions:

1. Changes to the LLC Charter and size of LLC capital;
2. Adoption of decisions on restructuring and liquidation of the Company;
3. Decisions on other issues prescribed by the Charter.

A greater number of votes can be prescribed by the Charter for the adoption of certain strategic decisions. All other decisions are adopted by the majority of the total number of voting LLC participants (if a greater number is not envisaged by the Law or the LLC Charter).

The General Meeting can also be held via distance¹⁴ – decisions can be adopted without a physical gathering with votes cast through the exchange of documents by mail, telex, facsimile, telephone, electronic means, or any other means of communication that allows for the validity and documentary confirmation of exchanging messages. In such cases, the procedure discussed above does not apply; rather, it is stipulated by the bylaws of the LLC. The procedure shall prescribe:

1. Mandatory notification of LLC participants about the proposed agenda;
2. Opportunity for the LLC participants to familiarize themselves with all the required information and materials before voting starts;
3. Mandatory notification of the LLC participants about the amended agenda;
4. Deadline for voting procedure.

¹¹ <http://www.md.spinform.ru/md-ooo.html>.

¹² See Makarova O. A., *Corporate Law, Moscow, 2005*, p. 96.

¹³ See Avetisyan V.D., *Law of associations*, pp. 134-145.

¹⁴ <http://www.md.spinform.ru/md-ooo.html>.

When an LLC comprises just one shareholder, the above rules do not apply; all decisions are adopted by that shareholder in written form.

III. The Executive Body of the Limited Liability Company

The Executive Body expresses the company's will as to how the company acts in its external relations, acquiring rights and undertaking duties. It aims to secure the company's profitability, competitiveness, and financial stability as well as protect shareholders' rights¹⁵. The Executive Body regulates issues related to the ongoing activities of the company except for those issues that are under the exclusive jurisdiction of the General meeting.

The Executive Body of the LLC can only be one individual (Article 43, Part 2 of the Law according to which the role of the Executive Body can only be undertaken by a natural person). The only exception is the case when the authority of the Executive Body is implemented by the manager. This leads to a conflict between the Law and the Civil Code since Article 99, Part 1 of the latter stipulates that the Executive Body can be collegial or one-individual.

The responsibility for forming and early termination of the Executive Body belongs to the General Meeting. The Executive Body may be either a participant in the company or any other person and is elected by the General Meeting for a certain term as determined by the Charter. A contract between the LLC and the person implementing the functions of the Executive Body is signed. On behalf of the LLC, the contract is signed either by the person presiding over the General Meeting that elected the Executive Body or by a person authorized by the General Meeting¹⁶. The grounds for early termination of the contract with the Executive Body are not prescribed by the Law.

Article 43, Part 3 of the Law, gives a non-exhaustive list of the powers of the Executive Body; it provides that the Executive Body can also have other rights under the Law or the Charter as long as those rights are not exclusive to the General Meeting or the Council. According to Article 43, the Executive Body:

1. Acts on behalf of the LLC without the need for power of attorney, including representation of the Company's interests and conclusion of deals;
2. Issues power of attorney to others to give them the right to represent the LLC, including letters of reauthorization;
3. Issues orders to appoint, transfer or dismiss LLC employees, and applies incentives and assigns disciplinary measures.

The Executive Body's powers may be delegated to the manager via a contract, but this is only possible when this is directly stipulated in the Charter. The role of the manager can be undertaken by a commercial organization or

an individual entrepreneur¹⁷ and is aimed at strengthening the professionalism of the ongoing activities of the LLC¹⁸. In European countries the institution of managing an organization is quite widespread and such decisions are adopted based on competitive selection¹⁹.

The feature of transferring the powers of the Executive Body to the manager seeks to combine obligatory and corporate relations since the managing organization seems to have a twofold role: it is a party to the civil contract as well as a participant of internal corporate relations. In this sense, Kozlov writes that there are civil corporate relations between the legal entity and the manager. The elements of these relations are the rights of corporate power and the duties of corporate subordination which the legal entity, as an independent subject of civil law, voluntarily transfers according to the law, the founding documents of the legal entity and the contract. Mogilevsky believes that it is a unique case that the manager is not a body of the legal entity but only executes the powers assigned by that body²⁰.

Indeed, there are different opinions concerning the status of the contract signed between the manager and the company – some think that it is a type of delegation contract²¹, while many others cogently argue that it is a mixed contract in which the features of a contract of remuneration for provision of services prevail²². This kind of contract stipulates the objectives of the manager's activities, his/her rights and responsibilities, remuneration level, the terms of the contract, and the accountability of the manager before the company's management bodies.

Another disputable issue is whether all the powers of the Executive Body may be delegated to the manager. Some find that certain powers can be limited for the manager²³, while others find that only some powers can be transferred to the manager – in such cases the Executive Body is formed in parallel with the manager²⁴. A more acceptable view, however, seems to be that the powers of the Executive Body may be entirely transferred to the manager. Indeed, analysis of legislation shows that there is no set of powers that cannot be delegated to the manager.

The Law also prescribes the possibility of appealing decisions taken by the Executive Body and the manager

¹⁷ See Article 36, part 2, provision 3 of the Law of the Republic of Armenia on Limited Liability Companies.

¹⁸ See Shitkina I. S., p. 177.

¹⁹ See Andronov M., Verozub M., *The Use of Managing Organization*. Ipit ESN Ergo, 2002, p. 36.

²⁰ See Mogilevski S. D., *Managing Organization of the Commercial company: Issues of theory and practice*, Citizen and Law. 2004, N 4, p. 100.

²¹ See Stepanov D. I., *Company, Managing the Commercial Corporation*, Economy and Law, 2000, N 10, p. 48.

²² See Stepanov P. V., *Legal Qualification of Relations between the Single Executive Body and Joint-Stock Company*, Economy and Law, 2002, N 12, p. 95-97.

²³ See Stepanov D. I., *Company, Managing the Commercial Corporation*, Economy and Law, 2000, N 10, p. 68.

²⁴ See Mazolin V. P., Yudenkov A. P., *Commentaries to the Federal Law on Joint-Stock Companies*, Moscow, 2002, p. 315.

¹⁵ See Shitkina, p. 175.

¹⁶ See Makarova O. A., p. 117.

as well as the responsibility of the Executive Body. Decisions can be appealed when the following occur:

1. Violation of requirements stated in the Law, other legal acts or the LLC Charter;
2. Violation of the rights and interests of the LLC or its participants.

Decisions that are deemed to be such violations can be declared null and void at court via a shareholder's appeal.

The Executive Body is responsible for any damage it caused and the LLC or its participants can apply to the court with a claim for compensation of damages.

The Council is not a mandatory management body according to the Law. Its formation can be prescribed by the LLC Charter, which may outline the legal issues connected with the Council such as its competencies and formation procedure.

IV. The Supervisory Commission

Since the supervisory commission is mentioned in Article 35 of the Law concerning management bodies, it may be concluded that this is also deemed to be a management body²⁵. Not all LLCs have supervisory commissions (controllers), however. Those LLCs with less than twenty shareholders can have supervisory commissions only if the Charter prescribes it, while for those with more than twenty it is mandatory.

Members of a supervisory commission may be people who are not shareholders in the LLC although they may not be members of the Council or the Executive Body. The Commission is elected by the General Meeting and the number of its members and its term are stipulated by the Charter. The Supervisory Commission has the right to check the LLC's financial activities and familiarize itself with relevant documents as well as demand written or oral explanations from the members of the Council and the executive body. The annual reports and accounts of the LLC cannot be approved by the General Meeting until the conclusions of the Supervisory Commissions have been issued.

V. Conclusion

In conclusion, it can be stated that the Law essentially regulates matters and relations connected with the management of LLCs. One flaw of the current Law is that it fails to make the existence of the Council mandatory, leaving it to be prescribed by the Charter. We believe that it will be more prudent for the Law to stipulate compulsory formation of the Council while at the same time allowing the founders the leeway to lay out in the Charter norms of how the Council should be formed. Another weakness is that

the Law fails to delineate the Council's jurisdiction; the Law should include a clear procedure for the Council's formation and a clear statement of its activities in general terms, leaving detailed regulation to the LLC Charter.

²⁵ See Avetisyan V. D., p. 191.

Definition and Elements of Commercial Activity (Entrepreneurship)

I. Role of Elements of Commercial (Entrepreneurial) Activity in Commercial (Entrepreneurial) Law

Commercial (entrepreneurial) law is a special area of private law, which individuals and legal persons are subject to in their relation to commercial activities. As can be seen from this definition, the notion of commercial law is grounded in entrepreneurial activities. Indeed, it is not uncommon to hear commercial law described, for simplicity's sake, as regulating entrepreneurial activities.²

Therefore, defining commercial law through commercial activity makes it necessary to expound the concept of "commercial activity" in some detail. What is the meaning and substance of "commercial activity" and indeed the term "commerce" itself? This question can be answered differently from economic and legal perspectives.

Let us first consider its explanation from the economic point of view. In general, economic activities are commonly divided into four groups (types):

- **Labor and production** of goods and services to derive monetary income (wage, profit, etc.).
- **Consumption**, i.e. use of goods and services to derive economic utility.
- **Exchange**, serving as a functional link between production and consumption. Exchange is further subdivided into two types: (i) delivery of goods and services towards (closer to) end users, i.e. a change of spatial location of goods and services; and (ii) trade, also known as sale, i.e. a transfer of ownership over goods or delivery of services to end users.
- **Distribution** of income or material benefits.

Commerce, in the economic sense, denotes the third type of economic activity: delivery and sale of goods and services to users (consumers who demand those goods and services). People engaged in commerce (trade) are called merchants or traders (commercial agents).

Thus, "commercial activity" in the economic sense does not cover production, because a producer in economics is not concerned with delivery of goods and services to consumers but with production (manufacture) of goods and other material benefits. In short, a producer in economics is not a commercial agent (merchant, trader, etc.).³

From a legal perspective, commerce has a wider scope. In law, commercial activity covers not only intermediary exchange functions for goods, services and real estate, but also production and distribution activities. Legally, industrial (manufacturing) activity, comprising procurement and use of inputs (e.g., raw materials, other goods or commodities) and their processing through use of labor and machinery to produce outputs, i.e. new goods with values higher than that of original inputs, is also considered a kind of commercial activity. A producer in the legal sense is a person engaged in a commercial activity, in other words, an entrepreneur. That is, *commercial activity in the legal sense encompasses any economic activity generating income or aimed at obtaining profit* (profit-seeking).

I believe that commercial law in Azerbaijan should use words "commercial" and "commerce" in this wider legal sense. Currently, the official term used in reference to a person engaged in commercial activities is *sahibkar*, which is translated into English as "entrepreneur". I maintain that this term is inappropriate for a number of reasons set out below:

1. The term "entrepreneur" in Azeri, *sahibkar*, can be rendered into two parts: *sahib + kar*. The first part means "possessor, holder, owner, proprietor, master", and the second part is a suffix denoting occupation or disposition of a person, such as in *sənətkar*, which means "artisan, craftsman" or "man of arts", where *sənət* means "art"; or in *riyakar*, which means "hypocrite", where *riya* means "hypocrisy". Hence, *sahibkar* can be understood as "owner by occupation", i.e. a person whose livelihood is derived from possessing certain property, "proprietor". Use of the same word *sahibkar* in the two meanings "owner, proprietor" and "entrepreneur", however related they may be under certain circumstances, is not desirable either from substantial (correspondence between actual and legal sense) or functional point of view (ease of use and understanding in all instances within a given semantic area).
2. For this reason, Chapter 4 of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan does not derive the term used in reference to legal persons (entities) engaged in trade or commerce from the term *sahibkar*. Instead, based on the internationalized Latin root "commerce", the Civil Code variously names such entities as *kommersiya təşkilatları* "commercial organizations" or *kommersiya hüquqi şəxsləri* "commercial legal persons", as opposed to "non-commercial legal persons".
3. As can be seen from the above definition of commercial law (linked to the notion of commercial activity), economic activities do not include a separate type or notion of "business". On the other hand, since ancient times, establishment and maintenance of contacts for the purpose of economic exchange has been called "trade" or "commerce", and a person doing it is referred to as a "trader" or "merchant".

¹ S.J.D., Director, Civil Law Analytical Center, Qafqaz University.

² See e.g. Poroy Yaşaman. Ticari Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1995, s.1.

³ Tuna. Ticaret Hukuku, C. I., İstanbul, 1993, s.2.

In Azerbaijan, however, reluctance to use terms *ticari* “commercial” and *tacir* “trader, merchant” in legal texts has social and psychological rather than substantial reasons. In the Soviet period, any business initiative was punishable, and private ownership of means of production and income was prohibited or severely restricted. The stated reason for that, as is well known, was to ensure economic equality. Clearly, people possessing means of production can gain more material benefits than those who did not have them or failed to use them in an optimal way; people with initiative can also attain more material benefits than those who lack initiative or whose initiative is ill-thought or unsuccessful.

Hence, to maintain economic equality understood as equal or nearly equal possession of material benefits, the state deprived people of means of production, proscribed their purchase or use by individuals and discouraged any initiative aimed at personal enrichment. Of course, it was much easier to deprive people of private property and means of production than to control all manifestations of personal initiative. Property and means of production are mostly physical objects, easy to transfer to and keep in the hands of the state or otherwise control and account for.

Without property and means of production, any exercise of initiative was severely restricted and rendered largely ineffective. Still, it is characteristic that even under the Soviet system the state was not able to stamp out private initiative entirely. Unable to fully prevent it, the state fell back on various methods of discouragement, from public disapproval and disparagement to criminal prosecution. People engaged in trading were not called “traders” but “speculators” with the implication of an unfair gain. Words “trade” and “commerce” were given highly negative association. Speculators were believed to be people of low social standing, skulks and good-for-nothings. “Speculation” was considered a socially useless activity without any public benefit. In the Soviet Union, “speculation” was not a proper occupation for “real Soviet people”; those engaged in it were seen as second-class citizens. Self-respecting people, people with social aspiration would never do it, like ancient Romans who thought that trading was beneath them. Unlike in Rome, though, “speculation” in the USSR was considered a criminal offence and prosecuted accordingly.

Even after regaining independence, the official renunciation of the Marxist ideology and the communist superstructure built on it, people – members of the society – remain the same as under the previous regime. Mentality formed under the Soviet system could not and did not change overnight.

Although the system built on the denounced Communist ideology was swept aside, people had some difficulty in using terms and expressions required in a new market economy. Because of the above-described reasons, “commerce” had not existed in the USSR in any theoretical or

practical legal sense. Comprehending, absorbing definitions and notions acquired from another system (and a system which had been actively reviled at that) was mentally quite challenging.

This is what I mean by psychological reluctance to use traditional words like “commerce” and “merchant”. Therefore, in legal texts dealing with commercial activities preference is given to words borrowed from English (*kommersiya* “commerce, *biznes* “business”, etc.) instead of traditional *ticari* “commercial” and *tacir* “trader, merchant” because when pronouncing the latter in Azerbaijani, we subconsciously feel anxiety unlike when expressing the same concepts with words borrowed from foreign languages.

II. The Definition of Commercial (Entrepreneurial) Activity and its Elements

1. The Current Definition of Commercial (Entrepreneurial) Activity

The definition of entrepreneurial activity is provided in Article 13 of the Civil Code. Even before the enactment of the Civil Code, the law on entrepreneurship of 1992 provided a definition of entrepreneurial activity. Both definitions are worded using the same phrases in the same sequence, but the amendments of 25 June 2005 removed the previously featured phrase “at own risk” from the Civil Code definition of commercial activity.

Before considering the substance and elements of the definition of commercial (entrepreneurial) activity, it must be noted that the exclusion of reference to risk did not alter the substance and elements of the concept of commercial (entrepreneurial) activity. From the legal point of view, no difference arises from the inclusion or exclusion of this phrase in the definition. Perhaps, this “indifference to risk” was the reason why the reference to risk was deleted from the text of the Civil Code.

To analyze the legal meaning of commercial activity, we shall choose the latest definition which has been adopted (amended), i.e. the one from the Civil Code. Article 13 of the Civil Code states that entrepreneurial activity is an independently conducted activity with the primary purpose of making profit from use of property, sale of goods, performance of works, and provision of services. This definition contains two principal elements: (i) that an activity should be independent, and (ii) that it should have the profit making motive. If we attempt to understand the substance of entrepreneurial activity based on the principal elements of the above definition, that is, if we interpret any activity containing these two elements as entrepreneurial, then almost all relations under civil law should be categorized as commercial activities, and every person engaged in those civil law relations considered as an entrepreneur. Civil

law relations are usually related to property which has intrinsic economic value because it generates income or other economic benefits.⁴

If we restrict ourselves to the two abovementioned features of commercial (entrepreneurial) activity and hence overgeneralize this definition, there would be no sense in having separate commercial law and legislation, adoption of government programs for promotion of commercial (entrepreneurial) activity or establishment of special courts, rules and procedures dealing with commercial disputes or other aspects of such activities. My point is that using only two abovementioned features is insufficient for clarifying the essence of commercial activity. Examples that demonstrate this definition to be unsustainable will help clarify the issue.

By the logic of the above definition, a student paying for public transport to commute between college and home, or paying for lunch at a college cafeteria to quell his/her hunger, sale of a used cell phone to buy a new one, begging on the street, working for a reward in kind, etc. should all be considered examples of commercial (entrepreneurial) activities and persons acting in this way should be known as merchants (entrepreneurs). Let us analyze the above examples one by one based on a single legal definition.

1. A student who pays for using public transport to commute between college and home is getting a tangible benefit whose utility outweighs the value of the payment made. Here the payment for using public transport (e.g. bus fare) is made in exchange of "asset use", and the purpose of the payment is to obtain a "tangible benefit", because service provided by the public transport system has a certain economic value which is met by the student by paying the fare. Evidently, all above actions are performed independently. Based on the Civil Law definition, the described activity should be considered commercial as it contains all the essential elements of the definition of commercial activity.
2. A person sells his/her old phone to be able to afford buying a new one; a sale is considered a "product sale" generating income (profit) for the seller. These actions, being conducted independently, are in agreement with the essential elements of the definition of commercial activity. If a person then buys a new phone that would create an extra utility for him, this action would also fall under the scope of the same definition.
3. The same goes for a case of a hungry student paying for his/her lunch at a campus cafeteria – the two definitional conditions apply here as well. By this logic, every visit to a public eatery or use of catering services should be considered a commercial activity. The

purpose of payment is to meet nutritional needs and, therefore, the price expresses economic value of food (more exactly, economic value of consuming food, i.e. satisfying a demand for nutrients). It is also clear in this case that the student acts completely independently.

4. A street beggar and a self-employed worker or artisan are more straightforward cases because they directly gain monetary income (earn profit) in the process. The discussed legal definition would categorize them as being engaged in commercial activities and, therefore, classify them as commercial traders (entrepreneurs). From the examples cited, it is clear that the above-stated legal definition is out of sync with the current legal system and is contrary to logic and societal perceptions.

Using the word "profit" in the legal definition, in its general meaning of "gain", without clarifying the purpose is also not advisable. Various gains (including those of natural persons) could be quite different in origin; a part of such gain may be not related to a person's assets. For instance, someone may feel to be gaining from (or advantaged by) his/her compatriot winning an international competition, or from being elected to public office. Someone else, upon being drafted into military service, may feel advantaged (gaining) from being assigned to a region in the country where he/she wanted to serve. The fact that the law does not prescribe the purpose of profit (gain) renders itself to various interpretations and creates uncertainty.

All of the above makes it clear that the legal definition has been put together without due attention to detail. It is therefore necessary to define "commercial activity" in a way that would clearly distinguish it from other types of activities under civil law, correspond more closely to the needs of the market economy system, be fair, and stay in line with social perceptions and expectations.

2. The Proposed Definition of Commercial (Entrepreneurial) Activity and its Elements

By taking into account the above considerations and clarifications related to the concept of commercial (entrepreneurial) activity, we can conclude that the legal definition of commercial activity shall comprise of the following elements:

- Independence
- Profit making purpose
- Intention of sustained activity
- Revenue (sales) above a threshold value
- Investment based activity

Only after clarifying the elements enumerated above, we can formulate an acceptable legal definition of commercial activity. Before doing that, it shall be noted that without one of those essential elements an activity cannot be seen as inherently commercial (entrepreneurial), whereas a lack of one of the elements of the current legal definition

⁴ A right (a law) is a legally protected interest. Proprietary rights arise if legally protected interests have economic value. Otherwise, legally protected interests without economic value give rise to non-proprietary rights.

(independence and profit making) would make any activity absolutely non-commercial in character. Therefore, we can say that the two elements of the current definition are necessary but not sufficient, i.e. the presence of these two elements does not help us to clearly distinguish between commercial (entrepreneurial) activity and other activities under civil law. Hence, a definition based on the two original elements cannot help regulate commercial (entrepreneurial) activities within the existing legislative framework.

2.1 Independence

For a person to be considered a commercial agent / trader (entrepreneur), he/she shall act independently of outside will or interference, be able to self-define a scope and schedule of his/her works or other activities in any way necessary for their conduct and be able to accomplish his/her activity or initiative under own name and at own account in a chosen field of economy. The expression “under own name” (“on his/her own behalf”) means that all goods produced or sold, services provided and works performed as well as contracts executed in relation to the commercial activity are done under an entrepreneur’s (merchant’s) name (on his/her behalf), i.e. the legal outcomes of an entrepreneur’s activities and contracts have immediate implications on him/her and bear directly on his/her property (assets).

2.2 Profit making purpose

For an activity to be legally recognized as commercial, it must be conducted with a profit making purpose. Otherwise, such activity cannot be seen as commercial. If Person A helped Person B to clear B’s good through customs just to gain B’s good graces or win B’s sympathy, this alone does not make A into a customs broker and does not qualify A’s efforts as “commercial activity”. But if B’s sympathy will secure for A certain economic gains, and A helped with customs clearance with the intention to obtain those gains, then such activity can be seen as commercial as it was conducted with a profit making purpose.

Profit making does not necessarily mean money making. *Profit making means increasing a person’s estate or welfare (achieving a positive balance between assets and liabilities) with an attendant economic gain.* Estate (property) does not necessarily mean any particular *res.* (corporeal or proprietary right) but a legal right⁵ that has material

value with a net sum of assets (benefits) and liabilities. All rights possessed by a person (whether natural or legal) which can be expressed in material terms constitute that person’s assets, and all such commitments constitute liabilities.⁶

Estate is a set of rights that have economic value and therefore expressed and measured in monetary terms. All rights included in estate (property) are called proprietary rights. Proprietary rights comprise personal rights (a right in action), proprietary rights, indicative rights with material values (a right to single sourcing); error, fraud or excessive wear and tear justified by life-threatening emergency, etc.), and intellectual property rights (e.g. patent rights, copyright, etc.). Rights that do not have material value or, more precisely, not expressed and measured in monetary terms are considered non-proprietary rights. Although non-proprietary rights cover wide-ranging interests, they can be grouped together because of the common element of being immeasurable in monetary terms. In other words, the main function of non-proprietary rights is not to obtain economic gain. Examples of non-proprietary rights are the right to protection of privacy, the rights related to freedom, honor and dignity of human beings, the family rights, the individual non-proprietary rights, the electoral rights (the right to elect and the right to be elected), the right to hold a public office, and other political and civil rights.

Likewise, legally recognized liabilities expressed in monetary terms are related to estate (property). Those liabilities unrelated to estate (property) are known as non-proprietary obligations (e.g. the obligation of non-disclosure of military or state secrets, the obligation to defend homeland, etc.).

Therefore, *a sum of all rights and obligations of a person having a material value is called estate (property), i.e. estate (property) is a legal concept expressing commonality of all personal rights and obligations substantial from the economic point of view.* There could be no rights and obligations without a subject they pertain to. Any person, whether legal or natural, rich or poor, has certain “property”, and only one estate.

Taking into consideration of the above, the three main features of property can be stated as below:

- *Estate (property) is a legal concept which includes rights and obligations.*
- *Estate (property) is organized from rights and obligations expressing economic value (worth).* Rights

⁵ The word qanun “law, legal act, statute” in Azerbaijani is borrowed from Arabic where it is a plural form of the word “right”. In some other languages “right” and “law” are synonymous, e.g. French droit, German recht, Italian dritto, Russian pravo, etc. In these languages, it is common to add qualifiers such as “objective” (to express the meaning of “law” as the entire legal system, or a certain field of legal theory or practice) and “subjective” (to express the meaning of “right” as a certain legally recognized interest) before these words to make distinction between the two possible meanings. For example, in Russian ‘objective’ pravo denotes the legal

system, a field or an institution of law (e.g. “law” as the legal system; “law” as opposed to, say, physics; fields of law such as private law, commercial law, property law, etc.) and ‘subjective’ pravo expresses a person’s right (e.g. a property right, a pledge right, a contractual right, etc.). Because Azerbaijani (and English) have different terms for communicating these two meanings, there is no confusion in using them without qualifiers.

⁶ The Civil Code where it deals with matters of inheritance (Article 1151.1) contains an indication about these attributes of property (estate).

and obligations not expressible in monetary terms are not part of estate.

- *Each person has one and may have only one estate.* Every person, no matter how rich or poor, has certain estate (understood as a sum of proprietary rights and obligations). By the same token, a person may have only one estate and not many. The total value of the estate owned does not matter – it is still one and only one.

Furthermore, with respect to gain, determination of an objective economic value of a gain hinges on whether it can be expressed and measured in monetary terms. Nevertheless, not every activity with a gain-seeking purpose shall be considered as a profit making activity. For example, a car owner buys fuel for his/her car. If this is done regularly, it is clear that the car owner gains from this transaction (her utility of using fuel is higher than its price). But this activity cannot be considered commercial (profit making) as its purpose is not to increase economic value of the car owner's estate. Therefore, we found a way to distinguish between commercial activity and buying car fuel for personal use.

It should be specially noted here that although *a profit making purpose is the principal condition of recognizing an activity as commercial, the fact of earning profit is not required for the definition.* That is, if nothing is gained in the process of commercial activity, even if a person engaged in this activity sustains a loss, this does not disqualify the activity from its commercial status because the definition is conditioned on the intent (purpose) and not the fact of profit (gain). The purpose of gain is a part of the legal definition in the same way as the fact of gain is not. Alternatively, if a person actually earned a profit as a result of a given activity which was conducted without the purpose of making gain, this activity should not be legally considered as commercial. One can refer to activities of the Central Bank of the Republic of Azerbaijan to illustrate this point. The Central Bank does not pursue the objective of profit making (see the Law on the Central Bank of the Republic of Azerbaijan, Part 4.3). Even if the Central Bank would make a gain as a result of a certain transaction, this would not make it a commercial organization or its activities commercial.

From the point of the legal definition of a profit making (commercial) activity, it is immaterial whether it is performed by a natural or legal person, by an individual or a group, on a temporary or permanent basis, through application of manual labor or intellectual efforts, etc. Who uses, where and how, profits (gains) made in the process of such activity does not matter as well.

2.3 Intention of sustained activity

For a gain seeking activity to be considered commercial, it needs to have a sustained character. Without an element of permanence, commercial (entrepreneurial)

activity and other civil law relations beyond entrepreneurship become undistinguishable. More precisely, without a requirement of holding an intention to conduct "sustained activities", such notions as "commerce" (entrepreneurship), "commercial agent" (entrepreneur) and "commercial (entrepreneurial) law" would be unfeasible, and, therefore, rule out all norms and institutions pertaining to these notions. In the course of their normal everyday lives, people enter into various civil law relations related to economic gain. Without a "sustained character" (permanence) requirement indicating a special type of activity, the notions of "commercial (entrepreneurial) activity" and "commercial agent" (entrepreneur) lack the clearly definable meaning and legal function.

Here, "permanence" is meant to stand neither for immortality and eternity, nor for continuity in the sense of being uninterrupted. It does not even require an activity being long-term. *A sustained character of an activity expresses an indefinite number of commercial works and contracts to be executed.* For example, to be engaged in trade can mean turning commerce into one's major preoccupation. This in itself presupposes permanence or a sustained character of an activity. But even without the fact of permanence, *an intention to sustain the activity on the part of its initiator or initiators is sufficient to qualify it as commercial activity.* Hence, if someone opens a large shopping center, there is no need to wait for a long time to conclude that the purpose of this project is a sustained activity. Indeed, even if the shopping center would be shut down shortly after its inauguration, its operation from opening to closure would be considered to fall under the scope of commercial activity. The very fact of opening a shopping center clearly indicates that it is done with an intention of a sustained activity, i.e. displays a purpose of entering into an indefinite number of contracts in the future. Therefore, the activity in this example shall be seen as commercial, and its initiator shall be considered a commercial agent (entrepreneur) from the moment of establishment of the shopping center.

2.4 Revenue (sales) above a threshold value

Unfortunately, up to now, no substantial rule with respect to commercial (entrepreneurial) activity has formulated a condition of a required volume (turnover) of such activity, i.e. under law, there is no need for an activity to reach a certain revenue threshold to be recognized as commercial. In absence of this requirement, a barber earning a subsistence wage, a street vendor selling sunflower seeds, a shoe-shiner or a longshoreman for hire shall all be classified as entrepreneurs as they are independent, gainfully employed, and have a sustained occupation.

Taking into consideration the fact that recognizing someone as an entrepreneur can have serious legal implications when seen in the context of Articles 468.2, 418.2 and 420.1 of the Civil Code, bankruptcy legislation, and

stricter responsibility for wrongdoing; failure to distinguish entrepreneurs from non-entrepreneurs becomes clearly unsatisfactory.

Hence, it is both fair and appropriate from the point of public needs and perceptions that a certain threshold value should be exceeded before we identify an activity as commercial (entrepreneurial). Even if an activity is based on investments, it would not be legally expedient to designate it as "commercial activity", unless it yields a certain level of revenue. People involved in petty trade (with receipts below the established threshold) should not be considered as entrepreneurs (business persons, commercial agents) from the legal point of view, and disputes involving them should be resolved (both substantially and procedurally) within civil law norms applicable to natural persons.

Therefore, it is proposed that a profit making activity should be designated as commercial only if it clears a certain threshold of revenue (sales, turnover).

The next logical question is what should be the minimum threshold value? It would be rational to presume that if annual revenue generated from business activity is close to annual wages of an employee or a public servant who receives an above-average salary in today's Azerbaijan, it is not advisable to designate such activity as commercial (entrepreneurial). That is, *if annual economic value of civil law activity, performed independently with a profit making purpose, does not significantly exceed an annual wage that provides for minimum everyday needs of one average family*, this activity shall not be considered commercial from the legal point of view. To resolve the matter otherwise would not fit the purpose and substance of norms related to commercial (entrepreneurial) activity, or serve to balance mutual gains of actors in civil law relations, or, in the final count, correspond to the feeling of social fairness.

We shall try to visualize this situation through an example. Imagine a person who rents an ice-cream freezer and sells ice-cream in a public park. Let us presume that his/her annual net income (after deducting the cost of sale and the rent cost) is about the same as the annual wage of a public servant or an employee receiving an above-average salary. Shall we suppose that our ice-cream vendor shall comply with standard terms of contracts for goods delivery, banking operations, or any other area in line with provisions of Articles 418.2 and 420.1 of the Civil Code? If there is no higher economic value generated from ice-cream sales in the park, even the fact of hiring someone else to do vending would not make this activity entrepreneurial from the point of legal consequences.

We have looked at a case when the annual value of economic activity is about the same as the average annual wage. But we should not overlook the fact that in Azerbaijan the annual value of economic activity can be lower than the average annual wage, whereas the current legal treatment of such activity is unchanged. From the current legal perspective, economic activities with the annual value

lower, or even significantly lower, than the average annual wage are nevertheless considered commercial (entrepreneurial), and persons engaged in them are deemed as entrepreneurs.

This is clearly detached from economic realities and common logic. It is not clear which rational purpose is served by having this provision on the books in the way it is currently formulated. Activities referred to above are certainly economic, but recognizing them as legally commercial (entrepreneurial), and people engaged in them as entrepreneurs and business people does not serve legal expectations and purposes. Because, a status of commercial (entrepreneurial) activity is associated with special legal implications, including resolution of disputes arising in connection with such activity by special courts.⁷ Legal provisions establishing special implications for commercial activity are supposed to regulate economic activities with a significant economic value.⁸

I think that after setting the threshold value requirement in law, determination of a specific revenue figure for the threshold can be left to executive authorities (i.e. the Cabinet of Ministers or the Ministry of Economic Development) to determine, because this allows to update the threshold in line with changing economic situation in the country without having to amend the law.

Even now, some activities that should be designated as commercial (entrepreneurial) in accordance with the current legal definition are not recognized as such under tax law. For example, a lessor of residential properties, or a farmer breeding cattle, is not required to apply for tax registration and obtain a Taxpayer Identification Number.

2.5 Investment-based activity

The current legislation does not distinguish economic activity based on personal labor contribution from capital or investment based activity. I maintain that if a natural

⁷ Such courts would be truly special if their procedural rules for resolving disputes would be different from the courts of general jurisdiction. But, in fact, judicial review of cases related to commercial activities and other civil law disputes is governed by exactly the same procedural rules. For this reason, I believe that having separate courts (so called administrative-economic courts) to hear disputes arising in connection with commercial activities is not advisable, because it may create extra difficulties for parties as these special courts do not exist in many localities. Some may argue that the courts of general jurisdiction have large caseloads. But, this does not mean that we should create extra problems for resolving disputes related to commercial (entrepreneurial) activities. After all, the caseload can be reduced by increasing number of judges in the courts of general jurisdiction. We should never forget that promotion of commercial (entrepreneurial) activity is very important for the purpose of economic development, and, overall, for strategic interests of the country.

⁸ As is known, one of the main reasons why disputes related to commercial (entrepreneurial) activity are resolved in a procedure separate from other civil law disputes has to do with creating transparency, trust and expediency in business, as this helps promote commercial (entrepreneurial) activities and serves the goals of national economic development.

person earns an income from using his/her own labor and skills, this activity can never be categorized as commercial (entrepreneurial) as this runs against both economic logic and public perceptions.

How suitable is to designate a good language tutor, or a doctor with successful private practice, or a well-known private attorney as “entrepreneurs”? This list of professions can earn their practitioners a good living by providing quality services that are in good demand can be extended. It is clear that these people derive their income, however high it may be, from their personal efforts, knowledge and skills, and not from invested capital. The difference is fundamental. Therefore, it would be unfair and ill advised to treat these people as entrepreneurs and their activities as commercial (entrepreneurial), regardless of income they earn.

Otherwise, we create another paradox. Assume we have a writer who is loved and admired by a large number of readers. His/her books sell well and based on the revenue figures, we designate him/her as a commercial agent (entrepreneur). It follows, then, that book writing is a commercial (entrepreneurial) activity. This means that popular writers shall be recognized as entrepreneurs, and authors that do not sell many copies of their books shall be deemed non-commercial (non-entrepreneurial) authors.

Not only public perceptions in our society, but also the legal precepts of leading market-based systems oppose such interpretation of the terms “commercial (entrepreneurial) activity” and “commercial agent” (entrepreneur).

If, however, a tutor opens a private school where he/she and his/her colleagues would teach languages, if a doctor establishes a clinic where a staff of medical professionals provides diagnostic and treatment services, if a lawyer has a law office where legal services are rendered by a team of lawyers and paralegals, then these businesses can be designated as investment-based activities. The reason is that these activities are not performed based solely on personal labor or skills of an individual tutor, doctor or attorney; they are based on investments made by the said professionals and operate using labor inputs of other employees.

In the final result, through exploring all elements and conditions necessary for proper identification and recognition of commercial (entrepreneurial) activity, we have arrived at the following, tested and true definition: **commercial activity is an investment-based activity performed independently with an intention of deriving a sustained profit, which yields a revenue above a certain prudently established threshold value.**

Legal Regulation of Limited Liability Companies in Armenia

This article provides a comprehensive analysis of the legal regulation of limited liability companies in the Republic of Armenia and, by means of comparative analysis, aims to help the reader to form an informed opinion on the quality of Armenia's legislation in this sphere. Any state that seeks substantial business investments flowing into its economy must ensure that transparent, stable, predictable and flexible legislation exists and is enforced – only then are there guarantees for investors searching for the best conditions to establish their business. Complicated legislation, even if effectively enforced, can be an obstacle to economic development as it makes investments, including the establishment of trade companies and partnerships, very difficult.

When discussing the different institutions and provisions of Armenian legislation on limited liability companies, reference is made to other states, mostly from Eastern Europe (Serbia, Lithuania, Moldova, Russia etc) but also from Western European practice (Germany and others).

I. Introduction

Legal entities are divided into two groups – trade (commercial) organizations and non-trade (non-commercial) organizations – according to the purpose for which they were established, i.e. whether the organization was formed for profit or not. Trade organizations aim to make profit and divide it among their participants. Generally, non-trade organizations can only undertake commercial activities in order to solve regulatory problems and are not entitled to share any profits among the organisation's members.

There are different forms of trade organizations: companies, partnerships, productive cooperatives. Limited Liability Companies (LLCs) are included in the so called "union of capitals", and, unlike partnerships, the personal element plays a secondary role.² At the same time, the relationship among LLC participants is closer than in the case of joint-stock companies.³

Different sources refer to different dates and legal systems when reporting on the origins of LLCs – some docu-

ments refer to the adoption of German company law in 1892⁴ while others refer to English law⁵.

As prescribed by the Law on Limited Liability Companies⁶, Armenian legislation on LLCs encompasses relevant sections of the Civil Code of the Republic of Armenia⁷ and current law, as well as other laws and international treaties signed by the Republic of Armenia. The specifics of establishing and conducting business, reorganization and liquidation, and legal status (whether it may be considered a bank, loan and settlement organization) are defined by the following laws: "On Banks and Banking Activity"⁸, "On Settlement System and Settlement Organizations"⁹, "On Securities Market"¹⁰, "On Investment Funds"¹¹ and "On Insurance and Insurance Activities"¹². One should note that the norms on LLCs (Articles 95-104) contained in the Armenian Civil Code largely repeat the provisions already prescribed by the Law on LLCs. The same model of regulation exists in the Russian Federation¹³.

In contrast to Armenian and Russian legislation, the German Civil Code has no special regulations on LLCs¹⁴. While the Code contains general regulations on legal entities – their establishment, activity, reorganization and liquidation – such regulations do not specify particular kinds of trade organizations; rather, the German Law on Limited Liability Companies foresees and specifies such details¹⁵. The German legislator's decision to omit specific regulations on LLCs from the Civil Code given that a specific law already exists on the matter is quite reasonable.

Not all countries have a separate law on LLCs. For example, in Serbia there is a Law on Business Companies¹⁶, which regulates the founding of business companies and entrepreneurs, the managing of business companies, the rights and obligations of founders, partners, members and shareholders of business companies, the linking and reorganization (status changes and changes of legal form, reorganization) of business companies, the cessation of business of entrepreneurs, and the liquidation of business companies – i.e. it provides for general

⁴ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982.

⁵ Limited Liability Act 1855.

⁶ Law of the Republic of Armenia on Limited Liability Companies, (Law on LLC) adopted on October 24, 2001.

⁷ Civil Code of the Republic of Armenia, adopted on July 28, 1998

⁸ Adopted June 30, 1996.

⁹ Adopted November 24, 2005.

¹⁰ Adopted October 20, 2007.

¹¹ Adopted December 30, 2010.

¹² Adopted April 9, 2007.

¹³ See "The Civil Code" of Russian Federation, adopted December 8, 2006.

¹⁴ See Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands, Wolters Kluwer, Moscow, 2008.

¹⁵ See Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, last amendments made in 2009.

¹⁶ See "Law on Business Companies of the Republic of Serbia", published in the Official Gazette of the Republic of Serbia No. 125/04.

¹ Expert in GIZ Program "Advice on Legal and Judicial Reform in the South Caucasus" in Armenia.

² See „Civil law“, Part 1, „Prospect“ publication, Moscow, 1999, p. 152.

³ Ibid.

partnership, limited partnership, limited liability company and joint-stock company. The same model of legislation exists in Moldova.¹⁷

II. General Regulations of Armenian Legislation on Limited Liability Companies

1. Definition of Limited Liability Company and its Main Features According to Armenian Legislation

A Limited Liability Company is a company founded by one or several persons with the charter capital divided into ownership shares, the amounts of which are determined by the charter. This definition of LLCs – given in Article 95 of the Armenian Civil Code and Article 3 of the Law on LLC – makes no distinction between public and private LLCs as some countries do. For example, the Lithuanian Law¹⁸ differentiates between public and private LLCs: according to the law, the amount of charter capital required for a public LLC must be at least LTL 150 000 and its shares may be offered for sale and traded publicly in compliance with legal acts regulating the securities market; in contrast, the minimum amount of statutory capital for a private LLC is only LTL 10 000, it must limit the number of its shareholders to 250, and its shares may not be offered for sale or traded publicly unless other laws provide otherwise.

According to Article 104 of the Serbian Law on Business Companies, a LLC is a company organized by one or more legal entities and/or natural persons, as members of the company, to conduct business under a common registered name. Armenian Law on LLC, however, defines an LLC as a commercial organization with the status of a legal person. It must have its own assets and shall be liable for its obligations in connection with those assets. The company may acquire and exercise property and personal non-property rights, bear duties, and be a plaintiff or a defendant in court. It is entitled to all civil rights that are not prohibited by law and are necessary for the performance of its activities – and those activities must be in line with the focus and goals of the company as defined by its founding charter. For example, the company is entitled to open bank accounts in the Republic of Armenia and abroad.

The trade name of the company must be in the Armenian language and be followed with the words “limited liability company”.¹⁹ Likewise, Lithuanian law foresees: “*the public limited liability company shall have its name defining the legal form it has taken including the words “akcinė*

bendrovė” (public limited liability company) or the acronym “AB”. The private limited liability company shall have its name defining the legal form it has taken including the words “uždaroji akcinė bendrovė” (public limited liability company) or the acronym “UAB””.

The company must have a round seal containing other essential elements as defined by the regulations of the Government of the Republic of Armenia. It may also contain the company name or the trade name in foreign languages, as well as its trademark illustration or symbol. For its own identification, the company is entitled to have a letterhead with its name or trade name, logo, trademark and other details.

The official location of the company is the place where its permanently acting body is located, i.e. any of the executive bodies as defined by the charter. The contributions of the founders (participants) of the company, the assets created from these contributions, as well as the assets produced and acquired during the activity of the company belong to the company according to the right of ownership.

2. Liability of the Limited Liability Company and its Participants

The company is not liable for the legal obligations of its participants and the participants in a company are not liable for the legal obligations of the company – they only bear the risk of losses related to the activity of the company within the value of their contributions. The Russian legislature has regulated the issue of participants’ liability in the same way.²⁰

A different rule applies to participants who have not made their full contribution to the charter capital: they are jointly liable for the legal obligations of the company within the value of the share of the contributions that are unpaid. The most probable reason for stipulating such joint liability is to ensure that their legal obligation to contribute to the charter capital is fully met over time.²¹

In respect to the proportion of liability, it should be noted that some in the legal literature on commercial companies claim that a contradiction exists between the name “limited liability company” and the proportion of the liability of these companies – i.e. since LLCs are liable for all their assets it is not right to use the phrase “*limited liability company*”.²²

A special aspect of liability foreseen by Armenian legislation is stated in Article 5 of the Law on LLC. It stipulates that when an economic partnership is reorganized into an LLC, within two years, each full partner, while becoming a participant in the new company, must bear

¹⁷ See “Law of the Republic of Moldova on Business and Enterprises” No 845, adopted January 3, 1992.

¹⁸ See “Law of the Republic of Lithuania on Companies”, adopted on December 21, 2000.

¹⁹ See also § 4 von Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, last amendments made in 2009.

²⁰ See Article 87, The Civil Code” of Russian Federation, adopted on December 8, 2006.

²¹ See “Business law of Russia”, B. S. Belikh, Moscow, 2009, p.103.

²² See “The legal status of limited liability companies”, Gorlov V. V., Moscow, 2002, p. 13; “Business companies”, Belov V. A., Pestereva, E. V., Moscow, 2002, p.123.

subsidiary liability for all its assets for liabilities transferred from the partnership to the company, and any alienation of shares by the former partner shall not release it from such responsibility. When the Republic of Armenia or its administrative units are participants in the company, they are not to be liable for the legal obligations of the company and the company shall not be liable for the legal obligations of the Republic of Armenia.

3. Branches, Representations and Institutions of Limited Liability Companies

On the basis of a decision of its authorized body, an LLC may create branches and representations according to Armenian legislation. According to the Armenian Civil code, a representative office is a separate subdivision of a legal person that is located at a different place to the legal person but represents and protects the interests of that legal person, while a branch is a separate subdivision of a legal person that is located at a different place to the legal person but conducts all or some of its functions, including the role of representation. The company may establish branches and representative offices abroad according to the legislation of that country unless otherwise stipulated by international treaties to which the Republic of Armenia is party. A company's branches and representative offices must be registered with the body responsible for regulating legal persons. The company can also create institutions on the basis of a decision from its authorized body (and likewise these institutions must be registered with the body responsible for regulating legal institutions).

Serbian Law²³ on Business stipulates that a business company, domestic or foreign, may establish one or more branch as an organizational part of the company – i.e. it lacks the capacity of a legal entity. The branch has a business location and authorized representatives and conducts business with third parties in the name of and on behalf of the company. The law regulating the registration of business entities requires that any branch of a company must be registered. Likewise, both Lithuanian and Moldavian laws regulate that branches and representatives are not considered as separate legal entities.²⁴

Although Armenian Law on LLCs contains no explicit regulations on the status of branches and representatives, the Armenian Civil code in Article 61 states: "Representative offices and branches are not legal persons and they act on the basis of statutes approved by the legal person".

III. Armenian Regulations on the Establishment of Limited Liability Companies

According to Article 8 of the Armenian Law on LLC there are two ways of establishing new LLCs: through the foundation of a new company or through reorganization of commercial organizations. The former is established at the decision of its founders, while the latter may change its status to an LLC with one participant – in which case a founding contract no longer needs to be signed.

An LLC is considered established from the moment of its state registration as defined by the Law of the Republic of Armenia "On State Registration of Legal Entities"²⁵ and is likewise officially deemed inoperative from the date of state registration of its closure. A legal entity or sole proprietor shall be deemed as registered on the date of entry of data envisaged by that law into the state register book and are issued with a certificate by the regional units of the body performing the state registration of legal entities. The state registration of legal entities is performed by the State Registry Office, which operates under the RA Justice Ministry under the supervision of the RA Deputy Justice Minister. The documents for state registration of legal entities are submitted to respective regional units of the State and the relevant record is made in the admission registry book.

Although LLCs are established with an open-ended timeframe for operation, the Law on LLCs allows a company to prescribe in its charter a certain period of time for its activities.

1. Founding Contract of a Limited Liability Company

Persons wishing to found an LLC must sign a written contract. The founding contract of the company is subject to notary rules on the claim of any founder if the founding contract introduces real estate property rights into the charter capital of the company or in other cases stipulated by the Civil Code. Thus, Armenian legislation allows participants of LLCs partial discretion in choosing whether the founding contract should be subject to notarial approval.

The issue of notarial approval is handled differently in German legislation -- § 2 of German Law on Limited Liability Companies provides a form for a founding contract that must be certified by a notary (notarielle Form für den Gesellschaftsvertrag) and this applies to all – there are no exceptions, no discretion is given to the participants.²⁶ It may be that German regulation sees such notary certification of the founding contract as an additional guarantee towards making the participants more responsible when founding an LLC.

²³ See Article 3 of "Law on Business Companies of the Republic of Serbia", published in the Official Gazette of the Republic of Serbia No. 125/04.

²⁴ See Article 21 of "Law of the Republic of Moldova on Business and Enterprises" No 845, adopted January 3, 1992.

²⁵ See Law of the Republic of Armenia "On State Registration of Legal Entities", adopted on April 3, 2001.

²⁶ See Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), 1982, last amendments made in 2009.

Article 9 of the relevant Armenian legislation requires the content of the founding contract to include the following details:

- rules of joint activity for founding the limited liability company
- terms and conditions of delivering assets to the company and of participating in the management of those assets
- monetary evaluation of non-monetary contributions made into the charter capital
- membership of the company's founders
- share of the charter capital and of each founder
- composition and amount of contributions
- procedure for contributions from the moment of the company's founding
- liability of the founders for non-performance of duties in relation to contributions.

The founders of the company bear equal liability for any obligations related to the creation of the company that arise from the period prior to the company's state registration. In contrast, German legislation does not demand such details for the content of a founding contract.²⁷ Generally, German legal experts have covered the concern for detailed regulation as expressed in the Armenian law via other legislation

2. Limited Liability Company Charter

The main document of LLC's legal status is its charter.²⁸ The charter – as unanimously approved by its founders – is considered to be the founding document of the limited liability company. The charter of the company includes:

- company name
- location of the company
- composition and powers of the company's management bodies, including qualification of which decisions must be unanimous and which only require a majority of votes
- amount of the charter capital of the company
- rights and obligations of the participants of the company
- procedure for a participant to exit the company
- procedure for transferring a share of the charter capital of the company to another person.

While the above list is required, the charter may contain other provisions as long as they comply with legislation. According to the Law on LLCs, if an external auditor, or any other person, requests to see the company's founding contract or charter, or any amendments thereto, these must be supplied within a reasonable timeframe.

The charter may be amended in the future via the general meeting of its participants. Amendments made to the charter enter into legal force for a third person from the

moment of their state registration and in some cases from the moment of notification of the body performing state registration of legal persons.

IV. Participants of A Limited Liability Company

Article 11 of the Armenian Law on LLCs provides that the persons who have signed the founding contract before state registration of the company, or the person who made the decision to found the company in cases when there is a sole founder, shall be officially considered as founders of the company, while participants are persons who have the right of ownership in the company's shares from the moment of state registration.

Participants or founders of LLCs can be individuals or legal entities as well as the State and its administrative units. In fact, only the Government of Armenia can be a founder or participant of a company that acts on behalf of the Republic of Armenia. Only the head of a local authority can be an LLC founder or participant – and only then with the agreement/consent of the local authority council.

There is a specific regulation which is the same both in the Civil Code and in the Law on LLCs: Article 96 of the Civil Code and Article 11 of the Law on LLCs both provide that a limited liability company may not have as a sole participant another business company that consists of one person. The same regulation is foreseen in Article 88 of the Russian Civil code. Probably both the Armenian and the Russian legislators²⁹ intention is to prevent abuse of LLCs by participants who are trying to avoid their contractual obligations.

The number of participants in LLCs is limited and different countries foresee different numbers. So, Article 96 of the Armenian Civil Code says that the number of participants in a limited liability company must not exceed the limit established by the Law on LLCs; and Provision 6 of Article 11 of the Law on LLCs stipulates that the number of company participants must not exceed 49. According to Russian legislation³⁰ the number of participants must not exceed 50, which is also the case in Moldavian legislation³¹. In Lithuania, however, a private limited liability company must limit the number of its shareholders to 250.³²

By putting limits on the number of participants in LLCs, different countries are using legislation to control the process of establishing and conducting LLCs – the state wants to demonstrate that by capping the number of LLC participants, it is in the public's interest to seek other forms of commercial organization when the number of participants exceeds the limit established by law. Thus, according to

²⁷ Ibid. § 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags.

²⁸ See The Civil Law of the Republic of Armenia, T. K. Barseghyan, Yerevan, 2009, p.143.

²⁹ See Business law of Russia, B. S. Belikh, Moscow, 2009, p. 102.

³⁰ See Provision 3 of Article 7 of Russian Law on Limited Liability Companies, adopted in 1998.

³¹ See Article 17 of Law of the Republic of Moldova on Business and Enterprises No 845, adopted January 3, 1992.

³² See Article 2 of Law of the Republic of Lithuania on Companies, adopted December 21, 2000.

the Armenian Law on LLCs, if the number of participants in the LLC exceeds the limit of 49, then the company must be reorganized into a joint-stock company within one year (if this condition has not been met in this timeframe the company is subject to liquidation by judicial order unless it reduces its participants back down to 49).

Where a participant's activity or inactivity is hindering the company's business, this participant may be removed from the company by judicial action based on a request represented by the other participants of the company.

V. Management, Restructuring and Liquidation of Limited Liability Companies in Armenian Legislation

The supreme body of the company is the General Meeting of the Company Participants (Shareholders), which can be regular or extraordinary. All company participants have the right to be present at the General Meeting, participate in the discussion of agenda items and vote on decisions. Each participant has a number of votes in the General Meeting relevant to his/her share in the charter capital. The company charter can also stipulate the formation of board. The Executive Body of the company is called the General Director, President, etc, and is elected by the General Meeting for the term defined by the charter. The Executive Body acts on behalf of the company without the need of receiving power of attorney – this includes representing the interests of the company and concluding deals.

The LLC can be restructured voluntarily at the decision of the General Meeting (the Armenian Law on LLCs foresees the restructuring of an LLC into a joint -stock company). The LLC can be liquidated either voluntarily according to a General Meeting decision or by enforcement through judicial action. The company may also be liquidated due to bankruptcy.

VI. Conclusion

Taking into consideration all the information presented above several proposals are made for future development of the legislation on LLC in Armenia.

From the point of view of legislative techniques, it would be preferable to collect all the norms which refer to LLC-s in Armenian Law on LLC. Otherwise one has to check several laws on the same subject, which makes it complicated for an ordinary citizen to find all the needed regulations. The system of regulation of legislation should be simple in a way to be understandable not only for legal specialists, but also and most of all for everyone.

The German legislator's choice of not including the specific regulations on limited liability companies in Civil Code, when there is a specific law on that matter, is reasonable.

What refers to the procedures of the foundation of Limited Liability Companies one should pay attention to the ex-

tent of the necessity of notarial approval for the foundation.

German Law on Limited Liability Companies provide notarial form for the founding contract of the company (notarielle Form für den Gesellschaftsvertrag), and this paragraph makes no exception and gives no discretion to the participants.

Armenian legislator has granted partial discretion in relation to notarial approval; that means to choose whether the contract on founding the company should be subject to notarial approval or not.

German provision for absolute notarial approval could be preferable, as the notarial approval of the founding contract is an additional guarantee to make the participants have more responsible approach when founding a limited liability company.

In general Armenian legislation on LLC-s is alike to most Eastern European Legal Acts on LLC-s and it is worth to state, that the comparative analyses of legislation on limited liability companies in different countries shows that Armenian legislation basically provides all the necessary legal guarantees and conditions to secure investors and their investments in economy when the investment is done in a form of establishing limited liability companies.

The Rationale and Importance of Good Faith in Private Law

I. Introduction

It is universally recognised that legal systems can differ from each other in their rhetoric, but they share a common position (*praesumptio similitudinis*) when it comes to legal regulation of certain issues². However, different approaches used for each specific issue in countries with different legal systems are perceived as “pure principles”.³

“Principles reveal the real picture of a legal body”⁴. Legislation itself creates clear imagination concerning the understanding of the principles. Legal analogy is nothing more but a solution to legal problems in accordance with legal principles which are left beyond the borders of legal regulation. Professor Giorgi Khubua identifies determinants of the essence of law in principles of law.⁵ In our case, we shall pay significant attention to unwritten principles of law,⁶ which coexist invisibly and create foundation for legal norms and practice.

The good faith is an important principle of in private law, and, correspondingly, one cannot imagine industrial and entrepreneurial activities taking place without it.

While the goal is profit, Industrial activity is just one type of economic activity among others. Entrepreneurship is a system where the principal entity, the entrepreneur, is the driving force. The Entrepreneur’s activity is directed to generate and use profit that satisfies public requirements.

Private interest is the main motivating force of the market economy. Each economic unit tries to do what is beneficial and acceptable for it. The Entrepreneur sets a goal to maximize his/her enterprise’s profit. The motive of private interest gives direction to economic functioning and provides for its regulation. The entrepreneur constantly tries to exercise and increase potential of the enterprise profit. Profit is not the only goal of the entrepreneur. An entrepreneur’s main activity in different countries’ mar-

kets is to satisfy public demands⁷. The entities of industrial activities are natural persons and legal entities. While carrying out industrial activities, they are assigned certain rights and obligations. In modern legal understanding, the legal entity of private law is equal to a natural person in terms of rights.

The legal entities of corporate law involve various enterprises of various legal forms which play vital role in the economic development of any country. In some cases, entities of corporate law can be represented by legal entities whose main goal is non-commercial business. However, in order to achieve their goals, such organizations are empowered to carry out business activities. In such a case, they participate and act in business relations as entities of commercial law.

II. Historical Introduction

Ancient Roman law was familiar with a term called *fides*, which had the connotations of confidence in the conscience of oneself and others; adherence to the promised word, moral liabilities of all people, a person’s obligation to carry out his or her commitments without failure. The concept of *fides* became the main pillar of citizens and non-citizens relations, and one of the major creations of Roman legal works. In cases where *fides* strictly reflects contracting parties’ statements and their confidence in each other, it is called *bona fides*⁸, while the antonym of this term is *mala fides*. This was the category, which conceptually was close to a “lie”⁹.

After the beginning of the fundamental transformation in Roman law (VII century BC), while considering a case, judges used to punish the parties based on their good faith. Judgments were based on the circumstances under which transactions were concluded and obligations were taken-up by the parties who had to operate in accordance with the principle of good faith.¹⁰

The term good faith means “fulfilling one’s obligations honestly”. Conscience is a sense of moral responsibility for one’s own actions towards other people and the public. The interpretation of *good* itself represents a kind of criterion of public moral which expresses minimum moral and statutory requirements of the public towards the parties of a particular legal relation.

The expression good faith has an antonym – bad faith. However, the latter is rarely used in legal doctrines, let alone legal provisions. Legislations of many countries try not to emphasise the negative prefix “non”, and instead lawyers refer to “breaching good faith”, “contrary to the good faith”, etc.

¹ LLC “Ajara+” (Ajara group), Hotel Holiday Inn, Head of Law Department, Lecturer at Caucasus University, Free University and Georgian American University.

² J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1964, p. 346, see also C. Bar and U. Drobnig, *Study on Property Law and Non-Contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, 2002, p. 319.

³ J. Esser, *idem*. p. 346; see also C. Bar and U. Drobnig, *Op. cit.* p. 320.

⁴ B. Zoidze, *Constitutional Review and Hierarchy of Values in Georgia*, GTZ, Tbilisi, 2007, p. 208.

⁵ G. Khubua, *Theory of Law*, Tbilisi, 2001, p. 164.

⁶ *Idem*, “Unwritten legal principle is not clearly formulated in a positive legal norm, but stems from the common system of law and is specified in a court’s decision”.

⁷ K. Kokrashvili, *Corporate Law*, Technical University, Tbilisi, 2010, p. 20.

⁸ M. Bartoshek, *Rimskoe pravo*, Moscow, 1989, pp. 131-132 (translated from Czech).

⁹ *Idem*.

¹⁰ C. A. Muromtsev, *Grashdanskoe pravo Drevnego Rima*, Moscow, 2003, p. 341.

In legal norms, we do not encounter very often the terms good faith and bad faith, but knowing their implications enables us to understand when we are dealing with them in practice.

III. Modern Concept and Georgian legislation

Moral provisions are integral elements of modern legislation which is nearly an organic part of process of application of a provision. However, the moral norms are mostly addressed while analyzing public life, facts, and legal assessment of events is required. In our case, we could consider the concept of good faith itself as a type of moral norm that is a concomitant element of entrepreneurs' activities.

In Georgian legal sphere, good faith is one of the least identified and less studied issues, while its importance causes constant increase of interest towards it. The concept of good faith attracts attention as a normative-legislative structure which is based on moral grounds.

The significance of good faith in private law is diverse and enormous, especially in Civil Law where good faith is addressed numerous times. In accordance with part 3, clause 8 of the Civil Code, participants in a legal relationship shall be bound to exercise their rights and duties in good faith. This is a general provision which recognizes the special importance of good faith in civil relations. However, in some sections of the Code, the meaning and role of good faith is specified. For instance, the law speaks about good faith of managers and representatives of non-commercial organizations¹¹. The code requires honest attitude towards a transaction from all the parties involved.¹² The Code is familiar with the concept of possessor in good faith¹³ and acquirer in good faith¹⁴. The good faith in the code is presented as a general principle and standard of behavior¹⁵, with the importance of good faith towards specific transactions emphasized¹⁶. Even more so, the good faith as a spouse's subjective attitude is highlighted in family law.¹⁷

Article 9.6 of Law of Georgia on Entrepreneurs (management and representation) indicates obligations of persons empowered to manage and represent, as they have to conduct their activities in good faith. Clause 56 of the same law obliges company directors to perform their tasks diligently and in good faith.

A company director has to carry out activities in good faith as a reasonable person holding similar position under similar conditions, and act with faith that his/her ac-

tion is the most beneficial for the firm. The same opinion is shared by the British Law on Companies, according to which, "a Company director shall lead business in good faith, qualified knowledge and experience"¹⁸.

Under German Law on stock companies, the obligation of managers is stated as follows: "While carrying out management, the board members shall apply the diligence or prudence of a faithful manager"¹⁹.

The good faith is not only interesting as a standard of the legislature's actions within legal activities, but it is also one of the most important elements of private legislative values.

It is indisputable that the concept of good faith is in constant connection with ethics. From this point of view, interconnection of legislation and morals is worth mentioning, while appealing to legal and moral norms.

The good faith is a normative category. It is not only an ethical and moral principle recognized by all legal systems of more or less developed countries, but also a legal doctrine that can serve as a basis in each specific case to give rise to rights and obligations of parties, or refuse to exercise the rights²⁰.

The normative use of good faith does not mean that it has a special definition. In this case, normative nature means that good faith represents the evaluative category which carries legal significance. The assessment of a person's actions or attitudes towards a fact depends on a judge's competence and particular evidence.

Good faith can be understood as the antonym of "bad faith". While speaking about good faith as an important concept of law, we shall exclude bad faith as subjective attitude of a person. The legal meaning of an antonymic concept is that if one establishes a certain right, the other seeks to prevent its establishment. Therefore, good and bad faiths may be viewed as antonymic concepts.

IV. Subjective and Objective Good Faith

1. Definition of Subjective and Objective Good Faith

It is noteworthy that the term good faith has various implications in private law. We can say we deal with homonyms and this aspect is rather significant for defining the concept.

The majority of legal systems differentiate between the principle of subjective and objective good faith. According to the subjective understanding,²¹ good faith indicates a person's attitude towards a particular fact. Good faith preconditions whether a person knows about the existence of a specific circumstance. According to the objective under-

¹¹ Civil Code of Georgia, Article 37.2 (as of 10 February, 2011, p. 26).

¹² Ibid. Articles 73 and 81.2.

¹³ Ibid. Articles 159-163 and Article 252.

¹⁴ Ibid. Article 187.

¹⁵ Ibid. Article 98, 261, 346, and Article 361.

¹⁶ Ibid. Articles 609, 731, 765, 781, 785, 935.2, and Article 969.

¹⁷ Articles 1146-1147.

¹⁸ K. Kokrashvili, *Op. cit.* p. 96.

¹⁹ L. Chanturia, Corporate Management and Managers' Obligations under Corporate Law, p. 206.

²⁰ G. Vashakidze, Good Faith under the Civil Code of Georgia: Abstraction or Valid Law, Review of Georgian Law, 2007, p. 18.

²¹ Bona fide.

standing,²² good faith is a normative-principle applied to the actions of transacting parties.²³

In accordance with objective understanding, good faith implies requirements expected from parties to legal relations, while subjective understanding of good faith means whether the person acquiring a right was aware of impediments to acquisition of a right²⁴. Taking into consideration of the above mentioned, it is considered that property law regards the concept of good faith as subjective understanding, whereas contract law establishes the objective concept of good faith.

Good faith, as a subjective approach, is expressed in the attitude of a property buyer towards the right of a seller to sell property, while good faith as an objective category represents the transaction's standard of attitudes, actions and main principle. We shall also mention that each of these categories borrows "something" from each other. Subjective good faith is impossible without objective elements and vice versa.

2. Demarcation of Subjective and Objective Factors

In the previous section, we have said that property law uses concept of good faith by subjective, but not objective, understanding. However, it does not explain the content of the concepts of "subjective" and "objective".

Firstly, it shall be noted that each of them represents a philosophic category, which has unlimited meaning for legal doctrine and jurisprudence. The law does not differentiate the concepts of "subjective" and "objective"; to the contrary, it is based on philosophic approach.

Subjectivity and objectivity in philosophy are understood in two principle directions. The first means that perception of a certain fact is subjective or objective, while for the second direction, existence of subjectivity or objectivity towards something is important. The first represents "question of application"²⁵, while the second represents the "question of constitution".²⁶

In philosophy, the connotation of "subjective" and "objective" factors derive from the same meaning as concepts of "subjective" and "objective" stand for. In order to find out the concept of "subjective" and "objective" factors, we have to determine the concepts of "subjective assessment" and "objective assessment".

In philosophical terms, objective assessment is based

on truth, while subjective assessment is comparative and represents truth only for the person who does the assessment.²⁷

Therefore, we may conclude that subjective good faith should not be construed as the only truth and it is comparative, while determining objective good faith, a judge relies on the assessment of truth.

V. Contents of Good Faith

The law shall regulate the conflict of rights, for example, which arises between a buyer of a movable property, an original owner of the property, and the seller who was not authorized to sell, from whom the buyer bought the property in good faith.²⁸ Hence the conclusion: when the good faith of a buyer is established, the law should not allow the collision of rights and if there is such to resolve it. In property law, the meaning and possibility of good faith means determining limits of possessor's property rights.²⁹

The concept of good faith is mostly linked to the existence of "legal defects" which prevent from receiving desirable legal results. Therefore, it ignores "legal defects" which are caused by insufficient knowledge or inaccurate understanding. As a rule, good faith requires reasonable negation. If a "legal defect" appears despite presumption of awareness, in such a case, the principle of good faith is helpful in resolving such defects.³⁰

Indication of good faith in property law is applied when somebody's right becomes dependent on presumption of actions in good faith.³¹ It means that presumption of activities in good faith shall be proved in the process of legal proceedings.

We can describe the good faith of a buyer on the supposition that he/she was not aware of the seller's lack of right to sell. Therefore, by allowing the presumption that if the buyer does not know about the legitimacy of the seller, then he/she is conscientious. Inaccurate understanding results in a transaction between a buyer and a seller who does not have the legal right to sell. In other words, formation of will to buy does not proceed in a normal way, but under the influence of inaccurate information or understanding. We shall highlight that the formation of will result from inaccurate information or understanding, i.e. inaccuracy of the content of the transaction. The defect of expressing the will does not exist. There is a defect that results from inappropriate formation of will.

Good faith, as a buyer's mental attitude towards his/her

²² Good faith.

²³ M. W. Hesselink, *The Concept of Good Faith*, in: A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd edition, The Hague, Kluwer Law International, 2004, at: <http://ssrn.com/abstract=1098856>.

²⁴ See I. B. Novitski, *Vestnik grashdanskogo prava*, 2006, pp. 56–57; M. M. Agarkov, *Problema zloupotreblenia pravom v sovetskom grashdanskome prave*, *Izvestiya*, 1946, p. 431.

²⁵ Question of application.

²⁶ P. Mandik, *Subjective and Objective Judgments*, 2000, p. 3 <http://www.petemandik.com/philosophy/papers/dissertation.pdf>.

²⁷ Idem.

²⁸ See, A. Rahmatian, *A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law*, 2010, p.11 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1629268.

²⁹ See D. Kereselidze, *The most Abstract Systemic Concepts of Private Law*, Tbilisi 2009, p. 85.

³⁰ Lâle Sirmen, *Acquisition of Movables in Good Faith*, p. 307, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/302/2842.pdf>.

³¹ Idem.

own actions, can be described in two dimensions: awareness of the effect for a society of his/her actions, and the results of these actions.

Acquisition of property in good faith, despite its transaction basis, represents independent transfer of property, mostly movable things into ownership. In particular, new owner's right does not proceed from the previous owner's right, but determined by the power of law.³² This opinion is widely known in German legal literature³³ with which the author of this article agrees. If we say that giving priority to conscientious buyer breaches the principle originated from Roman law, which says that no one can transfer more authority than he/she possesses, then we shall agree that a conscientious buyer does not obtain ownership rights from the previous owner who did not have the right. The person who sold the property shall not exercise the right to dispose of it. Therefore, a diligent buyer is protected by the law and is granted the ownership right because of his/her subjective attitude towards actual circumstances that is expressed in his/her good faith.

Therefore, good faith in property law is related to subjective attitudes, enjoying facts of property buyer. On the other hand, it represents an evaluative category that fulfils regulative function and assists in eliminating conflict between property rights.

"The agreement must be kept" is a core principle of the Law of Obligations. The common opinion exists only concerning the fact whether the agreement is to be fulfilled or not. There is a different model as well which deals with how to feel confident about the word given by a party in a transaction. If on the one hand there is a creditor's right to request fulfilment of an agreement, on the other hand, it is a legal mean of claiming compensation.

In numerous legal systems, good faith is deemed as a vital and organic part of the contemporary contract law.³⁴ Figuratively, it is compared to an acorn of law, which turned into an oak of law, with its shadow covering transaction relations of actors in private law.³⁵ It is obvious that such kind of description will not give us understanding of functioning of good faith in the contact law, but it certainly emphasizes its significance.

All legal systems, which recognize objective good faith, turn it into a normative concept.³⁶ Numerous European codes involve special norms regarding the operative principle of good faith. Some of them involve norms where the concept of good faith is just indicated, while in some cases it is mentioned in special norms.³⁷ Paragraph 242 is a

pride of the German Civil Law. It establishes the obligation of acting in good faith. To be more precise, it determines good faith as a borderline between fulfilling obligations and rights.

For a lawyer trained in common law system, good faith is a reminder to the judge that he/she is bound by the obligation to deliver a reasoned decision.³⁸

Within the frame of different systems, good faith carries out different roles in contract law. The Civil Code of Georgia considers good faith to be the moral border between fulfilment of obligations and rights,³⁹ and to be a standard of a behaviour⁴⁰. On the basis of analysis of the norms of the Civil Code, good faith is deemed to mean that actors in private law behave with diligence and responsibility, and respect each other's rights.⁴¹

VI. Conclusion

The principle of good faith may prove in practice to be both risky and effective at the same time⁴². "In an objective opinion, *bona fide* is a just doctrine aimed at securing all the parties' interests, but it is very general and abstract. That is the reason why in each particular case a judge has to specify it. This, in turn, requires a great deal of scrutiny so that subjective justice and subjective good faith do not infringe upon the legal interests of the parties involved".⁴³

As the goal of entrepreneurial activities is to meet public demands and at the same time make profit, good faith and diligence are two of the most important factors of the entire plan of an entrepreneur. In cases like this, the principle of fulfilling obligations in good faith is in an inferior position and is maintained as long as it corresponds to the aforementioned main objective of an entrepreneur.

In conclusion, good faith as a normative concept is of evaluative nature and has multiple functions in the law of entrepreneurship and more generally in private law. Despite the extent of the discourse on subjective and objective rationales of good faith, one thing is certain that its existence is always determined by a court. However, the actors in corporate law are always bound by the obligation to follow the principle of good faith.

³² See also, A. Rahmatian, *Op. cit.* p.37.

³³ See, K. H. Schwab, and H. Prütting, 2003 and H. Sachenrecht, C. H. Beck § 35 no. 441. See also, A. Rahmatian, *Op. cit.*

³⁴ R. Zimmermann, and S. Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, 13.

³⁵ J. Beatson, D. Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, 1995, p. 171; also see: R. Zimmermann, and S. Whittaker, *Op. cit.* p. 13.

³⁶ M. W. Hesselink, *Op. cit.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ R. Zimmermann, S. Whittaker, *Op. cit.* p.15.

³⁹ Parties to legal relations are obliged to exercise their rights and duties in good faith (Article 8.3 of the Civil Code of Georgia).

⁴⁰ The obligation must be performed duly, in good faith, and at the time and venue determined.

⁴¹ B. Zoidze, *Comments on the Civil Code of Georgia*, 3rd volume, Tbilisi, Justice, 2001, p. 270.

⁴² J. von Staudinger et al. *Kommentar zum BGB, Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben*, Berlin, 2005, §242, as cited in G. Vashakidze, *Op. cit.* p. 18.

⁴³ G. Vashakidze, *Op. cit.* p. 18.

Business Entities in the Republic of Armenia

I. Introduction

The legal environment for forming business entities has a direct influence on the efficiency of business relations; generally, the simpler and more accessible the procedure is for creating business entities, the easier it is to do business. However, over-simplification of the mechanism can lead to all sorts of abuses, particularly in the form of the creation of fictitious organizations, avoidance of civil liabilities, tax evasion, violation of antitrust laws, etc. For this reason, a balanced approach is essential for improving the system of business entities and any amendment or reform of legislation in this area must be reasonable and necessary.

The most common business entities – commercial entities and sole proprietors – play a vital role in uniting and using capital and other types of material resources. That is why the law regulates that they are subject to state registration, have their own civil subjects of law and act independently in economic activities.² Given the importance of state control over business entities, it is important to focus on certain challenges faced in the improvement of legislation in this area – in particular, issues related to simplifying the registration of commercial organizations, the proportion of sole proprietors, and the status of an individual in business relationships.

II. Issues related to the Creation of Business Entities

The Armenian law of 26 December 2008 (under number 3P-39-H³) introduced amendments in the Civil Code concerning the simplification of the procedure for creating legal persons. For example, previously a statute stated that the refusal to register legal persons may only be permitted according to the exhaustive grounds strictly prescribed by law, in particular in the “Law on State Registration of Legal Persons”⁴ (hereafter referred to as the Law on Registration). In the new wording of Article 56 of the RA Civil Code, however, there are no grounds for refusing the registration of legal entities – the grounds have been eliminated on the basis that the previous wording was a violation of the pro-

cedure for creating legal persons established by the law – that the statute was in conflict with the law.

In developing the relevant provisions of the Civil Code, the Law on Registration Act expressly provided that the norm of refusing registration was inadmissible on the grounds that a commercial organization’s charter, or its submitted documents, failed to comply with the law. Moreover, to avoid potential legal errors in registration, the Law on Registration specified a clear procedure for registering commercial organizations based on model statutes. This mechanism has allowed the time needed for registering a commercial organization to be minimized – it now only takes a little under an hour to register a business entity in Armenia.

Another aspect of improving the system of registering commercial organizations is the issue of the minimal capital amount needed to register. The legislative amendments abolished the clause in the Civil Code that required the business entity’s charter capital to be paid at the time of registration. Corresponding changes have also been incorporated into the “Law on Limited Liability Companies”⁵ and the law «On Joint Stock Companies»⁶. For instance, in the past, for setting up a business, an LLC needed minimum capital of 50 times the amount of the minimum wage, while JSCs needed 100 times (for private LLCs) or 1000 times (for public companies); at the legislative level, such requirements for mandatory minimum charter capital no longer exist. Of course, this does not apply to companies operating in certain areas such as banking and insurance.

The fixing of minimum charter capital generally serves two main purposes: it ensures the recoverability of assets for creditors, and it provides the necessary conditions to do business. Obviously, in the Armenian reality, the minimal amount has not been insufficient for protecting the interests of creditors in foreclosure on assets of commercial organizations. As a result, the legislative demand for relatively small amounts as minimum capital was just a formality and was unable to deal with real problems. Indeed, legislative regulation on minimum capital can only be meaningful in the event that there is a significant increase in this amount. With regard to the second purpose, ensuring necessary conditions for business, such issues are relatively internal matters that the founders and members of the organization must deal with – i.e. they require commercial governance rather than legislation.

It should be mentioned that the abolishment of the minimum capital requirement does not mean that business entities may no longer have share capital. The need for capital derives from the essence of business entities themselves – it is necessary for the effective functioning of the company in its business relationships. The abolishment of the requirement, then, is primarily aimed at optimizing conditions for the creation of business entities.

¹ PhD, Head of the Department of Civil Law and Civil Procedure of the Law Faculty of the Russian-Armenian (Slavonic) University, Associate Professor

² Predprinimatelskoye pravo Rossiiskoi Federacii / Red. E. P. Gubin, P. G. Lachno, M.: “Yurist”, 2004г., p. 129

³ Official bulletin of RA - 2009/7 (673), 04.02.2009

⁴ Official bulletin of RA - 2001/14 (146), 18.05.2001

⁵ Official bulletin of RA - 2001/38 (170), 07.12.2001

⁶ Official bulletin of RA - 2001/34 (166), 06.11.2001

III. Issues related to the Legal Status of Sole Proprietors

As for sole proprietors, it should be noted that certain amendments have been made to Armenian legislation (RA “Law on Amending the RA Civil Code “ dated 26.12.2008 3A-243-H⁷), which became the basis for revising the institute of sole proprietorship. Previously, without setting up a legal entity an individual had no right to conduct business without being registered as a private entrepreneur at the state registry; now, however, exceptions have been introduced that allow for two cases when natural persons are permitted to engage in entrepreneurial activity without state registration. The first is when natural persons are engaged in certain activities provided for by the special “Law on Patent Payments”⁸; the second is when they are engaged in business activities in the field of agricultural production that are based on an agreement on joint activities (simple partnership agreement).

Concerning agricultural production, the Civil Code provided for a special procedure to conclude such an agreement, after which citizens, without registering as sole proprietors, may conduct business together. The agreement may be concluded in a simple written or notarial form. If it is in simple writing, the head of the local authority must certify the signatures of the parties. It is also worth noting that a Government Decision approved a model agreement on the joint production of agricultural products – a practical step that greatly facilitates the implementation of the concept of creating such partnerships.

Concerning patent fees, it should be mentioned that the first edition of RA “Law on Patent Payments” was adopted on 26 December 2008 and operated until 1 January 2011, when the new edition of the same law came into force. The first edition recognized only individuals as payers of patent fees, whereas the new law has extended the scope to sole proprietors and legal persons as well.

The law contains an annex with a list of activities that are usually performed by a natural person – activities such as sewing and the repair of clothes, footwear and household goods, watch repair, tutoring, the teaching of dance and singing, and the activities of staff supporting households, etc. In order to practice such activities it is not necessary to register as a sole proprietor unless annual turnover from those activities exceeds the amount established by law.

A patent can be obtained by simply paying a fixed fee, the amount of which is envisaged by the law (according to location, relevant coefficients are applied). Payers of patent fees that are not sole proprietors are obliged to engage in respective activities only at the request of the population.

Since the scope of the new law has been extended to legal persons and sole proprietors, it also provides a list of

hotel activities that sole proprietors are entitled to perform after receiving the relevant patent. These activities include passenger transportation, hairdressing services, repair and maintenance of vehicles, trade via small stalls, etc.

It seems that the criteria for delineating which types of activities should be included in the list are subject to further study and analysis. In any case, the list of activities that natural persons can engage in without obtaining the status of and sole proprietor may certainly be extended.

Given the abovementioned, it is appropriate to focus on the need for the existence of an entity such as sole proprietor in civil law. Since this entity is a natural person whose entire assets are liable to the counterparty, the issue of clearly differentiating between the legal status of a natural person and a sole proprietor becomes problematic. In general, Armenian legislation applies the same approach to natural persons and sole proprietors on many issues, especially with respect to bankruptcy, licensing, etc.

Thus, the RA “Law on Bankruptcy”⁹ does not envisage any specific differences in the bankruptcy procedure for sole proprietors and natural persons. The creditors, regardless of the type of entity or grounds for bankruptcy submit all requirements in full. Naturally, there are certain special features for sole proprietors, but these are mainly associated with their obligation to provide financial reports to the appropriate authorities and the need to terminate their status of sole proprietor. In terms of legal consequences, the main difference lies in the fact that a sole proprietor who is declared bankrupt is not entitled to re-register as a sole proprietor or register as a founder (participant) of a commercial organization or member of a cooperative for the next five years.

The RA “Law on Licensing”¹⁰ does not specifically differentiate between sole proprietors and individuals in the procedure for obtaining licenses – Article 3, for example, envisages that both sole proprietors and natural persons may be licensed. According to the logic of the law, a license for a particular activity may be issued to a natural person regardless of whether he is registered as a sole proprietor or not. However, this does not mean that if a person is engaged in business activities, he should not have the status of an entrepreneur. The issue is that the licensing procedure is not conditional on the status of the entity seeking a license.

Civil liability is a matter of special interest, particularly the increased responsibility of entrepreneurs. Naturally, the very status of a sole proprietor points to the fact he or she must bear increased responsibility and in real relationships it is much more convenient to use this responsibility towards persons registered as sole proprietors. However, it should be noted that the principle of increased liability should occur in business relationships regardless of the legal status of the specific business entity – for example,

⁷ Official bulletin of RA – 2008/76, 30.12.2008

⁸ Official bulletin of RA – 2010/69 (803), 29.12.2010

⁹ Official bulletin of RA – 2007/7 (531), 31.01.2007

¹⁰ Official bulletin of RA – 2001/26 (158), 08.08.2001

it is not unintentional that the Civil Code allows for a court to apply increased liability to natural persons who have engaged in business without proper state registration. It seems that in this regard, the presence or absence of status should not be a decisive factor.

IV. Conclusion

In summary, this analysis suggests that the issue of registering business entities requires further detailed study. While the process of creating business entities must be flexible and simple and devoid of unnecessary obstacles to entrepreneurial activity, an excessive and unjustified simplification of the system can lead to undesirable consequences. Thus, Armenian legislation is strongly orientated towards the use of optimal solutions in this area.

The use of new information and technologies can greatly contribute to the process of optimization. For example, the wide use of electronic documents and electronic signature has led to the possibility of commercial organizations not needing certain attributes such as a stamp – according to the law, commercial organizations are no longer required to own a stamp. Previously, such a requirement created additional administrative burden without actually solving any major problems. Today, by using modern technical devices one can relatively easily prepare documents with the prints of a variety of stamps. In addition, almost all the norms of legal acts that required the use of stamps in certain documents (contracts, reports, etc.) are no longer in force. This approach has allowed commercial organizations with no stamp to freely participate in all types of business relations.

In short, the abolition of requirements related to minimum charter capital and use of a company stamp, the registration of an organization's trade name via a "one-stop window" method, and the swift registration of commercial organizations have made the system for creating business entities in the Republic of Armenia affordable and effective.

Finally, it should also be noted that legislative amendments have concerned sole proprietors as well. Talk of state registration of sole proprietors has turned into talk of their state account. Such changes are not merely terminological. From a legal point of view, at state registration, the state is in fact conferring an appropriate status on the proprietor and "permitting" business. When it comes to the state account of the sole proprietor, then the state is recognizing the right of the natural person to engage in business and only holds the particular entrepreneur accountable for fiscal and other purposes. In this way, the accounting system for sole proprietors can be transformed into the system of accounting used for natural persons wishing to do business.

Bankruptcy Issues of Business Law Subjects in the Republic of Armenia

The article discusses the conditions required for starting insolvency proceedings of entities under business law². After a general description of the Armenian bankruptcy system, the grounds for and features of bankruptcy are critically analyzed. Discussion of certain issues in the article will make reference to two European models – the German and the French.

I. General Description of the Bankruptcy System in the Republic of Armenia

The adoption of legal acts on bankruptcy in the legal system of the third Armenian Republic (RA) created an entirely new framework. At any stage of settling bankruptcy relations in the modern sense (including during the USSR), Armenian reality, and consequently legal thought, were unaware of a system of withdrawing the subjects of law from material turnover. Maybe this is the reason that its nature is still alien or inaccessible for entities in that sphere: be that a court, another public administration body, or a manager or business-creditor. The position of the parties in the cases of RA “Law on Bankruptcy”³ paragraph 3 of Article 19 (DCC-954)⁴ and paragraph 5 of Article 20 (DCC-932)⁵ tried by the RA Constitutional Court in 2011 come to witness the interpretation approach in the civil procedural logical links of some aspects of bankruptcy proceedings (for example the appeals system of adopted acts). Whereas they have not that broad areas of application and the provisions of RA Civil Procedures Code⁶ are applicable *mutatis mutandis*, as norms of more consistent procedures. One of the results of the development of the bankruptcy institute in the West is making various procedures extrajudicial, which was justified by a range of characteristics of economic relationships. For example, the Bankruptcy Statue adopted as a result of 20 years’ work in Germany envisages the decisive participation of the court only in the stage of filing a bankruptcy proceeding (Ger-

man Insolvency Statue (*Insolvenzordnung*) from 1999, § 57,67,157).

Since the adoption of the first law in Armenia about bankruptcy⁷ (RA “Law on Enterprises and Individual Entrepreneurs”), bankruptcy relations are substantially different from similar relations in US or Western countries. Those differences are not so much dominated by a simple comparison of legal norms but by their real role in economic activities. For example, although the possibility of financial recovery – a strategy aimed at overcoming financial difficulties that is widely used in the West – is envisaged in Chapter 8 of the law, for only 6 out of 541 bankruptcy cases completed in 2010 had a financial recovery program been approved – just 0.9% of all cases⁸. This situation cannot merely be attributed to imperfection of legal norms (the presence of this issue in this framework would definitely call for legislative amendments – 11% of recovery cases registered in France in 2003 served as the basis for revising bankruptcy legislation there⁹). From the aforementioned, it can be implied that in the Republic of Armenia the institute of bankruptcy is still a means of forcing the debtor out of economic activity.

II. The Grounds for and Features of Bankruptcy

For any business having financial difficulty in such a “legal environment”, or any business having a material-legal connection with such an entity, the primary, decisive issue of bankruptcy proceedings is the grounds for bankruptcy and then the guarantees envisaged for the debtor and creditor. In Armenia there are two systems for settling a bankruptcy case that are stipulated by Article 3 of the law and Article 2 of the RA “Law on Bankruptcy of Banks, Credit Organizations, Investment Companies, Managers of Investment Funds and Insurance Companies”.

Within the system envisaged by Article 3 of the law, there are two grounds for declaring natural (including individual entrepreneurs) and legal entities bankrupt:

1. The inability to make payments for 60 days or more – illiquidity
2. The debt of the debtor exceeds assets – insolvency.

These two grounds must be accompanied with the condition that there are indisputable payment obligations that exceed five thousand times the minimum wage, i.e. 1 000 000+ AMD (approximately 2 600 USD). Thus, to declare a subject of business law bankrupt in Armenia, the following conditions must exist: 1. the inability of the entity to make payments for 60 days or more by 1 million dram

¹ Lecturer at Yerevan State University, Faculty of Law

² Except for banks, credit organizations, and managers of investment funds and insurance companies.

³ Adopted on 25.12.2006; entered into force 10.02.2007; RAPT 2007.01.31/7(531) Article 139.

⁴ Adopted on 12.04.2011; entered into force 12.04.2011; RAPT 2011.04.20/22(825) Article 427.

⁵ Adopted on 11.01.2011; entered into force 11.01.2011; RAPT 2011.01.19/3(806) Article 18.

⁶ Adopted on 17.06.1998; entered into force 01.01.1999; RAPT 1998.09.09/20(53).

⁷ Adopted on 16.05.1995; entered into force 16.05.1995; HHGKT 1995/10.

⁸ RA Judicial Department, Judicial Practice Unit, “2010 Report on Bankruptcy Cases Trials”. Available at <http://www.court.am/?l=lo&id=50> (on 03.01.2012).

⁹ The new French insolvency law. Freshfields Bruckhaus Deringer, February 2006, page 1. Available at <http://www.freshfields.com> (on 03.01.2012).

or more (applicable upon the claim of the creditor); and 2. the obligations of the creditor exceed the value of its assets by 1 million dram or more (applicable upon the claim of debtor).

This regulation was enforced when the RA “Law on making amendments in RA Law on Bankruptcy” was adopted on December 22, 2010 at the initiative of the RA Government¹⁰, a law which was supposed to eliminate internal contradictions in the law. Those drafting of the amendment proposed: according to Point 1 of anti-justification, the law does not clearly stipulate the grounds for declaring bankruptcy, since in the case of voluntary bankruptcy, no feature is envisaged; Point 2 of the same anti-justification stipulates “To declare bankrupt according to paragraph 2 of Article 3 of the law the inability to make payments for 30 days or more is stipulated”, but we consider that 30 days are too short for declaring bankrupt and propose a period of 60 days; at the same time, instead of 500 000 drams as the minimum threshold, we propose 1 000 000 drams”¹¹.

We believe, however, that under the conditions of the previous regulation there was no internal contradiction as in the case of compulsory bankruptcy the feature of the debtor is necessary to “see” creditor’s financial difficulties, while in the case of voluntary bankruptcy such a feature is not needed at all since the debtor knows best his financial situation. From this point of view, any kind of bankruptcy ‘feature’ should be rejected. After all, why should an entity with a 1 000 000+ drams obligation and insufficient resources to pay be declared bankrupt while an entity with 950 000 or 200 000 drams obligation and insufficient resources to pay not be? Moreover, it seems that this feature tends only to serve as a witness of the level of business debt, which can be covered by claim proceedings. In addition, to these issues we judge that the increase or decrease of the monetary threshold will not change anything in terms of the reality of the entity’s financial difficulties. However, in the draft amendments, the legislators make absolute the features involved in declaring bankruptcy, which is a consequence of mechanical, not legal, application of bankruptcy grounds by the courts.

The arguments above are further strengthened by reference to two European models on grounds for bankruptcy – the French (Article L.640-1 of the Commercial Code, amended in December 2008) and the German (German Insolvency Statue (*Insolvenzordnung*) from 1999, § 17, 18, 19). These two models:

1. do not envisage any monetary and time features;
2. stipulate different grounds for legal and natural persons – i.e. balance and actual insolvency, respectively;

3. envisage an opportunity for the filing of bankruptcy proceedings at the initiative of both the debtor and the creditor – on any grounds.

Of course, neither the direct introduction of any European model nor changes in bankruptcy grounds or features will settle the issue of whether the institute of bankruptcy is effectively applied by the courts – that is whether application is consistent with the substance of the claim, the public and individual interests involved in the claim or a reasonable combination of those interests. In its consideration of a bankruptcy case, it is imperative that the court study *ex officio* all the circumstances of the debtor’s financial-economic situation and make a decision on bankruptcy on that basis, not resorting to superficial features.

Unfortunately, in Armenia, at both legislative and practical levels, the court is constrained by the conditions of the bankruptcy model, which creates an obvious trend towards liquidation (for example Articles 12, 16, 17, 58, 60 and 64 of the law). However, only sound solutions arising from the real substance of the institute can be considered legal; declaring bankrupt a solvent entity and launching liquidation proceedings against it cannot be considered a legal solution no matter how much it might ‘correspond’ to provisions of current legislation. The Court of General Jurisdiction of Armavir region in Armenia, in its decision of 20 September 2011 turned down the claim of the liquidation commission to declare “Baghramyan Oil” CJSC bankrupt, reasoning that the debtor did not possess the features of bankruptcy¹². Paragraph 5 of Article 76 of the RA Civil Code¹³ stipulates: “If the value of the liquidating legal entity’s assets is not enough to pay the claims of the creditors, then it can be liquidated only as a result of bankruptcy”. Even in the context of special and general norms conflicting, it is clear that the aforementioned provision of the RA Civil Code is more consistent with the substance and meaning of insolvency relations. One can also find a legal solution to the situation with a combination of parts 2 and 3 of Article 5 and Article 3 of the law, which are followed by other grounds for declaring a debtor bankrupt – i.e. without the timeframe and monetary feature envisaged by paragraph 2 of Article 3 of the law. However, those grounds are applicable only in regard to liquidating legal entities.

III. Conclusion

This consideration of current legislation and some of its application indicates that, within the conditions of legal culture, the legislation can create sufficient grounds for

¹⁰ Adopted on 22.12.2010, entered into force on 05.02.2011, RAPT 2011.01.26/4(807) Article 43.

¹¹ Available at <http://www.parliament.am/drafts.php?sel=showdraft&DraftID=4341&Reading=0> (on 03.01.2012).

¹² Court of General Jurisdiction of Armavir region, Armenia; ARD/0026/04/11, adopted on 20.09.2011, available at www.datalex.am (on 03.01.2012).

¹³ Adopted on 05.05.1998, entered into force on 01.01.1999, RAPT 1998.08.10/17(50).

settling bankruptcy as long as further “reforms” devoid of any scientific rationale will not gradually worsen the existing system.

Current legislation could be improved by making changes to the system that would eliminate the features of bankruptcy and increase the influence of courts over bankruptcy proceedings or changing their sequence (for example initiating the launch of financial recovery procedures by the court). However, such legal solutions in our reality may throw the subjects of business law into an extremely uncertain situation. Ultimately, *the process* of revising the legislation system (without mentioning the content of the act) will only be effective when it is based on classical principles of lawmaking.

Shareholders' Liability for A Corporation's Obligations – Piercing the Corporate Veil

I. Introduction

Members, i.e. shareholders and stockholders, of a corporation are not held responsible for that company's obligations.² However, limited liability of the members is not an absolute rule but rather a principle that allows for exceptions in certain situations. Moreover, as those exceptions exist to prevent the abuse of limited liability³ they can be considered to be the part of the principle of limited liability⁴ as those exceptions exist to prevent the abuse of limited liability. While there are many economic factors in favour of limited liability,⁵ allowing the piercing of the corporate veil in exceptional circumstances vis-à-vis limited liability is a necessary safeguard against dishonest actions on part of shareholders. Accordingly, the general rationale behind the doctrine of piercing the corporate veil is to disregard limited liability in order to prevent unfairness.⁶

Unlike many other countries, in Georgian corporate law piercing the corporate veil is governed by legislation. Under Art. 3.6 of the Law of Georgia On Entrepreneurs,

“a limited partner of a commandite company, partners of a limited liability company, a joint stock company and cooperatives shall be held personally liable before the creditors of the company in case they abuse limited liability”.

While there is no express wording in the Law, piercing the corporate veil is, in my opinion, an additional legal safeguard. It implies that a company has certain obligations, which under special circumstances are also transferred to a company's owner (partner/stockholder).⁷ A debtor's insolvency i.e. the inability of a company (major debtor) to

satisfy a creditor's claim in due time should be considered to be one of the preconditions giving rise to the aforementioned transfer of obligations.⁸

This conclusion is based on the following reasoning: Piercing the corporate veil is aimed at protecting the interests of a creditor against shareholders' dishonest actions manifested in abuse of limited liability. The sole concern of the respective provisions of the Law of Georgia on Entrepreneurs is indeed to protect a creditor's interests; the expectation from a company in terms of protecting a creditor's interests is confined to satisfying outstanding claims fully and in a timely manner. In those cases, where dishonest actions of a shareholder have not adversely affected the company's ability to satisfy a creditor's claim in a timely manner, there is no reason to intervene. Derogation from limited liability in case of a solvent company is therefore not justified.

Considering the complexity of the issue, it is difficult, even unreasonable, to subject piercing the corporate veil to an exhaustive and express regulation by law as to provide comprehensive guidelines for courts. When it comes to multifaceted legal issues, any such attempt often fails. It is for courts to construe abstract and seemingly vague legal provisions in their practice. A court should shape up a case of abuse of limited liability based on particular circumstances. To date, the courts of Georgia have unfortunately not had the opportunity to pronounce themselves on piercing the corporate veil.

Commentators who criticise the doctrine of piercing the corporate veil point out the vagueness of the concept.⁹ It was, however, mentioned above that there are objective reasons for the ambiguity in this regard. Stemming from the general idea of fairness, it is difficult to predefine circumstances that fit all kinds of cases. This is why courts order piercing the corporate veil based on particular circumstances which vary from case to case. Certain vagueness, characteristic to the concept of piercing the corporate veil, is related to the method of regulation by law, which may be referred to as either standard oriented or ex-post regulation. This kind of regulation means that express and exhaustive provisions are substituted by general principles, which are interpreted by a court in light of particular circumstances of each case. This is necessary where the complexity of the issue at stake makes it hard to envisage a solid and comprehensive provision applying to all kinds of situations. Moreover, if regulation of a matter is effected in a detailed manner, the law may become a guide to violations rather than a tool to prevent them. Therefore, when it comes to piercing the corporate veil, the applicable legislation sometimes may even have to be vague to a certain degree.

¹ Associate Professor for Corporate Law at Caucasus University School of Law.

² See the Law of Georgia On Entrepreneurs, Art. 3.3. para. 2.

³ Wormser, Piercing the Veil of Corporate Entity, 12 Colum. L. Rev. 1912, 496, 497; Morrissey, Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order, The Journal of Corporation Law, 2007, 529, 541, URL: <http://ssrn.com/abstract=1109180>; U.S. v. Bestfoods, 524 U.S. 51, 118 S.Ct. 1876, 141 L.Ed.2d 43 (1998); Dorton v. Dorton, 77 N.C.App. 667, 336 S.E.2d 415, 418 (N.C. App., 1985).

⁴ Dole Food Co. v. Patrickson, 538 U.S. 468, 475 (2003); 18 Am Jur 2d Corporations § 47 (LexisNexis 2008).

⁵ See Giorgi Jugeli, Kapitalis dac'va saak'c'io sazogadoebaši (Capital Protection in Joint Stock Company), 2011, p. 11 et seq.

⁶ DeWitt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co., 540 F.2d 681 (4 Cir. 1976); Morrissey, 529, 541.

⁷ Morris v. New York State Dept. of Taxation and Finance, 603 N.Y.S.2d 807, 810, 82 N.Y.2d 135 (N.Y., 1993); 18 Am Jur 2d Corporations § 47 (LexisNexis 2008).

⁸ See the Law of Georgia of 28 March 2007 On Insolvency Proceedings, Art. 3. para. a).

⁹ David Millon, The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing”, 89 Texas Law Review, URL: <http://ssrn.com/abstract=1711335>.

II. Scope of Limited Liability

A corporation as a subject of law is different from its members. While a company is liable independently with its entire assets, a shareholder is not responsible even if he or she owns all stocks. Derogation from this principle is allowed only if limited liability gives rise to unfairness.¹⁰ In German corporate law, e.g., the preconditions for piercing the corporate veil are studied under the teleological doctrine (*Normzwecklehre*).¹¹ Under this doctrine, limited liability shall be derogated from if its outcome is detrimental to parties' legal interests and the objective purpose of law. The theory of malicious abuse (*subjektive Missbrauchstheorie*) justifies piercing the corporate veil where a stockholder maliciously uses the corporation. According to this doctrine, malicious use of a corporation implies circumventing law, a contract breach or an attempt to harm third party interest.¹²

The Law of Georgia on Entrepreneurs provides for "abuse of limited liability" as an exception where a partner/stockholder may be held responsible. The cases, where a shareholder is responsible for a company's actions based on other independent legal grounds, are different from the aforementioned context. A shareholder may be held liable for a company's obligations stemming from guarantee related obligations. The individual responsibility of a partner may also arise at the stage of drafting a contract (e.g. *culpa in contrahendo*) or based on a tort.

III. Prerequisites for Piercing the Corporate Veil

1. General Prerequisites

As mentioned above a *conditio sine qua non* for piercing the corporate veil under the Law of Georgia on Entrepreneurs is abuse of limited liability by a stockholder/partner. Arguably a stockholder must enjoy control over the decision-making process of a company in order to be able to abuse limited liability, i.e. to have a potential to misuse legal form of a company. This cannot be done by any but dominant stockholders only¹³ i.e. a coordinated group of stockholders.

An effective control over a corporation is a starting point for the concept of piercing the corporate veil. The fact that there exists a group of dominant stockholders (group of jointly acting stockholders) in a corporation is not enough to hold stockholders liable for the corporation's obligations. Any derogation from the principle of limited liability is only allowed when adherence to the principle may result in unfair consequences, such as "impunity" for an influential stockholder who is shielded by a corporate veil to the detriment of third party or "forcing" a corporation to carry out certain activities. Both general capacity to influence a corporation and particular acts indicating such an influence over a company's decision-making process should be taken into account when deciding about liability.

The second precondition for individual liability of a stockholder is abuse of limited liability (see below).

Taking into account the crucial aspect of control over decision-making process of a corporation, courts are reluctant to order piercing the corporate veil with regard to corporations having many minor stockholders.¹⁴ Such corporations mainly issue public bonds. The reason behind courts' reluctance can be the actual (and not only nominal) separation assets from their control in public corporations. Because of such separation, stockholders' control in public corporations is limited and they mainly act as passive investors. Moreover, the advantage of limited liability¹⁵ is especially important for corporations oriented towards capital market as it contributes to efficient functioning of securities market and liquidity of securities and accordingly makes attracting investments easier. Piercing the corporate veil is typical in the context of corporations owned by a small number of stockholders and managed by large stockholders. An effective control over a company is also feasible when it comes to a corporate group (*Konzern*), which falls within the second group of typical cases allowing piercing the corporate veil.

2. Classification

Legal doctrine differentiates between two main groups of piercing the corporate veil based on the nature of a legal link between a creditor and a corporation. It can either be contractual or tortious.¹⁶

¹⁰ See the opinion of the Supreme Court of Germany, BGHZ 22, 226, 230; BGHZ 54, 222, 224; BGHZ 68, 312, 315; BGHZ 78, 318, 333; BGHZ 29, 385, 392.

¹¹ Müller-Freienfels AcP 156 (1957), 522; See, also Ulmer, FS Duden, 1977, S. 661, 678, 679; Stimpel, FS Goerdeler, 1987, p.p. 601, 605 et seq.; Coing NJW 1977, 1793; Schanze, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, 1975, p. 102 et seq; Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, p. 271 et seq; Weick, Staudinger BGB, (2005) Einl. zu §§ 21 ff. Rn 43.

¹² Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955 (1980), p. 203 et seq. See also Dempewolf, DB 1961, 969, 972; Stauder, GmbHR 1968, 72, 74; Bauschke BB 1975, 1322, 1324, 1325.

¹³ About the notion of a "dominant stockholder" see, Giorgi Jugeli, Kapitalis dac'va saak'cio sazogadoebaši (Capital Protection in Joint Stock Company), 2011, p. 241 et seq.

¹⁴ Empirical study of US courts' judgments shows this tendency: Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell.L. Rev. 1036, 1055 (1991).

¹⁵ See Giorgi Jugeli, Kapitalis dac'va saak'cio sazogadoebaši (Capital Protection in Joint Stock Company), 2011, p. 11 et seq.

¹⁶ The suggested classification is based mainly on the principles in Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, Or. L. Rev., 1997, 853, 858-861.

a) *Piercing the corporate veil in favour of contract creditors*

In cases where stockholders can be held liable for a corporation's obligations, two main criteria should repeatedly be pointed out – essential impact (control) on the corporation's decisions, and dishonest actions *i.e.* abuse of limited liability (towards creditors). Both components must be present in order to allow piercing the corporate veil. If a stockholder's influence on a corporation's decision-making process is not great or substantial enough, the main principle of limiting liability to that corporation's assets should remain intact, since a corporation's unduly acts/omissions or specifically its failure to honour its obligations are not preconditioned by its shareholders. On the other hand, if a shareholder did not commit any dishonest or unlawful act, derogating from limited liability cannot be justified by the fact alone that there had been influence on the decision-making process. Otherwise, the interests of a faithful shareholder would not be secure.

In contractual relations, a creditor chooses a corporation as a party to a contract and usually is in a position to run a check on the solvency history or request securing the deal in advance. By concluding a contract, a creditor acknowledges that all claims towards the corporation can only be satisfied through the company's assets. Therefore, piercing the corporate veil may not be justified based on a corporation's failure to fulfil its obligations or the inability to satisfy a creditor's claims through its assets. There should be other circumstances present, which will justify derogation from the "agreed" form of liability.

"Abuse" can be understood as an undue action which causes a result unfavourable for creditors.¹⁷ If at the stage of drafting a contract or its fulfilment, an influential partner, or under his/her instruction the company, gives inaccurate information or wrong impression about the company's financial situation, piercing the corporate veil is justified. Accordingly, piercing the corporate veil is admissible if, following creditors' requests, a company owner imparts incomplete or inaccurate information about the financial situation of the company. Sometimes, a company owner deliberately provides a wrong impression about the unclouded financial future of the company in order to encourage a creditor to enter into a deal.

Exceptions from limited liability principle are also allowed where a company owner or a linked enterprise creates an impression to convince a creditor that the corporation's debts will be covered within the resources

available. For instance, a dominant partner of the main enterprise gives an undertaking that the subordinate corporation will honour its financial commitments. The impression may be reinforced by the similarity of the companies' names, joint business, consolidated financial accountings, coordinated management, shared office *etc.* It should be noted that a stockholder's dominant position alone, even the complete control over corporation or joint or coordinated management of linked companies, is not sufficient prerequisite for piercing the corporate veil.

A creditor can run a check on the financial situation of the other party and take an informed decision based on the results of the enquiry. A creditor who is aware of the actual situation can always opt out of dealing with a financially unstable company or request it or its shareholders for additional security measures. If the information received is not accurate, a dishonest action of the party becomes the prerequisite for piercing the corporate veil. A creditor's request for piercing the corporate veil is ill-founded if the creditor was able to examine the financial situation of the other party or request for additional safeguards but failed to do so. E.g. a bank which issues a credit to an insolvent debtor without checking the financial situation of the corporation and fails to request the debtor to secure the loan will not be allowed to redeem its negligence through piercing the corporate veil.

Despite the above-mentioned scenario, the fact that a creditor has not checked the financial situation of the other party does not always absolve a company owner (a dominant stockholder) from individual liability. Creditors in short-term small-scale business transactions cannot always be expected to thoroughly study the financial situation of their future partners or request securities to be in place.¹⁸ If a company finds itself in a dire financial situation, it is supposed not to enter into business transactions where it is clear it will not be able to fulfil contractual obligations. At the same time, a dominant stockholder in control of the corporation is obliged to inform a creditor as early as at the stage of drafting a contract, and, even in those cases, where a creditor has not requested any information about the company's financial situation. Such an obligation stems from the general principle of good faith.¹⁹

Dishonesty of a corporation's owner in such cases is manifested in withholding information. It is dishonest of a person to take up obligations while having enough reasons to believe he or she will be unable to fulfil them. The reasonableness of piercing the corporate veil in

¹⁷ U-CAN-II, Inc. v. Setzer, Case No. 1D03-2150 (Fla. App. 1st Dist. 11/26/2003), 870 So. 2d 99 (Fla.App. 1st Dist., 2003); Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes, 450 So.2d 1114 (Fla., 1984); 18 Am Jur 2d Corporations § 47 (LexisNexis 2008).

¹⁸ Daniel J. Morrissey, Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order, The Journal of Corporation Law, 2007, 530, 546. URL: <http://ssrn.com/abstract=1109180>; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability and Corporation, 52 U. CHI. L. REV. 89, 113 (1985).

¹⁹ It can be argued that the same reasoning is behind the second sentence of Art. 318 of the Civil Code of Georgia as well.

contractual relations is often based on a creditor's market power (the capacity to include desirable conditions in a contract) and the contents of the transaction itself. For instance, small creditors usually are not in a position to study the other party's assets or negotiate additional measures to secure a deal, for instance a stockholder's guarantee or property used as a security.

Sometimes, a dishonest action of a stockholder is not directed towards a creditor and the latter is not misinformed about the financial situation of a company, but that stockholder, may misuse or misappropriate the company's resources that are needed to fulfil its obligations. Dishonest conduct is also manifested in deliberately deteriorating a company's financial situation to the creditors' detriment (so called robbery of a company).²⁰ Harming the interests of a creditor by taking away the assets needed to fulfil obligations vis-à-vis creditors, and weakening its financial situation justifies piercing the corporate veil.²¹ As a result of improper removal of active capital by a dominant stockholder, a corporation loses the funds necessary to meet its obligations.

The actions described above that may be carried out by a stockholder or a partner through company transactions fail to comply with conventional market terms. In such cases, a corporation does not receive adequate returns for the misused active capital. It can be assumed that in such cases, dominant stockholders are also in breach of fiduciary obligations vested in them *ex officio*.²² In this context, it should also be noted that taking away corporate capital by a dominant stockholder *per se* does not serve as a ground for piercing the corporate veil. A stockholder is entitled to dividends from a corporation's profits. He or she has a right to offer his/her assets to a corporation for its use and request remuneration in return, as well as to receive a bonus as the head of a corporation.

For the justification of piercing the corporate veil, the intent (including indirect or eventual intent) of a stockholder to harm a creditor's interests should be established. Moreover, it is not necessary to establish intent to harm a particular creditor or creditors in general. It is enough if circumstances give rise to a reasonable doubt that dominant stockholders were aware of their actions harming the solvency of the corporation. Such actions result in limiting creditors' access to a corporation's as-

sets. The financial loss of a company which is the result of a stockholder's negligence or incompetence does not serve as a ground for piercing the corporate veil as a company's failure may easily be explained *post factum* by negligence of a dominant stockholder (hindsight bias²³). Therefore, levelling the charges of negligence and deliberate "robbery" by the company increases individual liability of stockholders and presumably undermines the significance of limited liability itself.

b) *Piercing the veil in favour of tort creditors*

Liability due to a tort does not presume the existence of a contractual relationship. It is based on the claims arising from damages inflicted (a manufacturer's responsibility, responsibility of a company for the acts of its employees, etc). Victims in such cases are not in a position to negotiate additional safeguards. Therefore, it is to be assumed that tort creditors deserve more support when piercing the corporate veil is at stake.²⁴

Some authors go even further and argue in favour of abolishing limited liability with regard to tort obligations and introduction of unlimited *pro rata* responsibility of stockholders.²⁵ In American law, tort obligations are linked to cost internalisation doctrine, which has been mainly developed with regard to the responsibility for losses caused by products and when fulfilling official duties. Under this approach, the threat of piercing corporate veil justly obliges a corporation to spend money on reasonable measures to avoid damages.²⁶

In the context of a tort, the factors of imparting inaccurate information to creditors or creating wrong impression should not certainly serve as a basis for disregarding corporate structure. Tort claims stem from the fact that damages have been caused, and not from the breach of a contract. In such cases, the argument of financial weakness of a company should be invoked, which is a result of influential stockholders' deliberate

²⁰ The actions generally referred to in Article 35 of the Law on Insolvency Proceedings can serve as examples.

²¹ Gevurtz, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, Or. L. Rev., 1997, 853, 875, 881.

²² Obligations of the kind exist on the analogy of Articles 9.6 and 54.6 of the Law of Georgia On Entrepreneurs. The fact that a dominant stockholder is under higher responsibility to refrain from actions harming the company interests is proved by the special clause on the obligations of a dominant partner/stockholder (see. Articles 3.8 and 53/4 of the Law On Entrepreneurs).

²³ See more about hindsight bias: Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, Cass S. Sunstein (Ed.), *Behavioral Law and Economics*, 2000, 95, 110 et seq.; Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vanderbilt Law Rev.* 83 et seq. (2004); Jolls/Sunstein/Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review*, 1471, 1522, 1523 (1998): "tendency of decisionmakers to attach an excessively high probability to an event simply because it ended up occurring."; See, also: George Jugeli, *Kapitalis dac'va saak'cio sazogadoebaši* (Capital Protection in Joint Stock Company), 2011, p. 255.

²⁴ Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Limited Liability and Corporation*, 52 U.

²⁵ L. REV. 89, 112 (1985). The empirical data however, show otherwise: Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 *Cornell L. Rev.* 1036, 1058 (1991).

²⁶ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Liability for Corporate Torts*, 100 *YALE L.J.* 1879, 1880–81 (1991).

²⁶ Gevurtz, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, Or. L. Rev., 1997, 853, 860-61.

actions or omissions. Therefore, the fact that unjust transactions of dominant stockholders affect the solvency of a corporation works in favour of tort creditors. The same rule applies if company owners (stockholders) put insufficient funds (their own or external funds) for the coverage of the company's predictable business risks.

American and German doctrines and jurisprudence deal with the respective grounds for piercing the corporate veil, which is undercapitalisation of a corporation. It has an implication with regard to piercing corporate veil for the benefit of tort creditors which is explained by the nature of contractual and tort obligations.

The notion of undercapitalisation is rather vague. It does not presuppose that concrete figures of the start-up capital are required by law in general or by a particular branch of law.²⁷ The adequate scope for sufficient capitalisation is the predictable business risks of a company which should be balanced by a corporation with its own or external funds. It is impossible to foresee precise amount of capital for each corporation since each of them requires different assets according to its business. It is therefore crucial that company assets correspond to predictable business risks. The American doctrine refers to the need of liability insurance, which should correspond to a company's business risks. As mentioned above, the rationale for piercing the corporate veil for the benefit of tort creditors is to avoid inadmissible externalisation of costs related to preventing damages.²⁸ Therefore, the gist of the issue to be examined by a court is whether allocated funds correspond to a company's predictable business risks. The gap between a company's assets and predictable risks need be so great as to amount to running business at the expense of creditors, i.e. company's cost externalisation.

c) *Burden of proof*

When requesting the piercing of the corporate veil, a plaintiff should prove that a shareholder abused the principle of limited liability. Circumstances should prove the partner's influence over the company, which caused damages to a creditor. Moreover, the partner's influence and accordingly the company's action have to be running counter to the principle of good faith on the part of an entrepreneur. This is an area where some dominant shareholders deliberately impart wrong information about their company²⁹ and affect solvency of the

company on purpose. Circumstances may also prove that a partner was aware of his/her company's inability to fulfil its obligation from the outset.

Example: If a construction company keeps concluding contracts to build and dispose of real property despite the fact that under the present circumstances the company would be unable to carry out its commitments due to financial constraints, a dominant shareholder should have been aware of the actual status of the company.

Usually it is the responsibility of a plaintiff to prove the influence of a dominant partner on a particular action of a company resulting in losses. I, however, believe that an influential shareholder actively participates in the decision-making process of a company in general, and that is enough to give rise to *prima facie* evidence.

A tort creditor is obliged to prove that a company's assets were clearly not measuring up to the predictable business risks of a company. Since an action entailing damage for a third party is a prerequisite for a stockholder's responsibility, one more factor should also be pointed out here. In some cases, a partner's liability may be substantiated under the provisions governing tort obligations (mainly Art. 992) when a direct causal link can be established between a partner's malicious intent, or a careless action, and a creditor's loss can be established.

IV. Conclusion

Piercing the corporate veil is based on the following principles: a shareholder's decisive control over the actions of a corporation is a precondition for piercing the corporate veil; a shareholder, despite the corporate veil, is essentially liable for his/her own actions rather than for those of a corporation. The legal basis for piercing the corporate veil is a dishonest action of a shareholder (in legal terms "abuse of limited liability"). Dishonest action implies deceiving a creditor about the financial situation of the company by reticence (failure to disclose information) on the part of a dominant stockholder at the stage of concluding a contract or if a company fails to fulfil contractual obligations due to financial difficulties; or where property was misused to the detriment of a company's solvency.

Individual liability of a shareholder for a corporation's obligations in favour of a tort creditor is justified if a corporation's assets are clearly incompatible with predictable business risks.

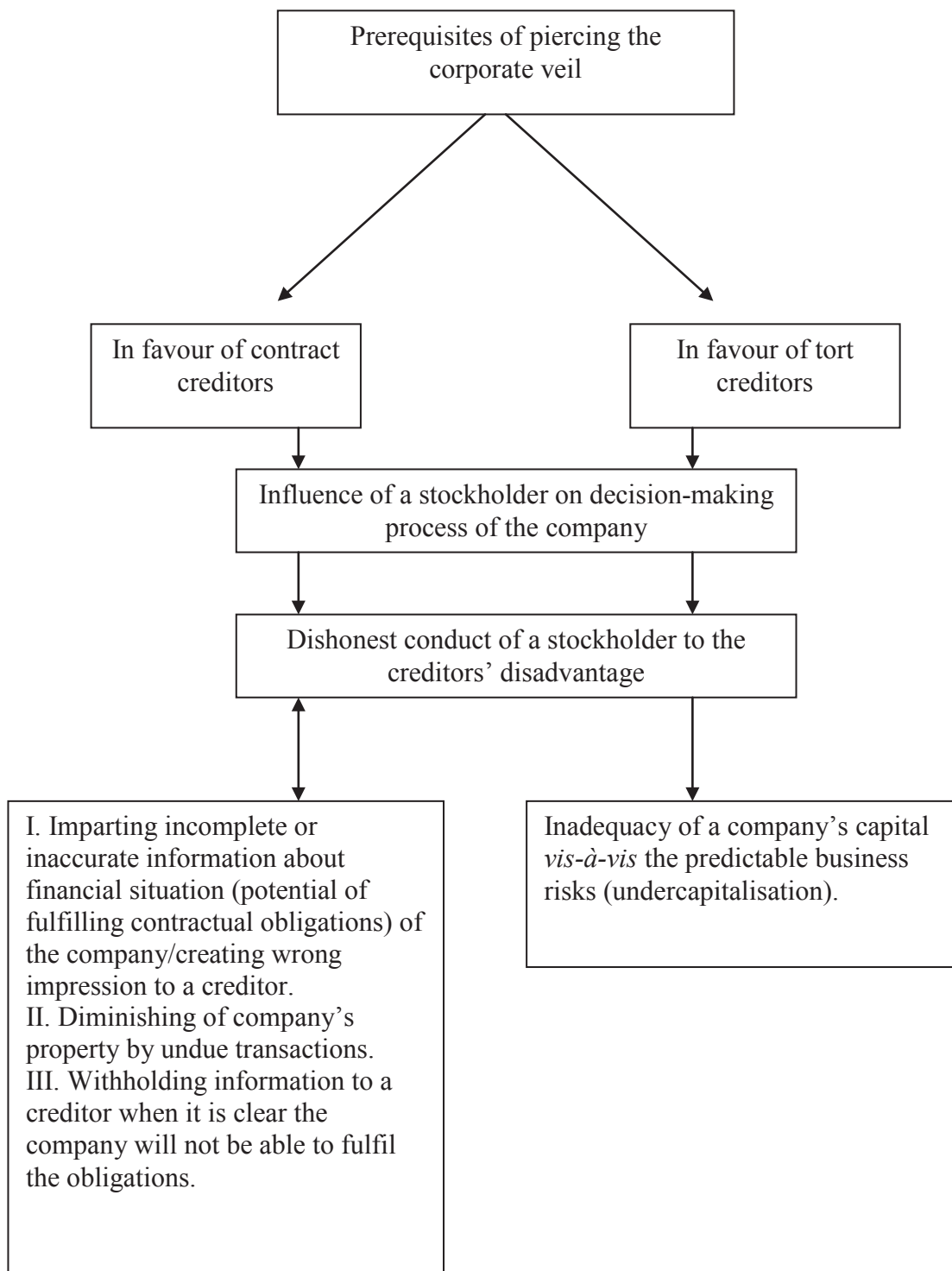
The discourse in the above article can be displayed in the following chart.

²⁷ For more details see: Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, *Or. L. Rev.*, 1997, 853, 888-896.

²⁸ See Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, *Or. L. Rev.*, 1997, 853, 861.

²⁹ It is implied that the circumstances reasonably prove that the partner acted consciously.

The discourse in the above article can be displayed in the following chart.



Model Law on Joint Stock Companies for CIS Countries and Corporate Governance

I. General Provisions

On 28 October 2010, the Inter-parliamentary Assembly of CIS countries adopted a new version of the model Law on joint-stock companies (hereafter, "the Law")². Those drafting the Law³ tried to reflect all the achievements of contemporary joint-stock law within the legal act, which will prove fundamental for strengthening market economies and the securities market. Among the Law's innovations, corporate governance deserves particular attention. Corporate governance has been the subject of international discussion for the last twenty years⁴ and certain conclusions from those discussions have been taken into account while drafting the Law. The theory and practice of corporate governance recognizes that the destiny of shareholders' property is in the hands of managers, who manage the property (assets) of those companies, whose commercial success depends on these managers. As a rule, shareholders do not participate in everyday management⁵. As correctly and lucidly noted by Prof. Karagusov, "shareholders somewhat distance themselves from the property (assets) that they pooled in order to create the assets needed for the joint-stock company's economic activities"⁶. However, according to standards of good cor-

porate governance, they should have guarantees that their investments will be used by the managers of the joint-stock company prudently and with reasonable care in the interests of the joint-stock company and the shareholders⁷. The task of the legislator, especially in countries transitioning from a planned economy to a market economy, is to provide legislation that ensures the structure of joint-stock company management bodies is clear and transparent, and built on the principle of accountability⁸. Thus, the model Law of joint-stock companies tries to follow current standards of corporate governance in this regard.

According to the way in which management and control bodies are structured within a joint-stock company, corporate law distinguishes two systems of corporate governance: monistic and dualistic⁹. In the monistic system, management and control rests with one body; as a rule, such a body is the Board of Directors or simply the Board. Despite the fact that the functions of management and control may be redistributed among various members, all functions rest within the limits of one body¹⁰. In a dualistic system, however, management and control functions are distributed between two independent bodies. As a rule, one of them is called a Supervisory Board; such a body comprises members who do not participate in the company's management and exercises control over the activities of management bodies¹¹.

The Law provides allows a joint-stock company the choice of operating according to a monistic or dualistic system¹². However, though a company can choose either

¹ Tbilisi State University (Georgia), Professor, Kiel University (Germany), Guest Professor, Doctor of Law.

² <http://www.iacis.ru/html/index.php?id=17&nid=1183&find=O6%20акционерных%20обществах>.

³ The work group drafting a new version of the Law on joint-stock companies comprised: Dr. of Law Hans-Joachim Schramm (group chair), Dr. of Law Max Gutbord, Professor of Law Farhad Karagusov, Professor Rolf Knieper, Doctor of Law Dimitry Stepanov, and Professor Lado Chanturia.

⁴ See, for example: Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research. Ed. by Hopt, Kanda, Roe, Wymeersch, Prigge. Oxford.1998; Comparative corporate governance: essays and materials / ed. by Klaus J. Hopt and Eddy Wymeersch. - Berlin; New York: de Gruyter, 1997; Corporate Governance and Directors' Liabilities. Ed. by Hopt and Teubner. Berlin; New York: de Gruyter, 1984; Davis, Kenneth B., U.S. Corporate Governance - The Independent Director's Role. Festschrift für Thomas Raiser. De Gruyter. Berlin. 2005. S. 49-62; Yang, Jin Zhu, Comparative Corporate Governance: Reforming Chinese Corporate Governance. International Company and Commercial Law Review (ICCLR), Volume 16 Issue 1, 2005, P. 8-17; Cromme, Gerhard, (Hrsg./Editor), Corporate Governance Report 2003. Vorträge und Diskussionen der 2. Konferenz Deutscher Corporate Governance Kodex. 2003. Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart.

⁵ Roth, Markus, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands: Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise. München: Beck, 2001. S. 29-30.

⁶ Karagusov, Grounds of Corporate Law and corporate legislation of the Republic of Kazakhstan, 2nd edition, Almaty, „Bastau“, 2011, p.201.

⁷ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies in Anatomy of Corporate Law, Second Edition, Oxford, 2009, p. 35-54; Davies/Hopt, Control Transactions in Anatomy of Corporate Law, p. 225-274.

⁸ The concept of the so-called self-enforcing model, which became the foundation of the first Law on joint-stock companies of Russia in the mid-1990s, showed in practice its incapacity; see: Lado Chanturia, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa 4/2009, S. 97-103.

⁹ Hopt/Leyens, Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy, in European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 18/2004.

¹⁰ Gevurtz, Franklin, A., Corporation Law, St. Paul, Minn. 2000, p. 180 ff; Hopt, Klaus J., Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? - Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema. In: Max Hachenburg: dritte Gedächtnisvorlesung 1998 / hrsg. von Peter Hommelhoff. Heidelberg: Müller, 1999. S. 9-47; Lado Chanturia, Civil Responsibility of Officials of the JSC; Journal «Вестник корпоративного управления» № 6, 2008 г. P. 36-43 (1st part), № 7, 2008 г. P. 13-17 (2nd part). (Kazakhstan); Lado Chanturia, Civil Responsibility of Officials of the JSC; Corporate Lawyer, № 2, 2007, pages 25-30. (Russia).

¹¹ Hopt, Klaus J., 'The German Two-Tier Board: Experience, Theories, Reforms in Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research. (Edited by Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mark J. Roe, Eddy Wymeersch, Stefan Prigge). Clarendon Press. Oxford. 1998; Chanturia, Civil Responsibility of Officials of the JSC Part 1, Article 72 of the model Law on JSC. Providing a choice of corporate governance model is considered a contemporary international standard in the area of corporate governance; see Hopt, Corporate Governance, Markt und Recht in Hommelhoff/Hopt/Werder, Handbuch Corporate Governance, 2, Aufl, 2009, S.45.

¹² Part 1, Article 72 of the model Law on JSC. Providing a choice of corporate governance model is considered a contemporary international standard in the area of corporate governance; see Hopt, Corporate Governance, Markt und Recht in Hommelhoff/Hopt/Werder, Handbuch Corporate Governance, 2, Aufl, 2009, S.45.

of the governance systems, the Law does not allow a mixture of elements from both the systems. Once a company has selected one of the provisions of the Law concerning how the structure, name and competent bodies of the company will be governed, that system becomes mandatory. Any other regulation of competences in the company's statutes (Charter) can only be introduced in cases envisaged by the Law¹³.

The number and competencies of a company's bodies depend on the selected system of corporate governance. Under a monistic system, the governing bodies of a company are the General shareholders meeting and the Board of Directors, while under a dualistic system, they are the General shareholders meeting, the Supervisory Board and a Management Board (Part 1, Article 72). The creation of other company bodies based on the Statutes and other constituent instruments shall not be allowed. In addition, the audit commission, which in many CIS countries was envisaged as a mandatory body of a JSC, is now obsolete; the Managing Board or Board of Directors is responsible for organizing internal control and audit, and any external audit of the company is only initiated by shareholders for the purposes of control.

II. The General Shareholders' Meeting

1. General Provisions

Since shareholders do not directly participate in the management of a joint-stock company, the General Shareholders' Meeting is the only body of a JSC in which shareholders have an opportunity to take decisions that are important for the company. Although the Law declares the General Shareholders' Meeting to be the supreme body of a JSC (Part 1, Article 72). A JSC's competencies are exhaustively regulated by the Law; any extension of those competencies envisaged by the statutes of a company may only be in cases prescribed by the Law (Part 1, Article 74). Thus, the principle of division of competencies represents the basis of the structure of a company's bodies and not the principle of supremacy (subordination) of a JSC's bodies¹⁴.

Shareholders' Meetings are of two types, *annual* and *extraordinary*. Convening annual meetings is mandatory and

the responsibility for violating this obligation rests with the company's management bodies (see Part 2, Article 76).

The introduction of the institution of the *approval of the work of the Supervisory Board* or Boards of directors represents a significant innovation in the Law (Article 75). Heard and reviewed at a Shareholders' Meeting, the approval of the work of the abovementioned bodies by a Shareholders' Meeting has significant legal implications: if accepted, it releases members of the bodies from the responsibility to compensate damages (loss) incurred to the company while discharging their governance duties¹⁵.

2. Convening the General Shareholders' Meeting

Since the General Shareholders' Meeting represents the shareholders' main body for adopting decisions, the Law provides for convening the General Shareholders' Meeting as well as appointing officers responsible for observing that procedure¹⁶.

Together with the Board of Directors or Supervisory Board of a JSC and the majority of shareholders, "minority shareholders"¹⁷ also have *the right to convene the General Meeting*.

If a request to convene the General Shareholders' Meeting from minority shareholders is not fulfilled by the Board of Directors – which happens quite often in practice – the competent Court is authorized to decide that the General Shareholders' Meeting must be convened and appoints a person from among the claimant shareholders to be responsible for its preparation and convening. The Court also appoints a president (chairperson) of the General Shareholders' Meeting (Article 77.2). This legal provision both ensures effective protection of the rights of minority shareholders and provides relevant state control. The practice of some SIC countries has provided sufficient evidence that the so-called self-enforcing model, where convening the General Assembly is solely at the initiative of shareholders with no state interference, failed to justify itself¹⁸.

¹³ The ideological source of such an approach was also a joint-stock Law of Germany, pursuant to which names and competences of governance bodies of the JSC are imperatively provided for by the Law: Hommelhoff/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz. *Kommentar*. 16. Aufl. 2004 §6, Rn.4.

¹⁴ Basis of the decision – concept of the shareholders Law of Germany, according to which the competence of the JSC bodies can be established in the Law and the principle of supremacy and subordination of governance bodies is not applied: Hüffer, Uwe, *Aktiengesetz. Kurzkommentar*. 6. Aufl. Beck, München. 2004, § 76 Rn. 4; Mertens in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Aufl. 1986 ff, Vorb. § 76 Rn. 1 ff; Semler/Spindler in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2004, Vor § 76, Rn. 53 ff.

¹⁵ Decision of endorsement (approval) shall be adopted based on assessment of sufficient information on the legality of the work of the officials (Part 3, Article 75) and may only concern areas that were included in Agenda of the General Meeting (Part 4, Article 75).

¹⁶ The responsibility for convening annual and extraordinary General Meetings rests with the management board (in case of the dualistic system) or the Board of Directors (in case of the monistic system) regardless of whether the reason for convening the General Meeting is a request from shareholders (Article 77) or a court decision (Article 76.4).

¹⁷ These are shareholders that hold on aggregate no less than 5% of all voting shares.

¹⁸ Regarding the model, see: *A self-enforcing model of Company Law for Emerging Markets*: Black/Kraakman/Tarassova, *Guide to Russian Law on Joint Stock Companies*, Kluwer Law International, 1998, 14ff. Regarding the negative consequences of this model with the example of Russia, see: Dobrovolsky, *Protection of Corporate Property in Arbitrage*, Moscow, Wolters Kluwer, 2006, Chanturia, *Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 4/2009, S. 97-103.

According to the Law, information on convening the General Shareholders' Meeting shall be available and accessible for all shareholders. This stipulation is achieved by regulating how shareholders are notified about an upcoming assembly of shareholders¹⁹.

Special attention is paid to the publication of the Agenda of the General Shareholders' Meeting, acknowledging all decisions null and void, if they were taken on the Agenda issues, which was not published accordingly (Article 81.5). The Agenda may be changed at the Meeting itself only if all the shareholders are in attendance (Article 82.8)²⁰.

3. The Right to Participate in the General Shareholders' Meeting

A special feature of JSCs – unlike limited liability companies (LLC) – is the frequent and simplified change of shareholders. Therefore, the eligibility of shareholders to attend the General Shareholders' Meeting is one of the most important practical issues. The Law establishes terms and deadlines for developing the list of shareholders authorized to attend and participate in the General Shareholders' Meeting (Article 83). Management Board members or members of the Board of Directors are responsible for the correctness and validity of the shareholders' list (Article 83.7).

The quorum issue of the General Shareholders' Meeting is regulated in a new way. Practice shows that an unreasonably high quorum requirement may paralyze the work of the General Shareholders' Meeting. Without a quorum, the General Shareholders' Meeting may be deprived of the opportunity to solve crucial matters related to the JSC. Thus, the Law offers a solution to the problem as follows: at a repeated General Shareholders' Meeting, the General Shareholders' Meeting is authorized to take decisions even if there is no quorum (Article 85.2)²¹.

¹⁹ Such provisions include: (i) Notification on holding the General Meeting shall be sent at least 30 days prior to the date of Meeting (Article 78); (ii) Notification on convening the Meeting shall be published in the edition used for publications of the Company (sentence 1, Article 80.1); (iii) Notification shall be published on the company web-site; (iv) The agenda of the General Meeting shall be available for shareholders (Article 81).

²⁰ The Law contains a very important provision about the Agenda. It states that for every issue to be decided on by the General Meeting, the Board, Supervisory Board and the Board of Directors (depending on the governance system) shall indicate in the published Agenda their proposals regarding the decision, especially the necessity and suitability of the decision for the company (Article 81.3).

²¹ Many CIS countries established the institution of a Returning Board, which counts votes and develops the minutes of the General Shareholders' Meeting. Pursuant to the Law, the Returning Board is an optional Board whose creation may be envisaged by the statutes. In companies where the creation of a Returning Board is not envisaged, the functions of such a board are discharged by the Notary or the Corporate Secretary (Article 86.1).

4. Participation of Shareholders in the Functioning of General Shareholders' Meeting

A shareholder may exercise *the right to vote directly* as well as *through a representative*. Since, in the practice of large JSCs, financial institutions act as representatives of shareholders, the Law offers new detailed rules for their participation in the functioning of General Shareholders' Meeting²². In this regard, the following is noteworthy: firstly, a financial institution, as a representative of a shareholder, may only participate in the functioning of a General Assembly on the basis of a proxy letter (fiduciary) issued by a shareholder and if the shareholder has provided clear instructions on individual issues in the agenda; secondly, if the financial institution deviates from the shareholder's instructions during voting, or if a deviation is agreed upon with the shareholder in advance, then the representative shall inform the shareholder about it and indicate the reasons for the deviation; thirdly, if the financial institution exercises its right to vote contrary to the shareholder's instructions, this shall not invalidate decisions adopted by a General Shareholders' Meeting (Article 89, Parts 2, 7 and 9).

The Law underlines the importance of shareholders exercising their right to vote independently, and prohibits influence by third parties, or even by a JSC Management Board. For instance, an agreement (contract) or a record in the statutes in which a shareholder is obliged to vote under the company's directions (Management Board or the Supervisory Board, or the Board of Directors) is null and void (Article 90.1)²³.

5. The Shareholder's Right to access Information

While procedures for conducting General Shareholders' Meeting is described in detail by Articles 92-97 of the Law, the right of a shareholder to information is mentioned separately (Article 97). The Law offers a completely new regulation of the said right. Instead of just the comprehensive right to information prescribed by many JSC Laws of CIS countries, a specific right to information on agenda items is introduced²⁴.

Information about a JSC, subject to general publishing, shall be accessible for all shareholders. The use of

²² Pursuant to the Law, organizations licensed to act in stock exchange, banks, investment companies, etc. shall be considered as financial institutions (Article 89.1).

²³ Some CIS countries envisage the possibility of holding a General Meeting via distance voting (poll). The work group drafting the Law was against such a form of General Assembly. However, the issue was left to the discretion of the national legislature: CIS member-countries may address the issue of distance General Assemblies via relevant national legislation.

²⁴ This approach is borrowed from the JSC Law of Germany, which regulates the matter of receiving information by shareholders at the General Assembly of Shareholders, in detail. See: Lado Chanturia, Restriction of the Rights of Shareholders in International Practice. Corporate Lawyer # 3, 2008, pages 24-30 (Russia).

an individual right to receive this kind of information is not necessary. Thus, the Law does not specify the meaning of the right to information, and stipulates that any shareholder may ask the Management Board or the Board of Directors to submit any information to the General Shareholder's Meeting that is deemed necessary "for the due review and evaluation of an item on the agenda of the General Shareholder's Meeting" (Article 97.1). In parallel with this, the Law ensures equal access for all shareholders to that information and establishes that if any shareholder was provided with such information, including information presented before the General Assembly, then the same information shall be presented to any other shareholder at the General Shareholder's Meeting (Article 97.4). Refusal to present such information may be appealed against in Court (Article 97.6).

6. Invalidity of Decisions Adopted By a General Meeting. Appealing of Resolutions

Unlike many JSC Laws of CIS countries, the Model Law addresses void decisions of the General Meeting and procedures for appeal.

In order to define the notion of "null and void", we may refer to the concept of nullity of transactions. However, the Civil Law of some CIS countries does not recognize this concept – all invalid transactions are considered as disputable²⁵. Thus, the Law seeks to clarify the concept of "nullity": all decisions of a JSC that are adopted in violation of legal requirements shall be considered as null and void, and nullity, as a result of violation, is directly envisaged by the Law, and, furthermore, such decisions are null and void from the moment of their adoption regardless of whether the decision is under dispute²⁶.

Despite the fact that Article 98 of the Law lists instances in which decisions of the General Meeting shall be nullified²⁷, the list is not exhaustive and various provisions of the Law envisage preconditions for the nullity of certain decisions.

The Law also defines persons who are authorized to appeal (dispute) the decisions of the General Meeting. They are, first of all, shareholders who participated in a General Meeting and were against or objected to deci-

sions as recorded in the minutes of the General Meeting. Those shareholders who did not attend a General Meeting are authorized to appeal (dispute) the decisions of the General Meeting only if their non-admission to the General Meeting was illegitimate or if the General Meeting was convened in violation of established rules and guidelines or if an agenda item was not published as required (Article 100.1.2).

Information pertaining to disputed decisions of a General Meeting and subsequent claims to Court must be published on the website of a JSC²⁸.

Here, the legal consequences of recognizing the decisions of the General Meeting as null and void should be noted: if a decision of a General Meeting is recognized as null and void, except in cases where contracts based on the decision were concluded with third parties, who did not know and should not have known about the reasons for the invalid decision, this leads to the nullity of all transactions made on the basis of the decision in question (Article 103.4).

III. The Supervisory Board

The provisions for a Supervisory Board and Management Board are entirely new. While they generally conform to Germany's legal regulations on such bodies, they also take into account the results of numerous discussions on this subject²⁹.

Pursuant to the Law, the Supervisory Board is a body of control, may not participate in the daily activities of the Management Board, and the powers of the Management Board may not be delegated to the Supervisory Board. However, as the control body, the Supervisory Board has broad authority. For instance, it can require that Board members produce reports on the activities of the company at any time; it is also authorized to file claims against Board members in order to compensate losses incurred to the company due to such members' misdeeds, etc. (Article 102.2).

Appointment and Removal of Management Board Members is one of the most important functions of the Supervisory Board. In the dualistic system of governance, members of the Management Board are appointed and removed from their positions not by the General Meeting but by the Supervisory Board (Article 103.1)³⁰.

Although the functions of the Management Board may not be delegated (transferred) to the Supervisory Board

²⁵ For instance, the State Committee of Kazakhstan affixes the given concept of null and void transitions. Lado Chanturia, 'The Meaning and Functions of the Institutions of Void Transactions in Private Law' in Journal „Jurist“, # 6, 2010, pages 30-35 – Kazakhstan.

²⁶ Lado Chanturia: Rules for Convening the General Meeting of Shareholders and its Impact on Validity of Decisions of the General Meeting, in the book Judicial Practice of application of the Law On Joint-Stock Companies; Problems of Dispute Resolution, Related to Corporate Governance, Astana, 2010, pages 80-91 (Kazakhstan).

²⁷ For instance, decisions are null and void if General Assembly requirements of Article 76-84 were violated or if decisions were not recorded in the minutes in accordance with established guidelines, etc.

²⁸ Management Board or Board of Directors shall immediately publish this information (Article 100.5).

²⁹ See: Baums, 'Aktienrecht für globalisierte Kapitalmärkte – Generalbericht' in *Corporate Governance* /Hrsg. Hommelhoff, Heidelberg, 2002, S. 13-25; Leyens, *Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein oder zweistufiges*.

³⁰ In addition, the Supervisory Board concludes and terminates labour (corporate) agreements with Board members on behalf of the Company (Article 103.2).

(Article 104.1), decisions on certain matters may be made only in agreement with the Supervisory Board³¹.

The Law does not establish a maximum number of members for the Supervisory Board³². At the requirement of Russia's labour union representatives and some other CIS countries, the Law allows for workers of a company to appoint one third of the members of the Supervisory Board. However, this must be adopted by a relevant provision in the company's statutes or in national legislation (Article 103.4); the Law itself does not directly stipulate this right.

Elected members of the Supervisory Board may be *re-called* at any time by the General Meeting; such decisions are made by a simple majority of votes (Article 105.6). The authorities of members appointed by Court shall terminate as soon as the grounds for their appointment by the Court cease to exist (Article 105.9)³³.

The *inadmissibility of simultaneous membership in the Management Board and Supervisory Board* is an important feature of the dualistic system of governance (Article 106.1); if this prohibition is violated, the Management Board must take immediate action to correct the infringement (Article 106.4).

In order to safeguard the Supervisory Board from inactivity, the Law prescribes certain obligations to ensure effective work. For instance, arranged by the Chairperson of the Board, meetings of the Supervisory Board shall be held at least quarterly (Article 109.1). In addition, any member of the Supervisory Board or the Management Board may convene a sitting of the Supervisory Board (Article 109.3)³⁴.

Members of the Supervisory Board have an obligation of loyalty to the company. An expression of that loyalty is their responsibility to disclose any conflict of interests they may have. Every member of the Supervisory Board must disclose and present the Supervisory Board with information about any conflict of interests that may occur in dealing with clients, suppliers, creditors or business partners

of the company due to cooperation or official position. The Law requires that this be done before elections and during the work process (Article 113.2)³⁵.

IV. The Management Board

The Management Board constitutes the *body of the company* that is in charge of the management of the company and is *under personal responsibility* for its actions (Article 114.1). This means that it can make decisions at its own discretion, but only in the interests of the company. While the Management Board is under no obligation to follow instructions (guidance) given by the Supervisory Board or individual shareholders, it must execute the decisions of such bodies, adopted in the framework of their competences (Article 114.2). Thus, the Law clearly distinguishes between "instructions" and "decisions"³⁶.

The Management Board may comprise one or several members and all must be natural persons³⁷. Persons convicted for property crimes are not permitted to be members of the Management Board in cases when 5 years have not yet passed since completion of the sentence³⁸.

Members of the Management Board are appointed by the Supervisory Board for a maximum term of three years. Following the appointment, a service contract (corporate contract) is signed with the Management Board members. Provisions of the Civil Code are applied in such contracts; they do not belong to labour contracts, and, therefore, provisions of the Labour Law do not apply (Article 116.1,3,4)³⁹.

Members of the Management Board, including the Chairperson, may be removed by the Supervisory Board at any time. A decision to revoke a member's place on the board represents the basis for terminating their service contract. Thus, the Law distinguishes between a *corporate act, regulated exclusively by this Law, on the appointment of members of the Management Board*, and a *service contract (corporate contract)* to which provisions of the Civil Code apply. A corporate act on appointment may be an-

³¹ An exhaustive list of such matters can be found in Article 104.2.

³² However, the Supervisory Board shall comprise at least three members (Article 105.1).

³³ Supervisory Board members, who may only be natural persons, are elected by the General Shareholder's Meeting for a term of three years. The role can be delegated to certain shareholders who are authorized by the Statutes of the company. At the request of the company's Management Board, members of the Supervisory Board may be appointed by Court as well if: within 6 months of a Supervisory Board member's resignation a new member has not been elected; the number of the Management Board members is less than that established by the Law or the company's Statutes; members were elected in violation of the Law.

³⁴ Despite the fact that the Supervisory Board is a controlling body, the Chairperson of the Board shall be in ongoing contact with the Management Board, namely, with the Chair of the Management Board, in order to discuss strategy, development of company activities as well as risks and threats. In his turn, the Chair of the Management Board shall inform the Supervisory Board Chair about events relevant to the company and the Chair of the Supervisory Board will convey that information to the others (Article 108.4).

³⁵ In addition, all agreements of the Board Member with the Company, including receipt of credit or a loan from the company, may only be concluded after the Supervisory Board's preliminary endorsement.

³⁶ The concept of the personal responsibility of members of a Management Board originates in the JS Law of Germany. Hefermehl/Spindler in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2004, § 76, Rn. 21 ff.; Hüffer, Aktiengesetz. (2004), § 76, Rn. 10; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 76, Rn. 42.

³⁷ If the Management Board comprises of several members, one of them is appointed as Chairman by the Supervisory Board; the Chair coordinates the work of the Management Board, presides at its meetings and represents the Management Board in relationships with other bodies or persons (Article 116.2).

³⁸ In addition, those prohibited from engaging in certain professional activities in certain/commercial areas by Court decision or the decision of a competent body are also barred from being a board member for as long as such a prohibition lasts (Article 115.1-3).

³⁹ In some instances – namely, in cases when appointment of a member is delayed – the member may be appointed by Court on the basis of a motion/request from any member of the Supervisory Board (Article 116.6).

nulled at any time, whereas a service contract may only be annulled when there are grounds for termination of the contract.

Not only is the Management Board a body in charge of internal financial governance, but it also *represents the company in its relations with third parties without a power of attorney (doverennost)* (Article 117.1)⁴⁰. In order to ensure the stability of civil commerce and trade, the Law contains an important provision on the right of the Management Board to represent the company in relations with third parties (Article 117.5). Although members of the Management Board must observe restrictions on managerial matters, as envisaged by the statutes or decisions of the company, violations of such restrictions do not lead to annulment of transactions performed by them on behalf of the company with third parties (Article 117.7).

The Law stipulates the *obligation of loyalty* of Management Board members and delineates a set of obligations related to conflict of interests⁴¹.

The dualistic system concept, as presented in the Model Law, establishes detailed rights and obligations of separate bodies and facilitates a clear division of powers between the Management Board, as a governance body, and the Supervisory Board, as a controlling body.

V. The Board of Directors

The Law offers new regulation of the status of the Board of Directors and the Executive body, which conforms to standards of the monistic system of corporate governance⁴². The creation of an executive body, as envisaged by the JSC legislation of many CIS countries, is not mandatory. Although the Board of Directors may delegate powers related to management to a sole or collegial executive body, the overall responsibility for a company rests with the Board of Directors.

Similar to the Management Board, the Board of Directors governs and controls under personal responsibility

and takes decisions at its own discretion, but only in the interests of the company (Article 124.2)⁴³.

Members of the Board of Directors shall be elected by the General Shareholder's Meeting for a term of up to three years and can be re-elected several times. By a decision of the General Meeting, the powers of all members of the Board of Directors may be terminated at any time during their term (Article 126.3)⁴⁴.

Since, unlike the dualistic system of corporate governance, the monistic system does not envisage an independent controlling body in the form of a Supervisory Board, the Law requires that at least one third of the members of the Board of Directors shall be *independent Directors* (Article 126.5), and criteria of independence are defined.⁴⁵

The *Chair of the Board of Directors* is to be elected by the Board members by a majority of votes of the total number of members on the Board unless otherwise prescribed by the statutes of a company. The statutes may envisage the election of the Chair (president) of the Board of Directors by the General Meeting. Although members and the head of the executive body may be elected to the Board of Directors (which in the dualistic system of corporate governance is prohibited), the head of the executive body may not be elected to the position of the president of the Board of Directors (Article 127.2)⁴⁶.

Management of a company's current activities can be delegated by the Board of Directors to the sole executive body or the collegial executive entity. This represents the internal affairs of a company and rules for delegation can be established by the statutes or by a decision of the Board of Directors.

An important innovation in the Law is that functions are divided between the executive body and the Board of Directors, along with the legal stipulation to *name officers*. The purpose of this approach is to ensure transparency and clarity in designated positions in business relations. Business partners must know with whom

⁴⁰ Although the Law obliges members of the Management Board to jointly represent the company to third parties, in order to enter into transaction with third parties, it is sufficient for a party to the transaction to express its will to one of the members of the Management Board (Article 177.2).

⁴¹ In particular, a member of Management Board shall serve the legitimate interests of the company and perform functions only in the interests of the company. A member shall not utilise commercial opportunities and offers addressed to the company for their personal interests (Article 119.1). In addition, without the endorsement of the Supervisory Board, members of the Management Board may not engage in commercial activities or enter into transactions on their or another's behalf in the field of the company's activities (Article 119.2), hold an official position, be a bankruptcy manager in other legal entities, participate in other entities or hold shares in other JSCs (Article 119.3). Every member of the Management Board shall disclose and present to the Supervisory Board any information regarding a possible conflict of interests (Article 119.7).

⁴² Gevurtz, Corporation Law, St. Paul, Minn. 2000, p. 180 ff; Eisenberg, Corporations and other Business Organizations: cases and materials, 8th ed. New York 2000, p. 203 ff.

⁴³ Except for issues that must only be decided on at the General Assembly or issues that are assigned to the executive body by the statutes, the Board of Directors takes decisions on all other matters (a list is contained in Article 124).

⁴⁴ The appointment of the first composition of the Board of Directors shall take place when a company is established and shall be mentioned in the statutes of that Company (Article 126.2). The size of the Board of Directors shall be determined by the statutes of a company, but must comprise no less than three members (Article 126.5).

⁴⁵ Namely, a person cannot be elected as an independent Director if: a) he/she holds a position at the JSC or has held one in the five years before election; or b) if he/she is company staff or has been in the three years before election; or c) he/she is a close relative of a large shareholder or official of a JSC (a list of criteria is contained under Article 126.5).

⁴⁶ The Board of Directors may re-elect its Chair at any time by the majority of votes of the total number of the members on the Board of Directors except in cases when the Chair was elected by the General Meeting.

they communicate and conduct business negotiations. For instance, the sole executive body or the head of the collegial executive body are designated as Director General of the company. Members of the collegial executive body, depending on the area of their activities, are called Directors – Finance Director, Marketing Director, etc. (Article 129.1). Thus, the Director General of a company and the president of the Board of Directors is not the same person. The Director General and the members of the collegial executive body (Directors) shall be appointed by the Board of Directors and third parties. The Chair of the Board of Directors, on behalf of the Company, shall sign a service (corporate) contract with the Director General and members of the collegial executive body (Directors).

The Director General and/or members of the collegial executive body may be released from their positions at any time by the Board of Directors. General provisions of the Civil Code shall apply to the aforementioned service contract.

The Director General represents a company in its relation with third parties. The powers of the Director General to represent a company in relationship to third parties may not be restricted (Article 129.6)⁴⁷.

Unlike the dualistic system of corporate governance in which the Supervisory Board is deprived of the opportunity to give binding instructions to the Management Body, in the monistic system, the Board of Directors may give instructions to the Director General or members of the collegial body on specific current issues (Article 129.8).

The absence of an independent controlling body necessitates the creation of other structures to take charge of controlling a company's financial and economic activities. According to the Law, an internal audit service represents such a structure, which is directly accountable to the Board of Directors and reports to it on activities performed (Article 132)⁴⁸.

The obligation of loyalty applied to members of the Management Board equally applies to members of the Board of Directors, the Director General and members of the executive body in order to prevent conflicts of interest (Article 133). In this matter, the provisions of the Law fully conform to recognized international standards of corporate governance. And in the case of the Board of Directors, the Law defines *obligations in extraordinary situations*, such as insolvency of the company or loss of half of the chartered capital.

VI. The Liability of Corporate Officers (Managers)

The Law regulates in detail how officers (managers) of a company are held accountable for its property. The prerequisites of officers' civil-law liability to a JSC are: the subject of liability, a breach of duty, fault (*vina*) of the violator, and loss/damage and the *causal relation* between subjects and the loss or damage incurred⁴⁹.

The main task of the legislature is to determine the exact officers to be held liable for the management of a JSC, accountable for any loss incurred, and assign them specific and unambiguous powers for management. According to the Law, *subjects of liability* are officers of a company who are members of the Supervisory Board, Management Board and Board of Directors.

Firstly, the Model Law requires these officers *to perform, reasonably and in good faith, the duties* imposed upon them by law, a company's articles of association or a service agreement in the interests of a company. The liability of officers arises only where they have been at fault in failing to properly perform their duties and where losses have been incurred by a company, *i.e.*, damage has been caused (Article 135.2). As liability is directly related to violation of specific duties, the Law, unlike the JSC Laws of CIS countries, provides for a list of duties (Article 135.5) and names to whom such duties apply to. This simplifies the process of identifying responsible persons and relevant breaches of duties.

Such specification and attribution of duties are also essential for the following reasons: *firstly*, one of the most important functions of the Law is not only to regulate relations but to inform participants in such relations about their rights and duties, something that is especially important for post-soviet states, where corporate Law has yet to develop – as a rule, a clear definition of duties helps managers to observe them; *secondly*, unlike the USA, where criteria for liability are established by Courts, post-soviet states still lack a tradition of judicial review on corporate disputes and thus it is unwise and unrealistic to expect the judiciary to establish liability standards for company managers in the near future – on the contrary, judges require Laws with specific provisions in order to help them decide certain matters.

Managers of joint-stock companies are *liable* in the event of a breach of their duties *through their fault*. Since it is important to clarify exactly what a fault means and how it may be applied to managers of JSCs, the Law provides a clear definition of fault (*culpa*) of violators: A violation is deemed to be one accompanied by fault where corporate officers have not acted with due care (*zabotlivost*) and diligence, (*osmotriteolnost*) the necessary measures to prevent the occurrence of a violation (Article 135.3). In

⁴⁷ By rules established by the statutes of a Company or provisions on the executive body, the Director General distributes functions between members of the collegial executive body – Directors of the Company – and ensures due execution of such functions.

⁴⁸ In order to ensure independence and impartiality, staff of the internal audit service may not be elected to the Board of Directors or the executive body of the company.

⁴⁹ Chanturia, *Civil-Law Liability of Managers of the JSC*.

terms of practically applying the notion of fault, the *objective theory of fault* is significant. The Law prescribes that any violation of obligations, as envisaged by the Law, the statutes of a company or a service contract, envisages the presence of fault (sentence 2, part 3, Article 135)⁵⁰.

Burden of proof of innocence i.e. responsibility to establish the fact that officers did not violate their duties in their management of the company rests with those officers (Article 135.3, sentence 3). This can be explained by the fact that the entire documentation of a company is in the hands of the managers of a company, and thus no one else is in a better position to prove the correctness and legality of their decisions⁵¹.

The Law contains the principle of *individualization of liability*. Thus, while officers represent a body of the company, liability is imposed only on the individual violators of the relevant obligations⁵².

Liability of managers of a JSC shall be established by the Law and it may not be excluded – neither by the statutes of a company nor by Service Contract (Article 135.4). However, the Law specifies a key principle of contemporary corporate Law – that managers of a company *shall not be held accountable for commercial failure*. Losses incurred as a result of commercial decisions may not be imputed to managers of the company⁵³. This rule in corporate Law is called the Business Judgment Rule – the rule of commercial judgment⁵⁴.

Regardless of how well the Law provides for the liability of managers and how detailed those responsibilities are, it is vital to have a mechanism for *guaranteeing such liability*. The main issue between stipulation and enforcement is this: who has the right to impose stipulated requirements on managers of a company for compensation of damages on behalf of a company? Who is authorized to initiate the process of responsibility? The Law contains answers to all such questions⁵⁵.

The Law distinguishes *two methods of the process of liability of JSC managers*. In the first case, claims on compensation of damages are filed by JSC bodies (Article 136); and in the second case, the initiative of prosecution belongs to shareholders via the shareholder's derivative suit (Article 137).

According to the Law, bodies of a company are not only authorized but also obliged to require other bodies to compensate damages incurred due to violation of obligations by officials (Article 136.2-4)⁵⁶.

In addition to governing bodies, holders of 1% of shares also have the joint right to demand compensation of damages. They are authorized to address the Court with a claim against officials of a company for compensation of damages incurred to a company due to violation of obligations in the governance of that company (Article 137.1). However, the admissibility of the shareholders' derivative suit has certain preconditions⁵⁷.

VII. Conclusion

This overview of the new version (edition) of the model Law on joint-stock companies shows that the Law takes into account and incorporates vital achievements from contemporary corporate governance and offers legislators in CIS countries better standards of management and control over joint-stock companies.

⁵⁰ Civil Law, vol. 1, Textbook, 2nd edition, edited by Prof. Sukhanov, M., BEK, 2001, pages 447-448; Basin Y.G., 'Culpa as a condition for accountability relating to violation of obligations' in *Civil Law* (general part), Almaty, 2003, page 338.

⁵¹ Burden of proof for incurred loss rests with claimants – they have to prove that the company incurred losses.

⁵² If such obligations were violated by actions or inaction of several officials, they shall be held accountable *jointly* before a company. Officials who voted against the decision, which led to damages and loss for a company, or abstained from voting on reasonable grounds, shall not bear responsibility (Article 135.2).

⁵³ Pursuant to Article 135.6 of the Law, officials of a company are not obliged to compensate damages incurred due to a commercial (entrepreneurial) decision if such a decision was made based on sufficient and reasonable information and substantiated by those believing that such a decision would serve interests of a company.

⁵⁴ Block/Barton/Radin, 'The Business Judgment Rule', *Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Fifth Edition. Volume I. p.9-12.

⁵⁵ As a rule, a demand for compensation of damage incurred belongs to a JSC itself. However, it is necessary to clarify who has a right or is obliged to meet such demands. Persons who, according to the Law, are representatives of a company (governors) and are obliged to protect the interests of a company may themselves be violators of such obligations.

⁵⁶ In addition, the General Shareholder's Meeting may take a decision and oblige members of the Management Board as well as members of the Supervisory Board/Board of Directors to require the officials of a company to compensate damages incurred due to their wrongful acts (Article 136.5).

⁵⁷ Namely, the Court can accept the claim if: 1) shareholders prove that they acquired their shares before they came to know or should have come to know about possible violations of obligations by governors that led to damages to the company; 2) shareholders prove that they have already addressed bodies of the company with a request to file a claim against the culpable persons but this has been without success; 3) there are circumstances that clearly suggest that the company incurred losses as a result of the infringement of the Law; 4) the satisfaction of a claim on compensation of loss does not damage the interests of the company.

Legal Status of an Enterprise from the Point of View of International Law – Freedom of Economic Activities, Freedom of Concluding Contracts and Freedom of Competitiveness

The recent decision of the European Court of Human Rights (delivered 20 September 2011) on the conflict over Russian Oil Company “YUKOS”², as well as the negotiations on the accession of the Russian Federation to the World Trade Organization, demonstrates that international law is not insignificant for a company’s economic activities. Indeed, international law imposes a certain “framework” (limitations) on entrepreneurial freedom, which in most cases means that an entrepreneur failing to observe such limitations is ineligible to file a claim to national or international courts. Nevertheless, this paper shows that those “limitations” are not obstructive and may in fact facilitate a “civilized” relationship between entrepreneurs and national or foreign countries.

I. Introduction

Armenia, Azerbaijan and Georgia are member-countries of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Social Charter (Armenia since 21 January 2004, Azerbaijan since 2 September 2004 and Georgia since 1 October 2005) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Armenia since 13 December 1993, Azerbaijan since 13 December 1992 and Georgia since 3 August 1994). In addition, Armenia and Georgia are fully-fledged members of the WTO (since 5 February 2003 and 14 April 2000 respectively), while Azerbaijan is an associate member of the WTO. All three states, therefore, are accountable for providing entrepreneurial activities with certain, relatively regulated, international legal “guarantees”.

The purpose of this article is to give an overview of the potential judicial practice of the European Court of Human Rights. How will the Strasbourg Court assess entrepreneurial activities in the light of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Social Charter, the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights and the WTO

law? The following question is even more important: will the European Court of Human Rights take into consideration the judicial practice of the EU Court on the Charter of Fundamental Freedoms of the European Union (i.e. the jurisdiction of the EU Court, disputes concerning EU member-states)? Article 16 of that Charter envisages an independent basic right to freedom to perform entrepreneurial activities (“freedom to entrepreneurial activities shall be recognized pursuant to the right of the EU and separate legal acts and traditions of various EU member-states”). The European Court of Human Rights increasingly takes into consideration the practice of the EU Court when interpreting the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. This has deep implications, since entrepreneurs of the EU member-states acquire a long-term perspective in applying standards of the European Union on the freedom of entrepreneurial activities when reviewing individual complaints (article 34 of the Convention).

II. Level of Protection of the Freedom of Entrepreneurial Activities in International Treaties: European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, European Social Charter, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and WTO law

The freedom to conduct an enterprise and aspects of such freedom are protected to some extent by the above-listed international legal treaties. In cases of partial regulation we are not talking about the appealed rights of separate individuals but about target provisions that (simply) impose obligations on member-states.

1. Article 1 of the Additional Protocol of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: the Judicial Practice of “Iatridis” from the European Court of Human Rights

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms contains no unilateral indication to be observed with respect to entrepreneurial activities; thus, freedom of entrepreneurial activities as well as the freedom of concluding contracts and competitiveness is not provided for. It may be considered that as of 1999 the European Court of Human Rights adheres to the opinion that protection of ownership under Article 1 of the Additional Protocol of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms envisages, among others, the right to conclude contracts and, based on certain preconditions, the right to run an enterprise. Pursuant to the Court Decision (25

¹ Doctor of Law, judge of the Federal Court on social issues in Kassel, Germany (the Court is the 3rd instance Court in disputes on social issues), Head of the Editorial Board of this Journal.

² Application No. 14902/04.

March 1999) on the case of *Iatridis vs. Greece*³, it prevails over the principle of “peaceful enjoyment of possessions” in order to restrict an entrepreneur from carrying out entrepreneurial activities that allocate state concessions to conclude agreements. Such judicial practice is maintained by the European Court of Human Rights in its decision on the case of *Bosphorus vs. Ireland* (30 June 2005)⁴. However, this practice fails to fully protect freedom of entrepreneurial activities; it only protects the freedom to conclude contracts as a special partial guarantee. Other procedural and legal partial aspects, narrowly correlated with the freedom to professional activities, are protected by Article 6.1 in the first sentence of the European Convention on Human Rights (“right to fair trial”) and Article 10 (“freedom of expression”).

2. Article 18 of the European Social Charter – “The Right to labour on the territory of contracting parties”

The European Social Charter⁵ contains not only ‘social’ rights; Article 18 envisages the right to free movement of labour force, i.e. the performance of dependent activities in some member-state. Undoubtedly⁶, the concept of “worker/labourer” also implies independent (‘self-employed’) workers, who are entitled to the rights protected under the Social Charter. Thus, the Social Charter envisages certain limitations that restrict the economic activities of self-employed workers.

At its most basic, the European Social Charter adopted at the level of the Council of Europe, defines state obligations – those not directly applicable as well as those that do not determine the immediate rights of the separate persons concerned. Unlike other typical formulations, Article 18.4 of the European Social Charter defines that the right to labour “is recognized” by high contracting parties. According to legal literature, this statement allows us to conclude that the right derives from and immediately applies to workers and self-employed workers in cases when the member-state fails to introduce the given right⁷. Nevertheless, there is no powerful control to ensure the given law is observed, as prescribed by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms for individual complaints review.

3. Article 6.1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – “Right to gain living by freely chosen work”

“The right of any individual to gain living by freely chosen work” as indicated by Article 6.1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁸ – ratified by Armenia, Azerbaijan and Georgia – ensures a certain proximity to entrepreneurial and economic activities. This does not concern the voluntary rights of separate individuals but is a target provision, mandatory for member-states, which is to facilitate “prudent steps for full observance of the given right”⁹.

4. The WTO law – Trade Barriers Regulation

The WTO law may serve as a link for elements of individual economic freedom if the given aspects represent such subjects. Its direct application develops the WTO law, without consequences, so that every individual entrepreneur does not necessarily possess voluntary subjective rights. Therefore, the entrepreneur is unable to force a new market for personal goods or services to open in their own or in a foreign state.

However, it shall be mentioned that the entrepreneur – pursuant to the WTO law – is given ordinary opportunities to exercise their own interests in opening a market. Upon initiative or request of concerned enterprises WTO member-states receive an opportunity to prevent from trade malpractice, based on the tertiary procedures of the WTO against other WTO members at the international law. Further opportunities for the ordinary introduction of interests regarding the opening of a market are via separate cases in which claims for compensation of damages are filed when WTO member-states infringe the WTO law. Such an opportunity, aimed at the effective observance of the WTO law, is theoretical in nature, however.

Certain obligations of the WTO members derive solely from agreements listed in the WTO agreement¹⁰. They concern trans-national trade of goods and services. Special importance is assigned to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)¹¹.

Despite the fact that the GATT allows for indefinite international competition, a prohibition on discriminatory regulation creates preconditions for free competition¹². For instance, the stipulation against providing

³ Application No. 31107/96, Report of Judgements and Decisions, 1999-II, 75.

⁴ Application No. 45036/98, EuGRZ 2007, p. 662, further decision from 20 January 2009 – Kokkelvisserij vs. Holland, Application No. 13645/05, EuGRZ 2011, p. 11.

⁵ 18 October 1961, UNTS 529, p.89.

⁶ Article 19.10 of the European Social Charter; cf. Xenia Neubeck, Die Europäische Sozialcharta und ihre Protokolle, Frankfurt am Main, 2001, p.73ff.

⁷ Cf. Xenia Neubeck, Die Europäische Sozialcharta und ihre Protokolle, Frankfurt am Main, 2001, p.73ff.

⁸ 19 December 1966, UNTS 993, p.3.

⁹ Cf. Gerd Seidel, Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene, Baden-Baden, 1996, p.192.

¹⁰ Agreement on creation of the World Trade Organization (WTO) from 15 April 1994, BGBl II 1994, p.1625.

¹¹ General agreement on Customs and Trade from 30 October 1947, obligations of which are specified in later agreements.

¹² See Michael Hahn in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, Kommentar zu EUV/AEUV, 3rd publication, p.2060ff.

privileged conditions (Article 1 of GATT) affords indefinite competition between foreign products in the importer country. Every member-state to the agreement must provide for all privileges, which it, immediately and without reservation, provides for foreign states or certain goods for export for all homogenous goods produced (originated) on the territories of GATT member-states or determined for them. Moreover, GATT goes beyond the framework of the given obligation by applying it to foreign goods by introducing “access” of foreign goods to the national market such that foreign goods shall not be subjected to worse treatment than locally produced goods (Article 3 of GATT). Such a levelling of foreign and local goods facilitates equal conditions in terms of competition where an importing country creates obstacles and restrictions, a practice that is not prohibited by the GATT. Indeed, Articles 2 and 11 impose obligations on contracting parties to allow for such obstacles and restrictions, basically in the form of customs fees/duties. Nevertheless, such restrictions on access to the local market shall be limited, transparent and measurable for the economic parties concerned. Although GATT contains no prohibitions on “unreasonably high” customs duties and fees, its content strives towards that from a legal and pragmatic standpoint.

The obligation to take up every competitive privilege of foreign goods does not apply to importing states (and their enterprises). Pursuant to Articles 6 and 16 of GATT, the states are requested to tolerate “fair” trade (while “unfair” is a cheaper offer conditioned by state subsidies or an offer below the local price in cases when local production will be damaged by such a competitive advantage). The given condition demonstrates that GATT’s High Contracting Parties never actually strived towards basic world competition and free trade as such; ousting competition may be prevented by national legislation on competition and anti-monopoly legislation. At its most basic GATT implies a mutual understanding against competition from large economic states that do not recognize import prices and thus threaten local production.

III. Level of Protection of Entrepreneurial Freedom in Accordance with Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

At the level of the European Union, Article 16 represents one of the three applied “economic constitutional” guarantees of the new European Charter of Fundamental Rights, as applied to enterprises¹³. Reference to levels of origin in the decision of the EU Court from

*Nold*¹⁴ (14 May 1974), *Eridania and others* (27 September 1979)¹⁵, *Zuckerfabriken Nykoebing Limiteret* (16 January 1979)¹⁶ and *Spain vs. Commission* (5 October 1999)¹⁷ show that freedom to economic and entrepreneurial activities is basically understood as the expression of enjoying professional activities.

1. Legal Status in EU Member-states – National Constitutions

Article 16 reflects the legal status of majority member-states of the European Union. The constitutions of Austria (art. 6.1), Bulgaria (art.19), Greece (art. 5.1), Ireland (art. 45.3), Spain (art. 38), Italy (art. 41, 1st sentence), Luxemburg (art. 11, 5th sentence), Poland (articles 20 and 22), Portugal (art. 61.1), Slovakia (art. 35.1 and 2) and Estonia (art. 31) clearly protect entrepreneurial activities. Listed EU member-states guarantee those rights as an independent basic economic right, providing them as a partial guarantee of private rights. Other Constitutions recognize freedom of professional activities, regulating the given principle in terms of providing for the freedom to craft (trade) (chapter 2, article 20 of the Constitution of Sweden), “freedom of labour activities and trade” (article 18, 1st sentence of the Constitution of Finland, article 46, 1st sentence of the Constitution of Lithuania), “freedom to labour activities” (art. 74 of the Constitution of Slovenia) or “freedom of economic competition” (article 9.2 of the Constitution of Hungary). If some constitutions lack a similar provision, then, as a minimum, basic rights to entrepreneurial or economic activities are ensured by national Constitutional Courts. Although the Basic Law of Germany does not mention anywhere the freedom of entrepreneurial activities, the judicial practice of the Federal Constitutional Court of Germany shows that such freedom is protected by Article 12.1 of the Constitution of the Federal Republic of Germany if it concerns types of activities that correspond to the general understanding of professional activity.

2. Scope of Objective Application and Content of the Guarantee

What value has Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the context of the tension that arises between individual legal protection provided for by the basic rights and the authority of those EU member-states that constitute a “cornerstone” of the economic order?

¹⁴ CEC on the *Nold* case, 4/73 – Slg. 1974, 491.

¹⁵ CEC on the *Eridania et al* case, 230/78 – Slg. 1979, 2749.

¹⁶ CEC on the case of *Zuckerfabriken Nykoebing Limiteret*, 151/78 – Slg. 1979, 1.

¹⁷ CEC on the *Spain/Commission* case, C-240/97 – Slg. 1999, I-6571.

¹³ ABI C 83/02 from 30 March 2010, p.1.

The central “economic constitutional” guarantees of the Charter of Fundamental Rights of the European Union are contained in Articles 15-17¹⁸. The close correlation between the provisions of Article 15 (freedom of professional activity and the right to labour) and Article 17 (right to property) of the Charter exists for that reason. The special case of applying this to entrepreneurial activities is provided for under Article 14.3, according to which Article 16 represents nothing more than a cautionary law; it does not contain so-called awarding elements (for instance, “right to support medium-size enterprises”).

The creation of an independent regulation for entrepreneurial freedom does not mean that the judicial practice of the EU Court can be ignored. According to its practice, the freedom of economic activities as well as the freedom of entering into agreements and the freedom of competitiveness are closely related to the basic right to professional activities; indeed, they represent a partial expression of that right. Therefore, it would be fair to assume that partial aspects of entrepreneurial activities are regulated by Article 15 of the Charter as well¹⁹. The main structure of the basic right to professional activities, generally applicable to natural persons implies aspects of entrepreneurial activities that are provided in the close context of forming a human personality. Even if entrepreneurial freedom is “recognized” under Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, it does not mean that the protection of basic rights is thus minimized (according to minimal level of guarantees or the possibility of broad limitation). The formulation is purely based on careful statements from the EU Court about the significance and importance of the freedom of competition.

The scope of the objective application of Article 16 of the Charter encompasses the “entrepreneurial” element as well; it protects the start, continuation and completion of “entrepreneurial activity”, where the concept of “entrepreneur/enterprise” (business) is viewed in relation to the EU’s right to competition, even though the profit intent exists²⁰. Any kind of economic activity – notwithstanding its size/volume, legal status or funding – as well as the basis for carrying out that activity is implied. However, protection of basic rights is not contingent on that.

Article 16 of the Charter generally captures first of all, freedom of economic or entrepreneurial activities. This is why Article 16 of the Charter is oriented at the judicial practice of the 1970s on the basic rights of the EU Court, which is based on the initial economic orientation of the European Union, which broadly understood professional activities as ‘comprehensive freedom of economic activities’. In the *Nold* case, the EU Court deemed it necessary to examine the legal precondition of *sui generis* interference in the scale of the freedom of labour, actions and “other professional activities”. The basic right to the freedom of economic activities was applied by the EU Court in the case of *Eridania*; it was not based on the basic right to professional activities. Such judicial practice was continued in later years as well. Decisions were made in cases disputing the legality of joint arrangement of market relations that resulted in certain damage to separate enterprises.

In its commentaries, the European Union supports the interpretation of Article 16 of the Charter regarding the freedom of concluding contracts; it substantiates this by the factor of “recognition” in the practice of the EU Court. In the above listed Court decisions²¹ the EU Court notes the principle of freedom of concluding contracts. However, the Court’s arguments do not lead to the unequivocal conclusion that it (the Court) wishes to explicitly establish the freedom of concluding contracts as an independent basic right. In the opinion of the EU Court, partial aspects of the freedom of concluding contracts is functionally related to the freedom of professional activities. In the case of *Jean Neu*²² the EU Court stated that the freedom of professional activities provides for specific expression of “free choice of commercial partners”.

A further expression of the freedom of entrepreneurial activities for the European Union is the freedom of competitiveness. In its explanatory notes to Article 16, references are made to Article 119.1 and 3 of the Treaty on the functioning of the European Union²³. Article 119.1 of this Treaty defines the principle of open market economy together with the economic principle of free competition, while Article 119.3 states “directive principles” that underline the close relation between the economic union and other activities of the EU member-states (e.g. stable prices, healthy state finances and monetary framework conditions, as well as external accounts funded from a long-term perspective). The given principles are perceived as ‘general political programme messages’, the legal meaning of

¹⁸ Cf. Jurgen Schwarze, *Der Grundrechtsschutz für Unternehmen der Europäischen Grundrechtecharta*, EuZW, 2001, p. 517ff; Hans-D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Munich, 2010, p.21, ref.4.

¹⁹ Cf. Jurgen Schwarze, *Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta*, EuZW 2001, p.518, cf. also Rupert Scholz in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jurgen, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, p.170, ref.84.

²⁰ Hermann-Josef Blanke, in: Tettinger, Peter/Stern, Klaus, *Europäische Grundrechtecharta*, art.16, ref.10; on separate areas of entrepreneurial activities, cf. Hans-D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Munich, 2010, p.21, ref.8, and Carsten Nowak in: Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, art.31, ref.29ff.

²¹ CEC on the case of *Zuckerfabriken Nykoebing Limiteret*, 151/78, 1979, 1,13, ref.20; CEC on the *Spain/Commission* case, C-240/97-1999, 6571, 6634, ref.99.

²² Decision on *Jean Neu et al* case, 90/90 and 91/90, 3617, 3617, ref.13.

²³ C 83/01 from 30 March 2010, p.47.

which is ambiguous. The question is whether the freedom of competition may be granted the status of a basic right, something that can only be resolved by the judicial practice of the EU Court. In the case of *Walter Rau on the production of food*²⁴, as well as in the case of *Germany vs. Council*²⁵ on the legality of organizing joint market relationships for banana trading, the principle of the freedom of competition was vital. In both decisions the EU Court avoided answering the question whether freedom of competition had subjective components as well. In the case of *Germany vs. Council*, the EU Court reviewed the issue of the compatibility of the examined measure with the objective of the “principle of healthy competition”. Thus, in spite of its legal quality, the freedom of individual competition may be limited by other entrepreneurs.

What opportunities exist for restricting the basic right to entrepreneurial freedom?

Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union contains (private) a proviso that favours the law of the European Union and the legal stipulations and traditions of separate states that complement the general restrictions of Article 52.1 of the Charter (“double restrictions”). According to national and European legal provisions, any restrictions must observe the requirements of Article 52.1. Thus, the national laws of EU member-states shall not limit the freedom of entrepreneurial activities; the freedom of entrepreneurial activities is protected as much as the freedom of professional activities.

3. Scope of Individual Application

Despite its numerous requirements, the Charter of Fundamental Rights of the EU does not contain a general provision that would allow the rights of the Charter (if applicable) to be equally applied to legal entities.

The issue of including legal entities in the area of the private application of the Charter of Fundamental Rights of the EU is especially pressing in the context of economic constitutional guarantees. In addressing this issue it is necessary to consider the judicial practice of the EU, which in many decisions deemed legal entities as bearers of basic rights²⁶. Article 16 protects the freedom of entrepreneurial activities not only for natural persons but also, especially, for persons of free professions. The article covers legal persons as well, notwithstanding their field of activities – whether private law or public law, since in the EU environment of competition

they must adhere to general rules and are equally subject to the EU’s encroachment of certain rights²⁷.

The area of private application, as prescribed by Article 16, also includes citizens of third party countries and stateless persons. Although in the first instance the Article applies to citizens of EU member-states, the law of the European Union is not limited in its consequences to EU citizens only and thus it may also restrict the rights of citizens of third party countries as well as stateless persons such that protection of rights is essentially applied to “every person”. The nature of the European Union as a “legal amalgamation” requires comprehensive mandatory basic rights in this area of application.

Confusion should not arise, however; despite the fact that Article 16 of the European Charter of Fundamental Rights encompasses citizens of third party countries and stateless persons, it does not permit these individuals the right of entry to EU territory in order to undertake economic activities there.

IV. The Future

The above stated views demonstrate that the legal status of an entrepreneur or an enterprise depends very little indeed on international law. Regulation only exists to deal with cases of entrepreneurial activities that transcend the state of the parent enterprise or the establishment of a new enterprise. For such scenarios, the contractual law (for instance, the WTO law) offers a decision in the form prohibiting discrimination or obstacles. Moreover, how the legal status of an entrepreneur or enterprise is determined depends on a specific state, which must, in its turn, observe the covenants on Human Rights, aimed at the protection of individual rights (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, European Social Charter, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). The entrepreneur or enterprise may only protect personal rights via individual complaints related to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Given the “increasing importance” of entrepreneurial freedom in EU law, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as an instrument of legal protection, shall be strengthened in the future, especially by providing relevant statements in the European Charter of Fundamental Rights (Article 16) and developing

²⁴ Decision of the *Walter Rau* case regarding the case of *Walter Rau* on food manufacturing, 133 to 136/85 – 1987, 2289; cf. decision on *Metronome*, C-200/96 – 1998, 1953.

²⁵ Decision of the *Deutschland/Rat* case, C-280/93-1994, 4973.

²⁶ *Jurgen Schwarze*, *Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta*, *EuZW*, 2001, p.518, same in the *Jubilee* publication for *Jochen Kirchhoff*, p.251.

²⁷ Cf. *Nina Wunderlich*, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 2000, p.120, the given opinion is not shared in the literature for various reasons; *Hermann-Josef Blanke*, in: *Tettinger, Peter/Stern, Klaus*, *Europäische Grundrechtecharta*, art. 16, ref.16; *Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, *Kommentar zu EUV/AEUV*, 3rd publication, art.16 of the European Charter of Fundamental Rights, ref.3, and *Hans-D. Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Munich, 2010, art.21, ref.9.

relationships between the EU Court and Strasbourg Court of Human Rights. The European Court of Human Rights will increasingly consider EU standards in its application of Article 1 of the Additional Protocol to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. This article presented in detail certain standards: the protection of basic rights to entrepreneurial freedom (freedom of economic and commercial activities; freedom of concluding contracts; freedom of competitiveness), the area of private application (including legal entities) and the possibility of restrictions. Since both the European courts – the European Court of Human Rights and the EU Court – consider judicial practice, then the given standards may directly affect the entrepreneurial law of EU member and non-member states.

In order to subordinate the legal status of entrepreneur or an enterprise to a high and unified standard, it is recommended that national Constitutions incorporate entrepreneurial freedom as an independent right (such as in the examples of national Constitutions of EU member-states mentioned above).

Optimal Forms of Doing Business Together: A Comparative View of Partnerships and Limited Liability Companies in Azerbaijan

I. Introduction

The Azerbaijani legislation provides for several forms of joint business activities. The present article examines features of customary contracts, partnerships and limited liability companies (LLC). Using a figurative case study approach, the article first explains the features and advantages of customary contracts and then continues with discussion of partnerships and LLCs. The author argues that the rapid economic development of Azerbaijan underlines the importance of liberalizing the enterprise law that guides joint business activities in the country.

One morning Kamal, a recent recruit to a law firm, gets called to the office of a senior lawyer in the firm. Upon entering the office, he sees a pile of papers stacked on the senior lawyer's desk. He says to Kamal: "Our client, a foreign company Alpha, wants to do business with a local company Beta. They intend to buy or develop property together and then sell it." Saying this, the senior lawyer looks at the stack of documents and continues, as if to explain why it's there: "The thing is, our client, Company Alpha, does not know the local market and customers well and so will limit itself mainly to providing finance. Company Beta will mainly contribute the operational management. So, we have to think of a mechanism to manage their joint business. Please look through these files and give us your thoughts – present a draft." Kamal lacks a full grasp of the issue, but since he doesn't want to give a response like "I'm not sure I can do that", he takes the papers and returns to his desk, thinking "joint business... this probably needs an extensive contract."

If you are well acquainted with the Azerbaijani legislation on legal persons, you may consider it advisable for Alpha and Beta to establish a company – perhaps, an LLC, a joint-stock company, or a partnership? Alternatively, the parties may regulate their joint business through a civil law agreement. In fact, all of the above options are based on some form of contract.

II. Customary Contract

Imagine that Azerbaijan has no legislation on legal persons but, nevertheless, has contractual law. In such a case, you'd agree that Kamal could propose drafting an agreement between Alpha and Beta, something like a "joint venture agreement". Which provisions should Kamal include in the agreement? It may set out what the parties will do together (e.g. real estate purchase and sale), how the parties will share revenue and costs, how the parties will participate in management, what organizational forms will be used to manage their joint activities (e.g. a board of directors, a supervisory board, a single CEO or a general manager). Evidently, these questions will arise and will need to be addressed whatever legal form the cooperation between Alpha and Beta will take.

As a good lawyer, Kamal can certainly draft such an agreement. Suppose he did. The contract envisions the establishment of a Supervisory Board to oversee an executive Director. The Parties (Alpha and Beta) appoint one member each to the Supervisory Board; the third member is appointed by a consensual decision of both parties. The agreement also prescribes rules for the Supervisory Board and for the Director, including policies for making decisions, competencies, etc.

Though the agreement looks good, one question worries Kamal: will the courts accept and validate it? If Beta fails to perform under the agreement, can Alpha demand from Beta payment of damages? What if the Director or members of the Supervisory Board fail to carry out their obligations – can they be successfully sued?

Article 390 of the Civil Code establishes an important principle of contractual freedom: that the parties may enter into an agreement (contract) and define therein certain mutual rights and obligations. Thus, nothing prevents the parties from defining how they will share the income and expenses of their joint activities. But Kamal understands very well another central principle of contractual law: a contract regulates the conduct of those persons, and only those persons, who are party to it.² From this perspective, a question arises about whether the agreement between the parties may regulate actions of joint venture entities, including the conduct of the Director or the Supervisory Board. Let's presume that the agreement between Alpha and Beta prescribes that revenue can only be shared by a decision of the Supervisory Board. Would such a contractual provision be valid? The question may be put in a different way: can two parties establish by an agreement a third entity, which is (at least, relatively) autonomous (e.g. a Supervisory Board or a Director) and then regulate its actions? What if an entity does not fulfill its duties as per an agreement that has been executed between two other parties – will this entity be held accountable before

¹ LL.M 2010 Pennsylvania University School of Law (Philadelphia). LL.M 2005 Central European University (Budapest). Bachelor of Law 2004 State Public Administration Academy under the President of the Republic of Azerbaijan. Currently with the Baku office of Baker & McKenzie, specialized in corporate law, M&A, international commercial agreements (franchising, distributorship, etc.), e-commerce and data protection.

² See, e.g., Article 378.3 of the Civil Code: "An obligation is not valid for persons that are not party to it (third parties)."

the contractual parties (Alpha and Beta)? Think about it: if a Supervisory Board or a Director mismanaged a certain business relationship, say entered into a contract that is unfavorable for the company, who should be held responsible? The Board/Director? Alpha? Beta? Or None of them?

In fact, the establishment by contract of an entity relatively independent of the contractual parties is nothing new for contractual law. For example, two parties consent that if they cannot come to an agreement on financial terms, they will appoint a committee consisting of three arbiters to resolve the dispute. These, and similar provisions, are often featured in contracts. In contrast to joint venture managers, contractual parties have greater control over such entities (including their establishment); but these entities are usually short-term and created to resolve specific issues.

As an ardent proponent of the principle of contractual freedom (because of its positive contribution to the individual and public welfare), I maintain that this principle does permit the establishment of any entity fit for the purposes of and agreed by contractual parties.³ However, from a practical point of view, Kamal is advised to consider the risks involved. Hence, Kamal suggests that Alpha and Beta should execute an agreement with members of the Supervisory Board and the Director. Such a multiparty agreement, along with governing their affairs, would also define rules on how management bodies (i.e. the Director) would represent a company before third parties.

This brings us to a topic that was touched on above: an agreement may define rights and obligations only for parties thereto. But a Director is to sign contracts or perform other legal actions vis-à-vis third parties (say, with creditors) on behalf of Alpha and Beta. In Anglo-Saxon legal systems this problem can be partially solved through the instrument of *agency*. As an important legal concept in corporate law, agency requires careful consideration and appreciation.

The concept of agency is substantially similar but not identical to the concept of *təmsilçilik* in Azerbaijani law.⁴ In Anglo-Saxon legal systems, especially in the United States, agency is an extensively researched and well-established legal concept.⁵ From the perspective of regulating the activities of legal persons, the main function of the agency institution is to regulate relations between **owners**

(in our case, Alpha and Beta) and joint venture **executives** (in our case, members of the Supervisory Board or the Director). Although founders or owners of a company may also be its managers (as is often the case in small companies), larger companies use the services of hired executives, who may be employed at various levels within companies and often make all the managerial decisions. Hence, the **principal-agent** problem, or the **agency** problem, emerges.⁶

The gist of the agency problem is that the interests of owners (e.g. shareholders) and company executives may not be perfectly aligned. To illustrate, let's presume that Alpha and Beta appoint a Director. After spending some time in this position and gaining market intelligence and vital contacts, the Director, seeing great prospects in the real estate market, decides to establish a company of his own; the best business opportunities that he comes across while fulfilling his duties as Director for Alpha and Beta, he then directs to his own company.

A correct understanding of the agency problem is vital. A significant portion of corporate law courses taught at leading law schools is devoted to this problem.⁷ The problem is especially critical for corporations (the Azerbaijani equivalent of which is "joint-stock companies"). U.S. corporations have thousands, sometimes millions, of stockholders, each with a minuscule share in the company. But these shareholders do not manage the corporations they own; that is done by hired managers (directors, executives, etc.). So, one of the key objectives of corporate law is to protect multitudinous shareholders from executive misfeasance.

U.S. corporate law provides key agency definitions, e.g. who is an agent, what an agent can and cannot do, etc. For the purposes of this article, we will discuss another important precept: an agent is obliged to act in the best interests of a principal (i.e., a person whom an agent represents) and is bound by a duty of loyalty ("conscientiousness") and a duty of care. An agent bears civil liability before the principal(s) for the observance of these requirements.

Being aware of this, Kamal is searching for a concept of agency in Azerbaijani law. Articles 359-366 of the Civil Code set (or, at least, are supposed to be set) rules for transactional agency and establish that transactional agency can only be based on "a power of attorney, an authority of law or... an authority of a state or municipal agency".⁸ These provisions are exceedingly important – they allow one person to act and engage in deals on behalf of another. But the Azerbaijani Civil Code, in contrast to U.S. law, lacks a "conscientiousness" requirement.

³ Lawyers in Anglo-Saxon countries often say that by entering into an agreement, parties create "special law", i.e. they become legislators in a special sense, but "laws" or rules that they establish are applicable only to them and govern their mutual relations.

⁴ See the Civil Code, Chapter XVI. Subsequently, the term "agency" will be used whenever the Azerbaijani legal context requires the term "təmsilçilik".

⁵ The legal framework for agency is mostly established by courts, i.e. it is a common law institution. In U.S. it is regulated at the state level. This scattered corpus of law is summarized in the form of legal restatements and published by the reputed American Law Institute. Restatements have no legal effect, but judges and lawyers do rely on them extensively. The current legal authority of the topic is Restatement (Third) of Agency.

⁶ Michael C. Jensen & William H. Meckling, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 62 *Am Econ Rev* 777 (1977).

⁷ See, e.g., W.T. Allen et al., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations* (2009).

⁸ Article 359.1 of the Civil Code. Transactional agency is termed "əqddə təmsilçilik".

This gap in statutory law can be filled by expressing the principle through agency agreements. Possible types of agency agreements are described in the Special Part of Civil Code as “commercial agency agreement”⁹, “retainer agreement”¹⁰ and “commission agreement”¹¹. Kamal considers that Alpha and Beta may sign one of these agreements with the Director in addition to giving him PoA on behalf of Alpha and Beta.

It follows from the foregoing discussion that we end up with having to execute quite a number of agreements. Kamal feels that administering all these contracts together would be quite difficult. Additionally, every time there is a new Director or a new member on the Supervisory Board, a new agreement would have to be signed. Kamal wishes to have a single mechanism to help manage all these agreements and mitigate the above risks. Such a mechanism is provided by the existence of companies and company law.

III. Partnership

A firm (company) is, in fact, a form of arrangement of the above-mentioned agreements. A partnership is the simplest of various firm types. This might sound surprising because when firms are mentioned, one usually hears about “limited liability companies” (LLC) or sometimes about “joint-stock companies” (JSC). So, if partnerships are the ‘easiest’ form of firm organization, the why don’t we hear more about it? You might think that partnerships are more cumbersome because the liability of participants in LLCs is limited while in partnerships it is not. But this is not the principal reason for the situation. To understand, please consider the discussion below.

In many countries, including the U.S.A, legislation and legal practice define a “business partnership” as a set of arrangements, which may include some or all of the above-mentioned customary contracts (whether oral or written), and is primarily a contract between partnership participants (partners). Before firms arose as recognized organizational forms, individuals simply agreed between themselves to do business together¹² and thus created a partnership. In most U.S. states, neither official registration nor execution of a formal agreement between partners, nor even a declaration of partnership, is required for partnership to be recognized in law. If two or more parties are continuously doing business together, they are considered to have formed a partnership by default.

As time passed, governments began adopting laws to regulate partnerships, supported by economic analysis

of such laws.¹³ From a practical point of view, these laws were used to regulate partner relations in the absence of any formal contract or agreement between them.

Of course, if an agreement exists, its provisions should apply. Contractual freedom is the preeminent principle pertaining to partners, on the understanding that law should give them maximum leeway in settling their affairs. The reason is clear: contractual parties know best what fits them most. In our example, one party (Beta) invests less and manages more because it possesses crucial market knowledge and networking, whereas the other party (Alpha) invests more and manages less because it wants a relatively effortless return on its investment. Partners should be perfectly capable of resolving such matters among themselves. Therefore, partnership law should be mostly of a dispositive nature, i.e. applied when partners do not provide otherwise in their contract. Imperative norms (norms of mandatory nature, overriding contractual provisions) should be few, because, let me repeat, partners themselves and no one else (including the state or any other party) know best what is best for them; if they don’t, they can always consult lawyers.

Another feature of partnerships is their “ease” – primarily that is the ease of establishing them (as explained above) but another factor is that investing in or withdrawing funds from a partnership should also be uncomplicated. U.S. accounting rules direct that along with balance, income and cash flow statements, a partnership should maintain a statement of capital account for each partner.¹⁴ A partner’s capital account shows all investments made by that partner and all gains of joint venture distributed to that partner. If a partner wants to withdraw any earnings (somewhat like a dividend on stock), it is subtracted from her capital account.¹⁵ If a partner leaves a partnership, she can withdraw the entire balance in her capital account. This is a key point: partners, despite joining to do business, count their investments and gains separately, and this allows them to more easily withdraw from the business.

Review of the Azerbaijani Civil Code shows that most provisions are permissive towards partnerships, although there is room for improvement in some areas. However, one very important point, merely the “ease” purportedly associated with partnerships, may have been overlooked. From this point of view, the existence of a legal require-

¹³ See, e.g., R. Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), p. 391.

¹⁴ See, e.g., R. Libby, P. Libby and D. Short, *Financial Accounting* (6th ed.), p. 577.

¹⁵ For example, on January 1, 2011 one of the partners, Alpha, invests AZN 100 into the partnership AB. This amount is shown on Alpha’s capital account. Six months later, on July 1, 2011, AB makes gains in the amount of AZN 200, which, according to an agreement between Alpha and Beta, should be divided equally (50/50) between the partners. Therefore, Alpha’s capital account is credited for AZN 100 and adds up to AZN 200. One month later, Alpha withdraws AZN 50 for “private purposes”. Therefore, Alpha’s capital account as of August 1, 2011 has a positive balance of AZN 150.

⁹ “Kommersiya təmsilçiliyi müqaviləsi” - see Article 361 of the Civil Code. It should be noted here that this type of agreement is defined in the General Part of the Civil Code, although it is more appropriate for the Special Part.

¹⁰ “Tapşırıq müqaviləsi” - see Article 777 of the Civil Code.

¹¹ “Komissiya müqaviləsi” - see Article 808 of the Civil Code.

¹² See, e.g., H. Hansmann, H. Kraakman and R. Squire, *Law and Rise of the Firm*, Yale L. R. (May 2005).

ment to register a partnership diminishes the value of partnerships and partnership legislation in the Azerbaijani legal context since easy formation and dissolution is supposed to be a key feature of partnerships (along with the ease of investing in and withdrawing funds from them).

Besides that, the Civil Code requires (often indirectly) that key terms and conditions of a partnership should be reflected in a partnership charter, which, in turn, should be registered with the government. But if partners have settled their affairs through an agreement, there is little need for having a charter and registering it. As opposed to limited liability or joint-stock companies, a partnership cannot consist of one party – it must have two or more participants who can regulate their relations through an agreement. An uncomplicated, unhindered structure like this is more efficient and yields more benefits for its participants. As another example from international experience, consider the case of Russia, where partnership agreement is a standard form of contract provided for in the Special Part of the Russian Civil Code (along with sale contract, subcontracting agreement, etc.).¹⁶ As a general rule, only those business organizations are registered whose participants (partners or shareholders) have limited liability.

In fact, there are quite a few persons in Azerbaijan who do business as partners, i.e. the number of de facto partnerships is high, but none of them is officially registered as a partnership. This happens because registering a partnership is economically inefficient: if an entrepreneur is willing to incur registration costs, it makes more sense to register a business as an LLC. Actually, there are also a number of contractual partnerships in Azerbaijan: a foreign investor who wants to do business without registering as a legal person in Azerbaijan, signs a “joint venture” agreement with a local partner. This type of joint venture is called “contractual joint venture”.

Legal recognition of partnerships is another important aspect of partnership law. There are several reasons why. A number of legal scholars argue that the main reason for recognizing a partnership as an entity is to differentiate assets owned by the partnership (related to the partnership’s business) from assets owned by its individual partners.¹⁷ You may wonder why this is so important if partners are, in any case, liable with their entire assets. According to this legal theory, the “partnership’s assets”, i.e. assets used in the operations of a partnership or created by a partnership are recognized under a separate category. The distinction between partnership’s assets and partner’s assets is especially important for creditors. The partnership’s assets are first in line for repayment: a creditor may not demand, say, a partner’s house against any debt owed to him by a partnership (unless that house is an asset invested by

that partner in a partnership) – he must first secure a claim with the partnership’s assets (e.g., inventory, a store, bank accounts, etc.). Only if the partnership’s assets are insufficient may a creditor file a claim against the partner’s individual assets.

This is all quite reasonable, even though the relevant section of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan has no such provisions. Thus, I believe that courts should give consideration to the above arguments.

It is not too much of a generalization to say that partnership law (whether in U.S. or in Azerbaijan) mostly deals with relations amongst partners or between partners and creditors and less with relations between partners and partnership managers. The reason is simple: the number of partners in partnerships is usually small, and the partners themselves usually engage in management. Therefore, the above-mentioned principal-agent problem arises not with any third party manager but among the partners themselves. It is accepted practice in the U.S.A. that partners are agents for each other, i.e. they act conscientiously and with care towards each other and the partnership in general.¹⁸

IV. LLC

A legal form more commonly used for doing business together is the “limited liability company” (LLC). LLCs and similar forms exist in many countries and constitute a major segment of legal persons. In terms of their number, LLCs are the predominant form of business organization in the U.S.A and most European countries. For example, LLCs make up more than half of all registered firms in the State of Delaware. But in terms of financial wherewithal and contribution to GNP, LLCs are less significant than corporations (their Azerbaijani analogue being joint-stock companies).

Given the numerical superiority of LLCs, it may be concluded that the reason for their success is that they take a middle road between partnerships and corporations: on the one hand, the liability of LLC participants is limited (unlike partnerships); on the other hand, they are less restricted in managing their business and dividing profits (unlike corporations).

In the U.S.A., the legal position of LLCs is much closer to partnerships. This is quite rational – LLCs are mostly intended for small and medium businesses. Issues like company management, share transfer, profit distribution may be defined contractually, with some crucial, exceptionally important (and least likely to change) points set out in a company charter. Why should such points be defined contractually? Because contracts do not need to be registered and, therefore, contractual parties may easily amend them by mutual consent.

¹⁶ Grashdanskij Kodeks Rossijskoj Federacii, 26.01.1996, N 14-F3, Glava 55 – Prostoe Tovarishestvo

¹⁷ See H. Hansmann, R. Kraakman, Essential Role of Organizational Law, 110 Yale L.J. 387 (2000)

¹⁸ In American law schools, any discussion of partnerships starts with the review of *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. (N.Y. 1928).

Compare this with the situation under the Civil Code of Azerbaijan, which establishes that each participant in an LLC is entitled to profits “in relation to their contribution in equity” (Article 91-1.2), which can be interpreted to mean “proportional to its share”. That is, distribution of profits is impossible to change without changing equity shares, which requires a decision of a general meeting of shareholders, amendment of a company charter and re-registration of the charter with the relevant government agency. Let’s presume that Alpha and Beta decide that profit is to be distributed in proportion to shares for the first six months of establishing the company but will thereafter be divided equally (50/50). The contractual consent of both parties to this condition means that none of them may veto a decision of equal division of profits in the future. But enforcing such a contractual provision under the Azerbaijani Civil Code is very difficult, with highly uncertain results. A similar problem concerns share transfer (assignment). Currently, the Civil Code requires that a shareholder, before transferring shares to any third party, must first offer them to other existing shareholders, i.e. the latter have preferential rights to share purchase (Article 93).

Thus, along with contractual freedom, the existence of dispositive norms in the legislation is vital. In fact, the majority of legal person owners act in accordance with dispositive norms (this is corroborated by international experience). To sustain speedy economic growth and market development in Azerbaijan, all parties in the economy should be able to arrange their relations according to their interests. Liberal corporate legislation (which applies to joint-stock companies as well) is pivotal for the development of venture capital and private equity options (opportunities for investing in companies with strong growth prospects and leaving them with large gains). Imperative norms are needed in corporations to protect the interests of a great number (sometimes, millions) of small shareholders who are individually unable to affect corporate decision-making (how well those norms do their job is a never-ending discussion). Partnerships and LLCs are designed differently, however: they have few participants who can better fend for their interests through agreements with each other. There is currently an environment for financing venture capital and private equity options: certainly, growth in this sector significantly depends on economic factors, but more liberal company legislation, nevertheless, will be attractive for investors and can considerably encourage investments.

Establishing Contractual Relationships between the Subjects of Commercial and Civil Law: a Comparative Legal Analysis of the Regulatory Institutions of Offer and Acceptance

In almost all countries, legal regulation of contracts begins with the offer. However comparative analysis of the legal systems of different countries shows that there are substantial, if not principal, differences in the legal regulation of a range of issues related to such fundamental institutions of contractual law as offer and acceptance. Is the offerer bound to his offer? Under which terms and conditions can he withdraw his offer? In the case of acceptance, from which moment is the contract considered concluded? The fact that different countries answer these questions in different ways cannot but complicate the process of legislating for contractual relations between subjects of commercial law that are entering into business across state borders. Today, globally speaking, there is not one universal, or even similar, legal regulation for the conclusion of a contract. Even at the regional level, when the respective legal norms of legislation in Azerbaijan, Armenia, Georgia and Russia are compared, there are substantial differences on matters linked with the legal force of an offer and the moment of establishing contractual relations as a result of acceptance.

This article aims to identify the main differences in the legal regulation of the establishment of contractual relations between the subjects of commercial law at the global level, according to the main legal systems (families), as well as explore differences at the regional level among the countries of the South Caucasus.

I. Introduction

The legal regulation of contracts begins, as a rule, from the phase when a party expresses its will to conclude a contract, i.e. makes an offer. However, there are many cases when specific legal clauses in the phase of forming a contract are complex and ambiguous. For example, a common case cited in legal literature is a land purchase agreement prepared by a public notary and signed by both parties at the same time. In this case it is difficult to say

which party made the offer and which party accepted it. The concepts of “offer” and “acceptance” are also redundant for cases when parties are negotiating over a long period of time, constantly making and remaking offers until a final agreement is reached to conclude a contract. On the other hand, the situation is quite different when a contract is concluded over distance by means of correspondence or any means of communication that enable a declaration of will. In this case, attention is paid to the provisional sequence of sending and receiving the parties’ respective declarations of will. When concluding such “distance contracts” a number of legal problems arise, which will be reviewed in this article – for example: Is the offerer bound to his offer? Under which terms and conditions may he withdraw his offer? In the case of acceptance, from which moment is the contract considered concluded?

At the **global level**, it is possible to tentatively identify three models of regulating the institutions of offer and acceptance: in the Anglo-American legal family, the bond of the offerer to his offer is weakest (see **Part III**), in the German system it is the strongest (see **Part V**), and in the Roman legal family, an intermediary solution is proposed (see **Part IV**). Such differences in legal regulation could not have been more apparent than in 1980 when attempts were made to establish an international (universal) legal regulation of the most popular contract type – purchase and sell –, under the auspices of the UN, which led to the “UN Convention on International Purchase and Sell Contracts” (see **Part VI**). But before reviewing these issues, and the consequences generated from differing laws on offer and acceptance at the **regional (South Caucasus) level** (see **Part VII**), it would be appropriate to briefly present the essence of the given institutions (see **Part II**).

II. The Legal Essence of Offer and Acceptance

In the legislation of many countries offer and acceptance are considered separately, although one follows the other. However, only together can they constitute a contract. In legal literature, Aleksandrov argued that offer and acceptance are unilateral deals², while Gavze, Novitskij and Lunts radically opposed this – Gavze paid attention to the fact that offer and acceptance are only component parts of a bilateral deal – i.e. a contract³. The declaration of will of one of the parties (the offer) is aimed at receiving a reciprocal declaration of will from the other party (acceptor), as a result of which there is a common act of will, a contract leading to a mutually beneficial outcome⁴. Today, the institutions of offer and acceptance are regulated in much detail at the legislative level within the legal systems

¹ Head of the financial monitoring service of Ameriabank CJSC, senior lecturer at the Law Faculty of the Russian-Armenian (Slavonic) University.

² Aleksandrov N. G.; Law and Legality in the Period of Developed Communism Construction. M. Gosjurizdat, 1961. p. 157–158.

³ Gavze F. I.; Social Civil-Law Contract. M. Gosjurizdat, 1972. p. 86.

⁴ Novitskij I. B.; Lunts L. A. General Study on Obligation. M. Gosjurizdat, 1954. p. 162-163.

of Azerbaijan⁵, Armenia⁶, Georgia⁷ and Russia⁸. An offer is a proposal that, if accompanied by a range of individual signs, can generate legal consequences (as stipulated by law) for the one making the offer (offerer) as well as for the addressee (acceptor). Since the potential consequences are of making an offer carry this liability, strict requirements are placed on the offer. If such requirements are not met, no legal consequences can stem from the offer, or at least the ones specified by law⁹.

The first requirement is “sufficient certainty¹⁰” of the offer¹¹, which is clearly stated in CC RF¹² and CC RA¹³ and implied in CC AR¹⁴ and CC RG¹⁵. In the majority of countries where “sufficient certainty” is not stipulated by law, judicial practice has sought it – for example, the judicial practice of Spain¹⁶ and Italy¹⁷ bear this out.

The second requirement relates to the orientation of the offer – that it must “express the intention¹⁸” of the offerer to consider himself to be concluding a contract on the conditions mentioned in the contract by the addressee if the latter accepts the offer. In other words, the offer must be made in a way that enables the addressee to reckon that for the conclusion of the contract his declaration of will in line with the offer will be sufficient¹⁹. Such a criterion demarcates the difference between an offer and ordinary negotiations (*offre de pourparlers, invitatio offerendi*)²⁰. This does not mean that the materials preceding conclusion of the contract (sent to each of the parties or developed jointly by them) do not have any significance at all, however. Article 431 of CC RF stipulates that for the purpose of identifying the common will of the parties in interpreting the contract, they shall take “into account”, *inter alia*, the negotiations and correspondence preceding the contract. Similar provisions are also found in

the legislation of Azerbaijan²¹ and Armenia²². Nevertheless, such correspondence and negotiations are only treated as ‘circumstances’ related to concluding the contract. Since negotiations and correspondence are part of the practice established between the parties and their consequent relations, it is clear that while both negotiations and correspondence can serve as circumstantial evidence, they do not possess legislative significance – something that sets them apart from offer and acceptance, which both have significance for lawmakers²³.

The third requirement relates to whom the offer is addressed – that it must be clear from the offer to whom the offer is addressed²⁴. Thus, the legislation of many countries clearly stipulates that “an offer is a proposal addressed to one or several *specific* persons²⁵”.

However, how distinctly defined the addressee must be has been debated in legal literature. There was a time when the prevalent doctrine was that an offer must always be addressed to a specific person (or specific persons) and that it followed from this that it can never be “tossed to the crowd” – for example, Khalifina believed that “a proposal cannot be considered as an offer as one of the substantial elements of the contract, i.e. the party, is not yet identified²⁶ – a position supported by Gazve²⁷. On the other hand, another view has popularity, espoused in the works of Ioffe²⁸, Novitski and Lunts, which recognizes that a proposal may be taken as an offer when it is addressed directly to a circle of persons as long as it outlines the will of the offerer to conclude deals “with each and every person” in that group.

Currently, the Civil Codes of most countries consider a proposal to be an offer, which if it meets the other requirements – i.e. sufficient certainty and completeness – express the will to conclude a contract, according to the conditions stated in the proposal, with anyone who shall respond. Among such “public” offers are, for example, an announcement in the newspaper or on TV about the sale of clearly defined goods, the performance of clearly defined jobs, or the provision of clearly defined services with a readiness to enter into contract with anyone who responds to the announced conditions. From the viewpoint of legislators, there is no difference between such public offers and ordinary offers addressed to a specific person. Thus, all the consequences generated by an ordinary offer shall likewise be generated by a public one²⁹.

⁵ Civil Code of the Republic of Azerbaijan dated 28.12.1999 (hereinafter referred to as CC AR), Article 405.2, 408 and 409.

⁶ Civil Code of the Republic of Armenia dated 05.05.1998 (hereinafter referred to as CC RA), Article 451-459.

⁷ Civil Code of the Republic of Georgia dated 26.06.1997 (hereinafter referred to as CC RG), Article 329-335.

⁸ Civil Code of the Russian Federation; Part I, dated 30.11.1994 N 51-FZ (hereinafter referred to as CC RF), Article 435-443.

⁹ M. I. Braginskij, V. V. Vitryanskij. Contractual Law. Book One. General Provisions. M. Statut, 3 edition; 2008. p. 196-197.

¹⁰ C. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Commentary on the international sales law, Milan, 1987, Article 14 note 2.2.2.

¹¹ Civil Law RF Volume III. Sukhanov E. A. M., Volters Kluver, 3rd Edition, 2008, p. 198

¹² CC FR Article 435, p. 1.

¹³ CC RA Article 451, p. 1.

¹⁴ CC AR Article 408.1.

¹⁵ CC RG Article 329, p. 1.

¹⁶ Spain, Tribunal Supremo, 10/10/1980.

¹⁷ Italy, Corte di Cassazione, 17/10/1992.

¹⁸ Civil Law of RF Volume III. Sukhanov E. A. M., Volters Kluver, 3rd Edition, 2008, p. 198

¹⁹ M. I. Braginskij and V. V. Vitranskij, Contractual Law. General Provisions. M. Staut; 3 edition; 2008. p. 197.

²⁰ Giulio Giannini, ‘The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis’ in the Nordic Journal of Commercial Law, 2006, Vol 1, p. 3.

²¹ CC AR, Article 404, p.2.

²² CC RF, Article 447, p.2.

²³ Gurvich M. A., ‘Court Judgment: Theoretical Problems’. M. Juris. Literature. 1976. p. 15.

²⁴ Civil Law RF. Volumel. Sergejev A. P. M. 2011. p. 863.

²⁵ CC RF. Article 435, p.1; CC RA, Article 451, p.1.

²⁶ Khalifina R. O. Meaning and Essence of the Contract in the Soviet Socialistic Civil Law. M. AS USSR; 1952. p. 207.

²⁷ Gazve F. I. Socialistic Civil-Legal Law. M. Gosjurizdat; 1972. p. 92.

²⁸ Ioffe O. S. Obligatory Law. Gosjurizdat; 1975.p. 50.

²⁹ M. I. Braginskij; V. V. Vitranskij. Contractual Law. Book One. General Provisions. M. Statut, 3 edition; 2008. p. 197.

Nevertheless, clause 1 of Article 437 of CC RF (just like Article 453 of CC RA) contains a general presumption in favor of the fact that advertising and other similar proposals that are addressed to a certain group of people shall be recognized only as *invitation to an offer* but not as an offer itself. In the case of public offers, the certainty of the relations between the parties depends on the nature of the offer, which means that uncertainty must be eliminated by the offerer; in making an offer, he must explicitly state that offer in the proposal so that the other party is not left to guess what should be understood by the announcement³⁰.

The fourth requirement for an offer is related to the content of the offer – Article 435 of CC RF (just like the Article 408.1 of CC AR and Article 451 of CC RA) assumes that the offer shall include substantial (contractual) conditions³¹. This has a dual significance: first, according to Ennektserus, the offer “must be so distinct that an agreement about the whole contract can be reached by means of accepting it³²”; second, acceptance shall then express the will of the person. In terms of their legal construction, acceptance and offer coincide to a certain degree such that some of the provisions applying to the offer shall extend to acceptance since it functions as a reciprocated declaration of will.

Thus, there are three ‘counterpart’ requirements that must be met in order for acceptance to carry legal consequences: first, there must be “sufficient certainty” of acceptance (this can be stated through any communication channel)³³; second, the orientation of acceptance must express the intention of the acceptor to bind himself according to the terms of the contract – thus, confirmation of receipt of the offer, an expression of gratitude for the offer or a statement of interest in the offer cannot be considered as acceptance³⁴; third, acceptance must be ‘complete’, that is, it must express unconditional approval of everything mentioned in the offer and contain no additional conditions³⁵ – any response according to conditions other than those proposed in the offer is not acceptance³⁶ but merely a counter offer³⁷. On this last point, the actions of the acceptor can only be viewed as a counter offer, however, if they have the stipulated hallmarks of an offer.

The acceptor can withdraw the acceptance made before the moment of receiving the notice by the offerer

about the refusal of the acceptor to conclude the contract or simultaneously with such notice. Accordingly, refusal of acceptance is void when receipt of the acceptance by the offerer and notice of its refusal coincide.

III. Weak Legal Bond of the Offerer to their Offer: Common Law Countries

As a rule, in Anglo-American Law, until acceptance of an offer, the offerer can withdraw it at any point³⁸ even if they stated a real intention to be bound by it for a certain period of time. *A fortiori*, the offer can be withdrawn before the addressee receives it³⁹. From a legal viewpoint, nothing prevents them from doing so and the rationale behind common law leaving the offerer with freedom in this matter is the doctrine of “consideration”. According to this doctrine, Anglo-American contractual law allows for the offer to generate obligations that are binding on the offerer only in cases when the addressee of the offer has already fulfilled or promised to fulfill the proper mutual obligations⁴⁰. And since the offer is almost always sent to the addressee before the performance of their mutual obligations, the offerer in Anglo-American law is, generally speaking, not bound by their offer⁴¹.

On the other hand, it should be noted that in common law countries, especially in the U.S. legal system, in some private (special) cases [*sui generis*] there is a certain tendency to accept the irrevocability of an offer in spite of the prevailing “consideration” doctrine. With a certain degree of conditionality, there are four situations where an offer has signs of irrevocability.

First, there are so-called “option contracts⁴²”, which include a irrevocability rule on the offer. Second, offers that are contained in a special document “under seal” or with inscriptions *locus sigilli*, or simply “LS”, generate binding obligations for the offerer⁴³ since a document “under seal” bears specific legal implications in common law⁴⁴. Third, the U.S. Uniform Commercial Code (UCC) provides for the irrevocability of the offer for **commercial transactions** within a specified time⁴⁵ or, if unspecified, within a reasonable time, not exceeding three months⁴⁶.

³⁰ Idem.

³¹ Civil Law RF, Volume I. Sergejev A. P. M., 2011. p. 863.

³² Ennektserus L. Course of German Civil Law. Foreign literature edition, 1949. T. I. .p. 175

³³ Rudolf B. Schlesinger (et al.), Formation of contracts, a study of the common core of legal systems, Oxford, 1968, p.126.

³⁴ C. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Commentary on the international sales law, Milan, 1987, Article 18 note 2.1.

³⁵ M. I. Braginskij; V. V. Vitrianskij. Contractual Law. Book One. General Provisions. M. Statut, 3 edition; 2008. p. 203.

³⁶ Civil Law RF. Volume III. Sukhanov E. A. M., Volters Kluver, 3rd Edition, 2008, p. 205..

³⁷ Article 410.1 CC AR; Article 459, 2nd paragraph CC RA; Article 333; p. 2 CC RG; Article 443 CC RF.

³⁸ Civil Law RF. Volume III. Sukhanov E. A. M., Volters Kluver, 3rd Edition, 2008, p. 199

³⁹ Joseph M. Perillo, Calamari and Perillo's Hornbook on Contracts, 5-th edition, 2-nd reprint, 2007, Thomson West (Hornbook Series), p. 109

⁴⁰ P.S. Atiyah, “Consideration: A Restatement”, in P.S. Atiyah, Essays on Contract (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 179 et seq.

⁴¹ K. Zweigert, H. Kötz, An Introduction To Comparative Law, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 357-358.

⁴² Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981, Section 87.

⁴³ H.G. Beale, W.D. Bishop, M.P. Furmston, Contract: Cases and Materials, 5-th edition, 2007, Oxford University Press, Chapter 6, p.133.

⁴⁴ Lon L. Fuller, Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, Appendix C, 7-th edition, 2001, West Group. St. Paul, MN.

⁴⁵ Uniform Commercial Code (UCC), Section 2-205.

⁴⁶ Idem.

Finally, a fourth countertrend favoring the irrevocability of an offer over the “consideration” doctrine can be observed in American jurisprudence. The legal literature illustrates this with the following example: if a general contractor participating in a tender quotes a price based on the offer of their subcontractor and the tender is won, then the subcontractor may not withdraw their offer and thereby nullify all the estimates of the general contractor. In such cases, the courts rule in favor of the irrevocability of the offer because they believe that the subcontractor knew the general contractor would (or wanted them to) participate in the tender on the basis of their offer⁴⁷. This case law was enshrined in the Code (second) of the Contract Law in 1981, according to which the offer is considered irrevocable, if, as the offerer was obliged to anticipate it, its receipt by the counterpart would require him to take (or refrain from taking) those measures which will be meaningful for him⁴⁸. However, in this case as well the offer is only of a binding nature to the extent that it is necessary to prevent injustice⁴⁹.

In England, as far back as 1937, the Committee for the revision of legislation proposed *de lege ferenda*, according to which “an agreement on the action of an offer for a certain period of time or until a specified agreed upon event will specifically serve as a basis for a claim,” despite the lack of “consideration⁵⁰”. However, the given proposal for a long period of time did not become *de lege lata*.

In short, despite some exceptions, the general rule in common law countries is that the offer may be freely revoked.

Another crucial difference in common law is the definition of the point from which the contract enters into force, that is, the moment from which acceptance puts the contracting parties under obligation. This point was first explored and clarified at the start of the 19th century by the Supreme Court of the United States during the chairmanship of the well-known John Marshall in the famous precedent of the court case *Adams vs. Lindesay*⁵¹ in 1818 (and in the aftermath it was further detailed in the case *Henthorn vs. Fraser*⁵² in 1892). This is the precedent from which the theory of “mailbox” originates. According to this theory, the contract is considered to be concluded from the moment the counterparty sends acceptance and not from the date of its receipt by the offerer⁵³ – i.e. from the moment the con-

tractor posts his dispatch into the mailbox or hands it over to the postal service in some other way⁵⁴.

It is interesting that in common law many other forms of declaration of will from one of the parties must be received by the addressee before they become legally valid – in particular, offers, their withdrawal, and announcements⁵⁵. However, in the case of a contract, it may begin to enter into force before the offerer came to learn about it⁵⁶. The validity of the contract will not be affected even if acceptance is lost by the post office, that is, of course, provided that the contractor can prove that he really handed it to the post office and that the post office took it⁵⁷.

Given that the “mailbox” theory conflicts with the fact that all postal regulations allow for a sent letter to be recalled, the U.S. Court of Claims abandoned the theory in the case of *Dick vs. United States*⁵⁸ and further confirmed its position in consequent cases, particularly in the case of *Rhode Island Tool Company vs. the United States*⁵⁹. Thus, some part of American legal theory stands for the rejection of the “mailbox” theory⁶⁰. Nevertheless, in the Code (the second) of Contract Law (1981) the traditional rule is upheld: “acceptance in its unaltered form through an intermediary is valid ... immediately after it is sent by the counterpart, regardless of whether it ever reaches the offerer⁶¹”. Although the U.S. Court of Claims largely rejects the theory, court practice tends to follow the principle. Thus, in the case of *John Soldau vs. Organon Inc.*⁶² (2 November 1988), the Court of Appeals of the Ninth District expressly refused to follow the U.S. Court of Claims and reiterated that the theory of “mailbox” is the law currently in force in the common law system.

The factual circumstances of this case are particularly interesting. The Company Organon Inc., registered in Delaware, dismissed its employee John Soldau. The company wrote a letter to the employee, which offered him double the normal severance pay in return for dropping all claims against Organon. In the letter, they attached the text of the disclaimer from the court of claims. Soldau personally penned in the date, signed the text of the statement, and took the letter to the post office. Back

⁴⁷ See *Northwestern Engineering Co. v. Ellermann*, 69 S.D. 397, 10 N.W. 2d 879 (1943); *Drenan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).

⁴⁸ Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981, Section 87(2).

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Rudolf B. Schlesinger (et al.), *Formation of contracts, a study of the common core of legal systems*, Oxford, 1968, at 747 et s.; at 1393 et s.

⁵¹ *Adams v. Lindsell*, 106 Eng. Rep. 250 (K.B. 1818).

⁵² *Henthorn v Fraser*, 2 Ch 27 [1892].

⁵³ Joseph M. Perillo, Calamari and Perillo's *Hornbook on Contracts*, 5th edition, 2-nd reprint, 2007, Thomson West (Hornbook Series), p. 109-100.

⁵⁴ *Burton v. United States*, 202 U.S. 344, 384-86, 26 S.Ct. 688, 700-01, 50 L. Ed. 1057 (1906); *Patrick v. Bowman*, 149 U.S. 411, 424, 13 S.Ct. 811, 816, 37 L. Ed. 790 (1893); *Tayloe v. Merchants' Fire Ins. Co.*, 50 U.S. (9 How.) 390, 400, 13 L. Ed. 187 (1850).

⁵⁵ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 359-360.

⁵⁶ *John Soldau v. Organon Inc.*, 860 F.2d 355, (1988).

⁵⁷ Restatement of the Law, Second, Contracts, Section 63 - Time When Acceptance Takes Effect.

⁵⁸ *Dick v. United States*, 82 F.Supp. 326, 113, Court of Claims, 94 (1949).

⁵⁹ *Rhode Island Tool Co. v. United States*. 128 F. Supp. 417, Court of Claims, (1955).

⁶⁰ Ian Roderick Macneil, *Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 112, May 1964, No 7, p. 947 et s.

⁶¹ Restatement of the Law, Second, Contracts, Section 63 - Time When Acceptance Takes Effect.

⁶² *John Soldau v. Organon Inc.*, 860 F.2d 355, (1988).

home, he found a new letter from Organon Inc. which simply had a check double the size of severance pay [no conditions]. For reasons not entirely clear, Soldau decided to revoke his agreement to the initial offer of Organon Inc. and returned to the post office. When he learned that his mail had not yet delivered, he persuaded the postal clerk to return the letter to him, and then went to the bank to cash the check. A few days later he filed a suit against Organon Inc. for violation of the state law banning age discrimination (Age Discrimination in Employment Act [ADEA]). The Federal District Court ruled that under Californian law the agreement between the parties was final and legally binding from the moment when the plaintiff gave the letter to the post office; statutory and case law of the State of California did not attach any significance to the fact that Soldau's retrieval of the letter meant that the defendant never received it nor could have known, theoretically, about its existence.

John Soldau filed an appeal. During proceedings in the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, John Soldau did not challenge that according to Californian law the contract received its final form and entered into force on the date of handing it over to the post office, rather he challenged the application of this law – he argued that the contract was not to be governed by Californian law but by the federal law the United States, which, according to the plaintiff, provided that the agreement shall enter into force upon receipt of the response by the offerer. To substantiate the case the plaintiff brought arguments that were enshrined in the aforementioned case of 1949, *Dick vs. United States*, at the United States Court of Claims, as well as the subsequent cases of that court.

However, the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, rejected all the arguments of the plaintiff, finding that under both Californian law and federal law, assuming that such federal law exists and is applicable to the given case, the contract is concluded and in force from the moment of sending the acceptance (“effective when mailed” rule) and not from the moment of receipt by the offerer. At the same time, the Court of Appeals specifically emphasized that none of the general federal courts ever agreed with the approach of the U.S. Court of Claims as expressed in *Dick vs. United States*. The Court also referred to the long history and lasting significance of the “mailbox” rule, now rooted in the U.S. legal system, as well as to the fact that this rule reflects legal stability – i.e. “legal sustainability and predictability” and a fair “balance” of interests of the contracting parties.

Lawyers in Continental Europe are very skeptical about the “mailbox” theory; the well-known German lawyers Konrad and Hein Tsvaygert Koetz note that *“nowadays the problem of time in recognizing the acceptance as valid from the moment of sending it by the counterpart or receiving it by the offerer is increasingly losing its relevance since modern communications media make it possible to*

*simultaneously send and receive messages, even if the sender and receiver are at a distance*⁶³”.

IV. The Presence of a Certain Binding Force to the Offer: Countries of the Roman Legal Family

In the Roman legal system, the offer carries a more substantial binding force⁶⁴ than in it does in common law countries even though it is hard to find many specific legal norms about the legal validity of an offer. Consequently, only a review of relevant court verdicts, which have a law-making rather than a law-enforcing nature, allows comments to be made about the order of things in this area. To date, bearing in mind the variations in and developments of jurisprudence, the prevailing position can thus be stated: **in principle, an offer may be revoked at any time prior to acceptance by the counterparty**⁶⁵. The Court of Cassation of France back in 1919 decided that the existence of “an offer is not sufficient to bind the offerer to their offer and in general can be freely withdrawn before its acceptance in due form”. Since then, this principle has been repeatedly confirmed⁶⁶.

On the other hand, the courts, at a practical level, have significantly limited the scope of the aforementioned principle through introducing the principle of compensation. Thus, **if the offerer indicates a certain period in his proposal, he may withdraw it before the expiry of this period, but this results in an obligation to compensate for damages**⁶⁷. For example, a tenant who, on receiving an offer, terminated the contract of renting an apartment but then became homeless may receive compensation for all losses and damages⁶⁸. The same applies to an employee who has received an advantageous offer for a new job and thus leaves his former job⁶⁹. Or, travel expenses⁷⁰ that were necessary in order to see land on sale shall also be reimbursed.

⁶³ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 359-360.

⁶⁴ Giulio Giannini, *The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, Vol 1, p. 13.

⁶⁵ Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 230, No89; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Répertoire Defrénois, coll. «Droit civil», 845 p. No 385; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 118 à 130.

⁶⁶ Cour de Cassation, 3-e Ch. civ., 20 mars 1979, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation III*, no 72; Cour de Cassation, 1-re Ch.civ., 13 juin 1984, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation I*, no 193; Cour d'appel Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)* 1984.II.20198, note F. Givord.

⁶⁷ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 126, no118.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Cour de Cassation, Ch. soc., 22 mars 1972, *Recueil Dalloz*, 1972.468.

⁷⁰ Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 231 no89.

It is clear that compensation for damages functions as a deterrent, helping to ensure that the offerer will wait for the date specified in the offer to expire. However, the compensation of damages is –out-of-contract (*delicate*) – part of the legal institution of obligations, while offer and acceptance are part of contractual law. But the premature withdrawal of the offer before expiry of a certain period of time does not necessarily inflict any damage. Therefore, the main question remains as to whether in such cases it is possible to go to court not to claim compensation for damages but to claim that the offerer be made to enter into the contract on the conditions indicated by the offerer.

In the overwhelming majority of cases, the courts refuse to recognize that the contract must remain in force even if the offerer ‘changed their mind’, particularly due to the principle of the freedom of the declaration of will⁷¹ (*l’autonomie de la volonté*). And yet, in very rare cases, the courts have granted that the claims of a person to be “compensated in kind” (*reparation en nature*). For example, if a landowner offered to buy from an interested person and in his offer consented to inspect [the land] on a particular day, then he has tacitly agreed to consider the offer valid until the date of inspection. Withdrawal of the offer before the date of examination incurs the obligation to compensate for damages, and in this regard, monetary compensation can be replaced by “compensation in kind” (*reparation en nature*), which may mean that the offerer would have to perform the contract as offered⁷².

Two decisions made by the Court of Cassation on the same day in May 1968 also came to confirm that “*in principle, the offer of the sale can be revoked before acceptance, but the situation is different if the offerer [to the limit] clearly made a commitment not to do so within a certain time*” (“Si une offre de vente peut, en principe, être rétractée tant qu’elle n’a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s’est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque⁷³”). However, it should be noted that the granting of a claim for “compensation in kind” in such cases is a rarity – although in 2008 the Third Chamber of the Court of Cassation of Civil Cases of France admitted such an opportunity⁷⁴, thus affirming the decision of the First Chamber of the same Court of Civil Cases dated 1958 and 1968”.

The possibility of compensation for damages is possible in cases when the offer *does not specify a specific time limit for acceptance* as the courts do not expressly require the setting of deadlines. It is sufficient – as long as it obvi-

ously stems from the circumstances of each specific case or trade relations – that the offer must remain open for acceptance “for a reasonable time”. The question of how long a “reasonable” period for acceptance is or whether a certain acceptance term was considered to be “tacitly agreed” shall be determined by the Court of First Instance on the basis of the particular circumstances of the given case⁷⁵.

Finally, in cases when the offer is withdrawn *before the expiration of the term mentioned in it and before acceptance*, then the counterpart can no longer conclude a contract by acceptance. However, they can require compensation for damages in connection with the premature withdrawal of the offer – although the question of the presence of damage requires a more rigorous “*faute abusive*” in this case.

The following diagram helps to more clearly grasp the different situations relevant to this legal structure:

Is there an acceptance of the offer?	Did the offer reach the addressee?	Was there a deadline in the offer?	Can the offerer withdraw the offer?
<i>The offer was accepted.</i>	Has no legal significance.	Has no legal significance.	Withdrawal of the offer is impossible: the contract is considered concluded.
The offer is not accepted.	The offer reached the addressee.	There is a deadline in the offer for acceptance.	The offer cannot be withdrawn within the deadline mentioned in it. <i>Obligation to compensate for loss, which may be “in kind” (reparation en nature).</i>
The offer is not accepted.	The offer reached the addressee.	There is no deadline for acceptance.	The offer cannot be withdrawn “within a reasonable period”. <i>Obligation to compensate for loss.</i>
The offer is not accepted.	The offer did not reach the addressee.	Has no legal significance.	The withdrawal of the offer is possible due to the principle of contract liberty (conclusion).

An even more complex and challenging issue, of heated debate in the legal literature, relates to the legal basis for deeming that the offerer is obliged to compensate for loss. Since the Napoleonic Code does not contain any specific legal norm about the binding force of the offer and the general rules-principles of the Code enshrine the liberty (including the conclusion) of the contract and the principle of the freedom of the declaration of will (*l’autonomie de la volonté*), the very possibility of compensating for loss appears somewhat doubtful. In legal theory, one can find three very different grounds concerning the legal framework related to compensating for loss.

According to one theory, first proposed by Charles

⁷¹ Cour d’appel de Paris, 14 janvier 1947, Recueil Dalloz 1947.171; Cour d’appel de Rennes, 8 juillet 1929, Dalloz hebdomadaire, 1929.548; Répertoire de droit civil, no. 89.
⁷² Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., 17 décembre 1958, Recueil Dalloz, 1959, 33;
⁷³ Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., (2 arrêts), 10 mai 1968, Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation, 1968, III, no 162 et 209.
⁷⁴ Cour de Cassation, 3ème Ch. civ., 7 mai 2008.

⁷⁵ Cour de Cassation, 1-re Ch. civ., 10 mai 1972, Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation, 1972, III, no 214.

Demolombom⁷⁶, the offerer proposes to conclude, along with the main contract, also a preliminary contract, according to which he commits to uphold the basic offer for a certain period of time (*théorie de l'avant-contrat*). This preliminary contract, beneficial to the counterparty, is concluded with the tacit consent of the parties and if the offerer withdraws his offer during the main transaction, then he incurs the obligation to compensate for damages incurred from the breach of the preliminary contract⁷⁷. The Colmar Court of Appeal referred to this theory in its verdict on the case in which a subcontractor, having found a mistake in a cost estimate, withdrew its offer after the counterpart had used the offer as a basis for participating in a tender that it subsequently won⁷⁸. The court deemed that the offer was binding, since “it is the result of mutual consent, expressed explicitly or tacitly, but undeniable, and is valid for a certain period of time⁷⁹.” However, it turned out that in this case the existence of “tacit, but undeniable” consent was unproved – the offerer, in sending the offer, did not know that the counterparty would use it as the basis for participating in the tender. It is clear why this theory is often criticized for being “an obvious artificial reading of the clause⁸⁰” and that the assumption that the parties entered into a preliminary agreement on the irrevocability of the offer is ‘pure fiction’.

According to the second theory, the responsibility of the offerer stems from their unfair behavior on the basis of Article 1382 FCC – although the withdrawal of the offer is legitimate, it may, under certain circumstances, constitute an “abuse of rights⁸¹” (*abus de droit*), entailing *mea culpa* responsibility of the offerer⁸².

Finally, the third opinion holds that the responsibility of the offerer issues from the theory of “unilateral obligations⁸³” (*théorie de l'engagement unilatéral*). However, for some reason, the French courts have always refused to refer to this theory and have always rejected it. As a comparison, the practice of the UN International Court (International Court of Justice) in the cases “On Nuclear Tests” (Australia and New Zealand v. France) considered that the statements of the French President were unilateral and thus served as a source of obligations arising from the existing ‘general principle of law’, which, as stated in the Statute of the Court, is “recognized by all civilized countries”. It will also be pointed out below that § 145th German

Civil Code (GCC) also stems from the fact that the offer, as a unilateral act, binds its author to the offer (Bürgerliches Gesetzbuch, § 145).

The absence of a solid theoretical basis for compensation of loss means that existing case law makes it difficult to judge what the amount of reimbursable loss should be if the offerer withdraws their proposal. Those court decisions made on the basis of Article 1382 FCC only tend to award the claimant compensation of funds spent while believing that the offer was in force⁸⁴ – indeed, it would be appropriate to make the offerer compensate for losses of the counterparty incurred from assuming that the contract was fulfilled.

The Italian Civil Code (*Codice Civile*), after some refinements in Article 1328 and subsequent Articles, provides that an offer sent with an indication of a deadline cannot be revoked before it expires, while an offer with no deadline may be withdrawn before the counterparty receives it. However, if the contractor in good faith and on reasonable grounds already incurred certain expenses based on the validity of the offer, then he may go to court to seek compensation for the losses suffered in connection with preparing to fulfill his proper contractual obligations. The courts of Italy also consider it possible to compensate for *damnum emergens* and *lucrum cessans*⁸⁵.

It is important to mention issues related to the point from which a contract is considered concluded. With a lack of regulation at the legislative level in France, the established practice of the Court of Cassation as to the timing of entry into force of acceptance depends on the circumstances of each case and especially the interpretation of the declaration of the will of the parties. Consequently, these issues fall into the category of facts and thus the control of the supreme judicial court is excluded (since it –decides on matters of law, not factual matters). For the lawyers from countries where this matter is regulated by law, the position of the Court of Cassation may seem incomprehensible. However, analysis of verdicts made by French courts of first instance reveals that, due to the broad powers given to the Court of Cassation, the results of their activities are quite fair⁸⁶.

According to Article 1326 and 1335 of the Italian Civil Code, the contract is considered concluded from **the moment of the receipt of the acceptance by the offerer**. This moment is assumed at the time of registration of the acceptance message at the address of the permanent residence of the offerer, except for cases when the offerer can prove that he could not possibly know about the acceptance due to circumstances beyond his control.

⁷⁶ Charles Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, 1-re éd., Durant et Hachette, 1868, n° 65.

⁷⁷ J. Schmidt, *Negotiation et conclusion de contrats*, 1982, no. 223; Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse Strasbourg, éd. 1961, p.443, no. 440;

⁷⁸ Cour d'appel Colmar, 4 février 1936, *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1936.187.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse Strasbourg, éd. 1961, p.443, no. 440.

⁸¹ Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, nos 313 s., p. 289.

⁸² François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. «Précis Dalloz», p. 129, no. 119.

⁸³ G. Rouhette, *Mélanges Denis Tallon*, 1999, p. 317, sp. p. 319.

⁸⁴ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, (2-ème édition par Esmein, Radouant et Gabolde), 1954, no.132.

⁸⁵ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, (2-ème édition par Esmein, Radouant et Gabolde), 1954, no.132.

⁸⁶ Giulio Giannini, *The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, Vol 1, p. 14.

V. Legally Strong Bond of the Offerer to their Offer: Countries of German Law

In the German legal system and in Scandinavian countries the offer has the greatest binding force⁸⁷. According to the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, hereinafter referred to as GCC), the offerer is bound to his proposal within the period set by him or, in the absence thereof, within a reasonable time⁸⁸. This means that he cannot withdraw his offer before the said period and that any withdrawal will not only make the offerer responsible for compensating loss but will also, generally, have no legal consequences. Similar provisions can be found in the legislation of Switzerland⁸⁹, Austria⁹⁰, Greece⁹¹, Portugal⁹², as well as in the Scandinavian Peninsula⁹³.

An offerer has the opportunity to remove the binding nature of an offer by explicitly including the phrase “no strings attached/non-binding” (*ohne obligo* or *freibleibend*) in it. However, such a message, as a rule, is not considered to be an offer from a legal point of view; it merely an invitation to an offer (*invitatio offerendi*). In this case, the offer is the answer of the counterparty, which, in its turn, requires acceptance. German court practice usually qualifies a lack of response to the counterparty from the party that made the offer with “no strings attached/non-binding” as a tacit acceptance of the counter-offer. In accordance with the principle of mutual trust, the party making the offer without obligation must explicitly reject the counter-offer, otherwise their silence will be regarded as consent⁹⁴.

GCC gives no direct answer to the question about when acceptance takes legal effect. In essence, the issue relates to a fair distribution of the risks that may arise from a time disparity between offer and acceptance between the offerer and the counterparty. Any declaration of the will, including the acceptance of the offer is considered to be valid upon “arrival at destination” – that is to say from the moment when it “falls within the sphere of influence of the counterparty”. The one sending the offer dictates how and where to send the answer and thus inevitably takes on the burden of risks that may arise in this regard; the counterparty, in his turn, shall bear the risks within his sphere of influence. This is well illustrated by the classic example that even if a bird-lover fails to take correspondence from the mailbox located in his garden simply because a bird made its nest there, the offer sent to him (that is sitting in the mailbox) will still be regarded as received⁹⁵.

⁸⁷ Ole Lando, Some features of the law of Contract in the Third Millennium, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, p. 383.

⁸⁸ ГГҮ, § 145.

⁸⁹ Swiss Act on Obligations Law, Article 3,5.

⁹⁰ Austrian Civil Code (ACC), § 862, p. 3.

⁹¹ Greek Civil Code, Article 185 et s..

⁹² Portuguese Civil Code, Article 230.

⁹³ Ole Lando, Some features of the law of Contract in the Third Millennium, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, p. 383.

⁹⁴ K. Zweigert, H. Kötz, An Introduction To Comparative Law, 3-rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 361-363.

⁹⁵ Idem.

VI. The UN Convention on Contracts for the International Sale and Purchase of Goods: *essai de synthèse*?

Part II (Articles 14-24) of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale and Purchase of Goods is about contract conclusion. Delegates from 62 countries⁹⁶ participated in preparing the Convention and that is why many provisions of the Convention reflect a compromise⁹⁷ between countries with different legal traditions in order to ensure the maximum possible number of ratifications. The Convention has been ratified by 78 countries, including Armenia, Georgia and the Russian Federation⁹⁸. Azerbaijan is not yet a party to the convention⁹⁹.

Even a quick glance at the Convention reveals that its developers managed to reach a reasonable compromise for the final, agreed text. The authors of the convention took as a basis for regulation the principle of the withdrawal of an offer (Article 16) and then added a number of specific exceptions to almost reach irrevocability of the offer. Thus, the offer is binding in nature, if “the time for acceptance stipulated in it, or any other indication, allows for its irrevocability” as well as “if, for the offeree, it would be reasonable to regard the offer as being irrevocable and the offeree acted accordingly.”

Article 16, paragraph 1, of the Vienna Convention allows for the possibility of the withdrawal of the offer by the offerer before the conclusion of the contract only if the withdrawal message reaches the offeree before he has dispatched an acceptance. According to Article 18, paragraph 2, the acceptance of an offer becomes effective **upon its receipt** by the offerer. The same applies to the offer itself (Article 15, paragraph 1: The offer is effective from **the date of its receipt** by the offeree), its cancellation (Article 15, paragraph 2), its withdrawal (v. 16, n. 1) and its rejection (Art. 17, § 1). In all these cases, the message with the declaration of the will is considered to have “arrived” with the addressee if it is handed over to him personally at the location of his commercial enterprise or mailing address or, in the absence thereof, at his place of residence (Article 24).

VII. Regional Level: The Binding Force of an Offer in Caucasian Countries and Russia

Comparative analysis of the institution under study in the legislation of Azerbaijan, Armenia, Georgia and Russia reveals not only an understandable affinity of spirit but

⁹⁶ A.M. Garro, ‘Reconciliation of Legal Tradition in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, (1989) 23 Infi Law. 443.

⁹⁷ C. Mouly, ‘La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises’, (1983) 41 Rev. int. dr. comp. 829, p. 935.

⁹⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁹⁹ Idem.

also the fact that lawmakers in these countries were primarily influenced by the German law. However, in fairness to the lawmakers in the four republics, it should be noted that they have tried to regulate almost the entire range of problems discussed above. Some details of legal regulation are overlooked in the Georgian Law, but this can presumably be compensated for by judicial practice. Another difference of Georgian legislation can be found in Article 330 of the CC of Georgia which highlights the two types of offer: an offer made in the presence of the offerer and an offer made to an absent addressee. Similar distinction was once provided for in Soviet legislation.

The legislation of Azerbaijan¹⁰⁰, Armenia¹⁰¹ and Russia¹⁰² explicitly stipulate that an offer has binding power. The specific consequences depend on the type of offer – whether it is made with or without a deadline. In the first case, the principle of ‘irrevocable’ offer applies and the offer binds the offerer to the addressee “during the entire period established for acceptance” and the offerer is not entitled to withdraw it unless otherwise specified in the offer itself or it follows from the nature of the proposal or the environment in which it was made.

The binding of the offerer does not begin from the date of the offer but only from the time when the addressee receives it¹⁰³. Consequently, until that point the offerer shall have the right to refuse it. The term given by the offerer to the addressee also commences from the date of its receipt by the latter. This means that the whole period from articulation of the offer until its receipt shall be disregarded¹⁰⁴.

Thus, of the two possible structures existing in the practice of law – “receipt” (receipt notice) and “sending” (sending the notice, i.e. the theory of mailbox) – the legislation of Caucasian countries opts for the former. Consequently, the responsibility for everything that happens after the expression of the will and the addressee’s perception of the notice shall be borne by the one from whom it emanates. This includes loss of a postal item, the delay of its action, the issuance of the relevant correspondence to the wrong person, the distortion of text in a message and the like. All of the adverse effects that may arise from such cases are to be incurred by the notice sender rather than the recipient. Novitskiy, following the receipt theory, strongly emphasized that “receiving” is not equivalent to “the perception of another’s will¹⁰⁵”. In the same context, he specifically singled out instances when the offerer “either intentionally interferes with the receipt of the response to the offer or it is not received due to negligence,” thus putting the negative consequences of such situations on the offeree¹⁰⁶.

In contrast to the CC of both France and Germany, the issues related to defining the moment from when acceptance becomes valid have been regulated in much detail. Thus, a contract shall be deemed concluded either upon receipt of acceptance by the offerer within the time specified in the offer¹⁰⁷ or upon receipt of acceptance before the date specified in the law or other legal act; if there is no deadline in the offer, law or other legal act, then it shall be deemed concluded upon receipt of acceptance during the normal time required for it¹⁰⁸. Furthermore, a situation when an offer is made orally and without deadline is also stipulated for – in this case, the conclusion of a contract requires that the other party shall immediately state acceptance. With regard to acceptance received late, the law refers to two situations that differ in terms of the content of the notice sent by the offerer. The offerer shall either receive notification that confirms that the contract is concluded or shall be informed that the offer is not accepted¹⁰⁹. **The question about the third option remains open:** whether the offerer receiving a late notification of acceptance did not send any notice to the acceptor. In such cases, silence cannot shape lawmaking in regard to the meaning of a late acceptance agreement¹¹⁰.

VIII. Findings and Conclusions

Different legal families regulate the legal aspects of establishing contractual relationships between the subjects of law in different ways: in *common law* countries they use the principle of free withdrawal of the offer, the Roman legal family ties the offerer to their offer at a non-contractual level, while the German legal family – along with legislation in the South Caucasus republics – follows the principle of the irrevocability of the offer.

The point from which the contract enters into force also substantially varies: in most countries, the declaration of the will of the offerer in a distance relationship acquires legal force upon the counterparty’s referral to the offer; on the other hand, in some countries, according to the ‘mailbox’ theory, the contract is considered concluded, even if acceptance is lost on the way or withdrawn by telegram, when the offerer received it earlier than the acceptance itself sent by letter (and this despite the fact that according to international postal law the senders of letters are entitled to withdraw them prior to handing them over to the intended recipients).

¹⁰⁰ Article 408.3 CC AR.

¹⁰¹ Article 451, p.2 CC RA.

¹⁰² Article 435 p.2 CC RF.

¹⁰³ Article 408.3 CC AR; Article 451, p.2 CC RA; Article 435, p.2 CC RF

¹⁰⁴ M. I. Braginskiy, V.V. Vitryanskiy, Contract Law, 1st Book, General provisions, 3rd Edition, 2008, p. 201.

¹⁰⁵ Novitskiy I.B., Lunts L. A., “General teaching about obligation”, 1954, p. 162.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Article 409.2 CC AR; Article 456 CC RA; Article 440 CC RF.

¹⁰⁸ Article 457 CC RA; Article 330, p.2, CC RG; Article 441 CC RF.

¹⁰⁹ Article 409.5 CC AR; Article 458 CC RA; Article 332 CC RG; Article 442 CC RF.

¹¹⁰ M. I. Braginskiy, V.V. Vitryanskiy, Contract Law, 1st Book, General provisions, 3rd Edition, 2008, p. 209.

Shareholders' Agreements in Azerbaijani Law

In the context of global economic integration, we often witness in Azerbaijan attempts to apply legal instruments for governing joint ventures between local and foreign partners that have been successfully implemented in other legal systems. One such well recognized instrument is the "shareholders' agreement" – a frequently used legal tool that allows for better regulation of the reciprocal rights and obligations of shareholders in a company. This article discusses the problems related to making shareholders' agreements an established element of corporate governance in Azerbaijan and the reforms necessary to achieve that.

I. Introduction

It is no secret that the existence of a mature corporate sector is one of the keys to the development of modern economies. Indeed, Azerbaijani corporations will not be able to meet the challenges of today and tomorrow unless they are supported by developed and effective corporate governance and corporate law – something that will require the adoption of international best practices in this sphere. One such best practice is the widespread principle of contractual freedom. Since it is impossible to fully regulate the relations of shareholders through founding documents, shareholders must be able to more precisely define their relations (mutually agreed rights and responsibilities) through shareholders' agreements. A corporate charter (or articles of incorporation) defines public rules and governs the relations between the founders (shareholders) and the company, whereas a shareholders' agreement, as with any other contract, is primarily a statement of the parties' interests and intentions. The use of shareholders' agreements in corporate relations allows for the legalization of economic interests of contractual parties. It is, therefore, clear that even well developed corporate law can be no substitute for regulating contractual relations between parties who may have – and indeed usually do have – quite different agendas. It is precisely the capacity of shareholders' agreements to harmonize those various aspirations that have led to their emergence and proliferation.²

¹ PAŞA Holding Ltd; LL.M., University of Minnesota Law School; Lecturer in the Law Department of Baku State University.

² A. Kudelin. *Aktionerhoe soglashenie po rossijskomu pravu*. Journal Korporativnij yurist. N10, 2009.

II. Significance of the Issue

The need for additional regulation of business relations arises in Azerbaijan because of the weakness of domestic corporate law, which greatly restricts the options available for corporate governance – there is currently no legal framework for corporate governance through shareholders' agreements. Hence, when shareholders' agreements are concluded in which at least one of the business partners is a foreign company, they must be governed under foreign law.³ There are cases of shareholders' agreements executed under domestic legislation, but parties to such agreements have limited options in setting terms of such agreements and enforcing them if disputes arise.

By making relevant changes to local corporate law, it is conceivable that a wider application of shareholders' agreements can be achieved, leading to a better enforcement of domestic law in business practice.

Above all, domestic law should recognize shareholders' agreements as contracts between company shareholders that stipulate their reciprocal rights and obligations. Thus, shareholders' agreements can be entered into only by company shareholders; they cannot be executed between a joint-stock company and a shareholder.

It is advisable to enter into shareholders' agreements before parties buy into a company and become shareholders. Indeed, many investors feel the need to secure certain guarantees for actions (decisions) to be made upon incorporation of a company. However, the current version of Article 45.2 of the Civil Code does not envision a corporate charter that can provide for the realization of such pre-existing guarantees.

III. Scope of Shareholders' Agreements

A shareholders' agreement is a mutual obligation of parties to exercise (or refrain from) certain rights in the manner defined therein. Parties to a shareholders' agreement may agree, without limitation, on some of the following rights (obligations):

- voting rights (in the general meeting of shareholders);
- the right to pre-agree voting decisions with other shareholders;
- purchase and transfer of shares under pre-agreed terms;
- terms of sale of shares under defined conditions (at occurrence of certain events);
- the right to abstain from transfer of shares under defined conditions;
- other actions related to the management, operations and re-institution (re-incorporation) of a company.

Shareholders' agreements may not prescribe any manner of voting under the instructions of company management

³ I. Fedotov. *Soglashenie akcionerov v yuridicheskoy praktike*. Journal Korporativnij Yurist. N5, 2007.

since a shareholders' agreement is intended to coordinate parties' interests; it is not meant to align shareholders' actions with the wishes and interests of corporate management.⁴

A shareholders' agreement creates obligations only for the parties to it. However, failure by one (or more) of the parties to abide by the terms of an agreement may have repercussions for the company – for example, a decision by the General Meeting of Shareholders made in breach of the voting procedure set forth in the agreement may be deemed invalid.

A shareholders' agreement includes provisions that underwrite parties' performance of duties; it may also establish civil liability in cases when duties have not been performed. Parties have recourse to certain means of protecting their rights, including, without limitation:⁵

- damages due to non-performance;
- fines (penalties);
- indemnification in the manner prescribed in an agreement.

IV. Who Benefits from Shareholders' Agreements?

By entering into these agreements, shareholders create an effective mechanism for reciprocal recognition and enforcement of rights and, in doing so, effectively optimize corporate governance. Shareholders' agreements may prescribe the following rules and conditions⁶:

- Allocation of seats and balancing of voting power in the board of directors (number of the board members, nomination of candidates and election of the board members, conditions for electing a chairperson that represent the interests of certain shareholders, election of independent members, etc.)
- Restrictions on selling of shares (restriction to sell by a certain date, requirement to obtain the consent of other shareholders, preferential rights of certain shareholders in buying shares, ban on poaching shares from other shareholders to boost one's ownership share, etc.)
- Special conditions pertaining to certain decisions of the general meeting of shareholders and the board of directors (special quorum and qualified majority requirements)
- Rules for resolving disputes between various management bodies and procedures for breaking deadlock in voting
- Restrictions of voting rights and freedoms (contractually agreed obligation to vote or obligation to obtain prior agreement on voting terms).

Shareholders' agreements are of great value to minority shareholders and are often used to ensure or increase

the power of minority shareholders in decision-making. Through shareholders' agreements, minority shareholders may protect themselves against the abuse of power by majority holders. Minority shareholders may join forces to ensure that the terms of the shareholders' agreement are set in their best interests, thus securing observance of their rights. These terms include the following⁷:

- the right to vote in a pre-agreed manner in the general meeting on certain issues (as stipulated in decisions of the general meeting) or, alternatively, on all issues;
- the right to pre-agree a voting decision with other parties to a shareholders' agreement;
- the right to assent with other parties on exercise of other shareholders' rights;
- the right to assent with other parties on nomination of candidates to management bodies, etc.

From the legislative point of view, disclosure of shareholders' agreements must be guided by the general principle that all interested parties should be informed. It would be advisable to establish this requirement in corporate legislation. Except for cases in which a shareholders' agreement prescribes certain rules that affect the voting procedure at the general meeting of shareholders, in which case parties to the agreement must disclose relevant clauses to the other shareholders, the parties to the agreement should not be required to disclose the content of the agreement or the fact that such an agreement has been executed. If this principle is adopted, it would balance the desire of contractual parties to keep their arrangement confidential while retaining the principle of disclosure to interested parties.

V. Current Legal Framework and Proposed Amendments

As shown above, within corporate governance, a shareholders' agreement may be chosen as an instrument for resolving corporate disputes and regulating the interests of majority and minority shareholders. While current legislation does not prohibit shareholders' agreements, it has no provisions that explicitly provide for them. This gap in legal regulation makes entering into shareholders' agreements a challenge for local companies. Despite this, the number of shareholders' agreements in Azerbaijan is on the rise, and this trend only emphasizes the need for Azerbaijani law to properly recognize shareholders' agreements.

Because the law is currently silent on this issue, active shareholders' agreements in Azerbaijan benefit from questionable compliance with the provisions of the Civil Code and other legal norms. Regrettably, in the absence of precedents, the opinions of the courts on shareholders' agreements are somewhat experimental.

⁴ Scully, E., Shareholders' Agreements – A Practical Analysis, LK Shields, solicitors, 30 January 2003.

⁵ Vestnik korporativnogo upravleniya. Kazakhstan. 7-th edition.

⁶ Vestnik korporativnogo upravleniya. Kazakhstan. First edition.

⁷ Vestnik korporativnogo upravleniya. Kazakhstan. 7-th edition.

Shareholders' agreements often restrict the selling of shares and set rules for share repurchase. This is a way, *inter alia*, of protecting the interests of minority share holders – for example, when a majority holder sells shares, a shareholders' agreement may prescribe the mandatory sale of shares owned by minority holders for the same price, while restrictions on sale to third parties can protect the interests of existing shareholders.

However, current legislation does not provide for or even allow restrictions on the sale or purchase of shares; indeed, Article 44.3 of the Civil Code suggests that such restrictions can be interpreted as an unlawful limitation of a natural person's competence or legal capacity. Therefore, any contractual provision restricting rights of shareholders (if they are natural persons) is deemed null and void. In the case of legal persons, such a provision is not automatically invalidated, but it does have a dubious effect. And, notwithstanding this difference, Article 99.1 of the Civil Code states that any restrictions on the sale and purchase of shares can be considered a contravention of the legally guaranteed right to freely own, use and dispose of assets; thus, any such restrictions may be disputed in court.

Nevertheless, some lawyers argue that a party affected by the breach of a contractual restriction on transfer of shares may sue the violating party on grounds provided by Article 350 of the Civil Code. In such a case, they reason that such a claim can be filed when there is evidence that the party in breach of contract had prior knowledge of the restriction. However, given that in most cases parties to shareholders' agreements prefer to maintain confidentiality, it is not very likely that the violating party would have had prior knowledge.

This means that, should a dispute arise, a shareholders' agreement may be invalidated through court action. Indeed, legal analysis confirms that shareholders' agreements in Azerbaijan suffer from a high risk of non-enforceability under current legislation, and therefore many shareholders do not bother to consider the merits of such agreements.

In order to avoid the legal problems associated with shareholders' agreements in Azerbaijan, agreements are usually formulated in such a way that they fall under an alternative legal jurisdiction. Thus, parties to shareholders' agreements often refer the agreements to foreign jurisdictions with legal systems identical or similar to English, U.S. or Swiss law. This is done by incorporating parties from those countries in the agreement or by placing the shares of a local company under foreign management. When selecting a jurisdiction, the parties pay attention to the enforceability of the provisions of the shareholders' agreement – for example through the London or Stockholm Court of Arbitration.

Evidently, domestic law should be reformed in order to allow wider application of shareholders' agreements in

Azerbaijani corporate practice. To begin with, Chapter 4 of the Civil Code should be amended to acknowledge shareholders' agreements and provide for recognition of agreements governed under foreign jurisdictions. Shareholders should be given the right to contractually regulate powers granted to the General Meeting of Shareholders. The law should permit that an agreement can define rights and obligations arising from the concept of automatic consent by one shareholder to executive nominations made by another shareholder as well as rights and obligations in the matter of (obligatory) sale or purchase of shares. The law should also provide for guarantees of contractual performance, such as sanctions (e.g. penalties and indemnities) for breach or non-performance of obligations stipulated by the agreement.

Although the principle of contractual freedom exists, the above provisions are thought to be impossible to enforce under Azerbaijani law as any limitation of the right to dispose of shares may be considered illegal. If a shareholders' agreement is at odds with national legislation, it can easily lead to a dispute between parties. For example, if contractual terms on distribution of profit (or special dividends) contravene imperative legal norms, they can be disputed in court. Thus, contractual parties may face difficulties in exercising and safeguarding their contractual rights.

Another gap in Azerbaijani law is in the lack of a regulatory mechanism to break deadlock in decision-making, a common feature of the contemporary corporate environment. This often happens during voting in corporate management bodies, especially when making decisions on sale and purchase of assets and shares. In international practice, mediation procedures and the mechanism of the obligatory buyback (repurchase) of shares are commonly used to resolve such situations.

In my opinion, an agreement between shareholders that establishes an arranged vote, such as an obligation to vote in a certain way at the General Meeting of Shareholders, may well stand scrutiny under current Azerbaijani law. But should a party choose not to be bound by these arrangements, it is questionable whether and how it could be made to abide by them. Moreover, by law, failure to comply with obligations set forth in a prior agreement does not constitute grounds for the nullification of a decision made by the General Meeting of Shareholders. In such cases, it would be rather difficult to prove the scope of damage, assign a monetary value to it and, above all, establish a causal link between the breach of the shareholders' agreement and the damage incurred. Moreover, setting a high penalty for breach of agreement does not solve the problem since Article 467 of the Civil Code allows courts to reduce the amount of such forfeit penalties.

Considering the above, a bank guarantee may be proposed as a better alternative. The use of the guarantee

may be made conditional upon documenting the failure to act pursuant to the agreement. The clear advantages afforded by a bank guarantee are its autonomy and the consistency of its application.

As stated above, shareholders' agreements in Azerbaijan are often set to be governed under a foreign jurisdiction in order to avoid the abovementioned problems. However, this approach is far from perfect. Ultimately, a local company entering a shareholders' agreement remains under the jurisdiction of Azerbaijani law and issues arising from or connected to its legal status ought to be resolved under Azerbaijani law. Indeed, the application of foreign law to a shareholders' agreement that establishes a local joint-stock company may presumably constitute grounds for its invalidation.

Should a dispute arise and be referred to court, the latter, on the grounds of Article 98.7 of the Civil Code, would be able to strike out clauses in a shareholders' agreement which it deems to be a contravention of domestic law. Here an essential distinction must be made between the rights of a shareholder as a participant in a company (in the context of company-shareholder relations) and the rights of a shareholder as an owner of shares (in the context of property rights). While the actions of an entity (e.g. the Board of Directors) instituted by a legal person constitute an element of its legal status, it would be wrong to associate the right of a shareholder to dispose of shares with the legal status of a company (as a legal person); it must be viewed from the perspective of contractual freedom.

Contractual freedom is an important principle of civil law: it permits types of agreements that are not explicitly mentioned in legislation. As indicated above, Azerbaijani law in no way bars shareholders from entering into agreements. Indeed, such a prohibition would be illogical in view of the numerous contractual relations that shareholders usually contemplate. While it is true that the rights and obligations of shareholders are regulated by the Civil Code and the founding documents (articles of incorporation) of a company, there is nothing in the law stating that these must be the only means of regulation; thus, the view that shareholders' agreements run contrary to mandatory legal requirements is unfounded.

Any person may exercise civil rights in the manner most fitting his or her interests. Shareholders' agreements serve as an example of the exercise of subjective rights and obligations according to the will and interests of the relevant parties.

Clearly, rights guaranteed by statutory law cannot be overridden by a shareholders' agreement. However, based on the principle of contractual freedom and equality, parties to a shareholders' agreement may voluntarily restrict exercise of their rights. Breach of such an agreement will only create contractual liability for the party at fault.

It seems unfair to invalidate a shareholders' agree-

ment on the basis that it prescribes conditions that are additional to legal requirements (conditions that may in fact modify those requirements). I believe that if an obligation contained in a shareholders' agreement does not violate the law, there is no basis for invalidating it. Hopefully, the Azerbaijani law will soon expand the application of this useful legal tool.

VI. Conclusion

This article is not making a case for allowing shareholders' agreements in Azerbaijan since the above discussion shows that they are already available by the principle of contractual freedom. Rather, the main problem facing these types of agreements is that their scope is unhelpfully restricted.

In the absence of a specific legal norm on shareholders' agreements, such agreements ought to be viewed as deals between shareholders that define reciprocal rights and obligations and impose contractually agreed restrictions on the exercise of some of their statutory rights.

In many jurisdictions relations among shareholders are not regulated by the articles of incorporation, similar to the way in which incorporating (founding) documents do not settle relations between shareholders and third parties. Inasmuch as there is a need to regulate interactions among investors, a legal instrument known as the shareholders' agreement evolved to fill this gap. From this perspective, a shareholders' agreement can be viewed as a supplement to the articles of incorporation that clarify ownership and management of the company. A shareholders' agreement is also a very appropriate tool for the resolution of corporate disputes. Extensive international experience corroborates its usefulness as a regulatory instrument.⁸

This article points out that since issues related to shareholders' agreements suffer from legal uncertainty – both in terms of the legislation and the courts – the practice remains in limbo. With economic growth and business development, the use of contemporary legal instruments that are calibrated to better fit the varied interests of business parties will increase, but as Azerbaijani corporate law lags behind this trend and lacks the flexibility to incorporate the relevant requirements, parties will increasingly resort to removing these matters from the scope of local law and put them under foreign jurisdictions in order to be able to properly manage their risks. To avoid this, the practice of shareholders' agreements in Azerbaijan should be promoted and extended.

Even dynamic and developing legislation cannot regulate everything in fine detail. Thus, shareholders should be empowered to resolve these issues and manage the companies they have invested in through internal agree-

⁸ Muth & FitzGerald, *Shareholders' Agreements*, 5th ed, Sweet & Maxwell.

ments. If we agree on this central point, it is only logical to conclude that the law and the courts should be primarily concerned with strengthening the legal framework, clarifying ambiguities, resolving obvious contradictions and settling otherwise intractable disputes.

Proposed changes in corporate governance extend the corporate law options available for regulating the corporate relations of market participants. Domestic corporate law, which at present embodies primarily imperative norms, can evolve to become a hub of contractual freedom (more precisely, “corporate” contractual freedom). In other words, norms regulating corporate relations should be exempted from the imperative sphere of law and mostly turned over to the dispositive sphere of law. The applicable legislation should be not an extensive manual but a guide; if any statutory norm does not stipulate special considerations to protect the interests of the perceivably weaker party to an agreement, then it should at least allow the room to apply “other rules” – rules that can be provided by shareholders’ agreements.

Finally, although this article refers primarily to “shareholders”, the legal instrument discussed here can be successfully applied to and used by participants in limited liability companies.

Mandatory Bid Rule – Brief Legal Overview

The purpose of this article is to familiarize the readers with the concept of “mandatory bidding offer”, for the author of the article believes that this particular aspect of Georgian Corporate Law is studied the least. There is little insightful research or study conducted in this area. Therefore, its goals, purpose, legal regulatory framework, and its practical application are not well known. This article briefly describes international practices as observed in different countries, and speaks about international treaties adopted in this area. In addition, the author will briefly touch upon the advantages and disadvantages of mandatory bidding offer, as the institution on one hand protects the rights, and on the other restricts them.

I. Introduction

After the introduction of amendments to the Law “On Entrepreneurs” of Georgia on June 24, 2005, the Law has been complemented with the new, hitherto unknown, institution of “Mandatory Bid Rule”². However, it has not yet become a topic of broad discussion either among practicing lawyers or academic community. There were only a handful of articles and short reviews published in the textbooks of corporate law. In great contrast to the Georgian scenario, mandatory bids, together with other important concepts and aspects of corporate law, are studied and described in numerous legal papers in Europe, Asia, and the Americas. Even today, this subject causes differences of opinions and debates among experts, commentators and practitioners of corporate law. The complexity of the concept of the mandatory bid is largely due to the fact that it expressly restricts the rights of one part of shareholders (majority) to protect minority shareholders, and attempts to balance contradicting interests of both parties. There are many procedural difficulties involved and lots of technical nuances which make practical implementation of the concept quite difficult.

Later in this article, the author will attempt to review the concept of the mandatory bid offers, what caused the necessity of its adaptation at the legislative level, and how it is used in practice. For the purposes of comparative analysis, the author will try to briefly discuss the institution and its features in various countries and then describe in great detail how it is regulated by Georgian Law. Ultimately, the author will discuss the practicality

of existence of the bidding offer as a means for protecting minority shareholders; and try to answer a question whether this institution disproportionately restricts the rights of majority shareholders.

II. Meaning, Purpose, History

„The mandatory bid rule represents a specific form of bid rule, which in itself is one of the ways to purchase corporate securities. Obligation to submit such an offer is imposed on individuals or groups of individuals in cases as established by law.” Even the title of the institution indicates that making an offer does not depend on the will of the bidder, but it is mandatory in case of certain conditions prescribed by the law. What kind of conditions are they? Though preconditions for the origination of obligation to submit the bidding offer are different, laws of all countries (as we will discuss in part III) serve one purpose. Obligation of presenting the bidding offer arises when a person or a group of persons by agreement obtains (or intends to obtain) control over an enterprise by means of acquisition of the majority stock of shares or by other means. In such a case, the law imposes an obligation on the person (or group of persons) to make a public offer of acquisition of all remaining securities (stocks) of the enterprise³ in question and buy out from shareholders for a fair and just price⁴.

In the second half of the 20th century, when turnover of securities in developed countries was institutionalized and securities market became a significant part of a country’s economy, growth of the risk of acquisition by third party created a great deal of discomfort for shareholders of both large and small enterprises. This risk posed problems by restricting existing shareholders and by hindering the governance of an enterprise. In English-speaking countries, the above mentioned form of acquisition was named a “takeover”, which entailed becoming the owner, and obtain control over a company. This term is extensively used until now in corporate law at international level as a term indicating obtaining control over a company.

Initially, a takeover was perceived as a negative phenomenon, especially if it was performed by a natural or legal person originating from a foreign country, or by a competing enterprise. It does not require much elaboration that takeover by a third party may often adversely affect other (minority) shareholders of the enterprise, as well as its governance and employees. Therefore, such shareholders and governing bodies of an enterprise would try everything to resist the “hostile actions”, which in reality is nothing but obtaining major stock of shares of the company by legal means. They would request the authorities to protect them and issue the

³ Enterprise, bidding offer for shares of which is made, is called a target company.

⁴ Criteria for the establishment of price are different in various countries, but in majority of instances such price equals the one that the person paid at purchasing the major stock of shares of the company.

¹ Member of the Georgian Bar Association, Lawyer of the Joint-Stock-Company “Tbilisi Central”.

² Article 532 of the Law of Georgia “On Entrepreneurs”.

so-called “anti-takeover” laws. However, the takeover process demonstrated its positive outcomes for companies being taken over in terms of effectiveness, profitability and liquidity; it had positive effect on the economies of countries and in the development of capital markets. Thus, authorities of many countries tried to regulate takeovers so that unjustified obstacles are not created for the purchaser, and at the same time small (minority) shareholders are protected. This became the basis for creating the concept of mandatory bidding offer as a means for protecting minority shareholders. The mechanism implies that in cases where control over the company is changing hands and taken over by a third person/party, remaining shareholders shall be given an opportunity - in observance of the principle of fairness and transparency - to voluntarily leave the company and receive a fair compensation for giving up their shares (securities). Mandatory bidding offer is based on two key principles: firstly, shareholders shall have the right to sell their shares if the major shareholder of the company is being changed; and, secondly, buyer of shares shall offer the same bidding price to all shareholders notwithstanding the fact of holding the major stock of shares, which excludes the possibility of submitting bidding offers for various prices⁵.

III. Mandatory Bid Rule as Reflected in the Legislations of Various Countries and International Acts

Legislation in almost all developed or developing countries contains provisions on mandatory bids. However, one exception worth mentioning is the United States of America. In 1934, the USA adopted the Federal Securities Exchange Act⁶ that accounts for about 400 pages and details the regulations that govern participants of the securities exchange, including controlling authority and other related issues. However, it does not mention or acknowledge the institution of mandatory bid. The abovementioned is important especially when we consider the fact that securities market of the USA is one of the most developed and the largest in the world. Despite that, unlike continental Europe, and its closer ally Great Britain, American legislators chose a different path to regulate the takeover processes. The so-called Williams Act⁷ establishes not some kind of an obligation, but rigid procedural rules, information transparency and exchange principle, which shall accompany the process of acquisition of securities. Thus, instead of supporting withdrawal of shareholders from the company, the US legislation creates relevant conditions for minority shareholders to remain in the target com-

pany⁸. Somewhat similar approach is used in Japan, which does not recognize mandatory bidding offers.

The situation in Europe is entirely different. Great Britain is considered the pioneer in the area of legislative regulation of the process of takeovers and mandatory bidding offer. In 1968, Great Britain adopted the “Code for Takeover and Merger of Companies”⁹, which determined conditions for a fair and transparent procedure as well as rules for the bidding offer, which is considered as a milestone. Simply put, the latter determines that if a legal entity or natural person purchases 1/3 of the voting capital of a public company¹⁰, the acquirer shall purchase all offered shares and pay the same price to all shareholders willing to sell their shares¹¹.

The abovementioned Code became the foundation for the German Takeover Law of January 1 2002¹², which envisages mandatory bidding offers and establishes purchase of 30% of voting capital as minimum grounds at which an obligation originates. Little later, the EU Directive from April 22, 2004 will be created based on the British law¹³; we shall discuss the matter in more detail below. After 20 years of work, the EU Parliament and EU Council adopted a Directive on Takeover of Companies on April 22, 2004¹⁴, the aim of which was to create a unified framework for the EU member-states and establish common regulatory procedures for obtaining control over (takeover) a company.

The abovementioned Directive imposes an obligation on member-states “to adopt relevant measures for protection of rights of holders of securities, especially minority shareholders. Member-states shall ensure such protection by imposing an obligation on the buyer of shares, envisaging that the latter makes an offer to remaining shareholders for the purpose of acquiring their shares for fair price”¹⁵.

The directive does not establish the purchase of any particular amount of the voting capital as a precondition of acquisition. However, it defines that obligation of the mandatory bid arises when “a natural person or a legal entity , based on the purchase performed by him/her or in agree-

⁵ The optimality of the mandatory bid rule, Clas Bergstrom, Peter Hogfeldt and Johan Molin, *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol.13, # 2 (October 1997).

⁶ Securities Exchange Act of 1934 (As amended by P.L. 112-90, approved on January 3, 2012).

⁷ Williams Act, adopted in 1968 and its name derives from its initiator – Senator Williams ; it is incorporated in the Securities Exchange Act.

⁸ Takeover Law in the EU and Germany - Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in: P. L. Reddy (Hg.), *Corporate Takeovers: Emerging Global Trends*, Amicus Books, Hyderabad 2008, 85 - 103.

⁹ City Code on Takeovers and Mergers.

¹⁰ Here and later, public company shall mean the company, shares of which are being publicly sold; pursuant to the Georgian legislation, the public company equivalent would be “an accountable company”.

¹¹ Takeover Law in the EU and Germany - Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in: P. L. Reddy (Hg.), *Corporate Takeovers: Emerging Global Trends*, Amicus Books, Hyderabad 2008, 85 - 103.

¹² Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen (WpÜG), Law of 20 December 2001, Federal Gazette I (2001).

¹³ Takeover Law in the EU and Germany – Comparative Analysis of a Regulatory Model, PD Dr. Harald Baum in: P.L. Reddy (hg) *Corporate Takeovers: Emerging Global Trends*, Amicus Books, Hyderabad 2008, 85-103.

¹⁴ Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Takeover Bids, OJ of 30. 4. 2004 No. L 142, 12.

¹⁵ Paragraph 9 of the preamble of the Directive.

ment with persons acting in alliance with such a person, directly or indirectly acquires certain percentage of the voting capital, allowing for takeover of the company”¹⁶. The directive specifies that the bidding offer obligation does not arise if shares with no voting power are purchased; however, the mandatory bidding offer may apply to both with or without voting power securities¹⁷.

The EU member-states had to align their domestic legislations in conformity with EU Directive by May 20, 2006. Monitoring of the process was performed in 2007 by the special Commission created specifically for this reason. The Commission looked at whether rules, including mandatory bid, were introduced by member-states in their domestic legislations.

Under the Opinion of the Commission, all member states of the European Union maintain the principle of mandatory bid. However, preconditions for origination and thresholds for major stock of shares, when the law or a special controlling authority can exempt the buyer from this obligation, and cases involving mandatory bid differ from country to country¹⁸.

In Austria, Germany, Belgium, Italy, Cyprus, Finland, Ireland, Holland, Spain, Sweden and Great Britain, the obligation shall arise for a person or a group of persons acquiring 30% of the voting capital. This threshold is set at 33.3% in France, Luxemburg and Slovakia, and in Czech Republic, whereas in Lithuania it amounts to 40%. The lowest threshold is recorded in Hungary and Slovenia (25% only) and the highest is established in Poland at 66%. In most cases, in addition to the acquisition of a certain percentage of stock of shares, actual takeover of an enterprise is considered to be one of the preconditions for the imposition of the obligation of mandatory bidding offers. It implies that even if the person had not purchased major stock of shares, the mandatory bid obligation may arise if he/she directly or indirectly controls the company¹⁹.

In addition, legislation of all countries envisages exceptions where the precondition for the imposition of the mandatory bidding offer formally exists, but due to certain circumstances, the law itself or the controlling authority exempts the person or group of persons from the obligation. For instance, in Austria, an exception is allowed if despite the acquisition of the major stock of shares, the person in question does not exercise actual control over the entity. In Denmark, a person is exempt from the obligation of the mandatory bidding offer if he/she inherits the major stock of shares or receives it as a gift²⁰.

IV. Georgian Legislation and Practice

As mentioned in the introduction, mandatory bidding offer was first provided under the Georgian legislation on June 24, 2005, after the introduction of amendments to the Law of Georgia “On Entrepreneurs”. This law was complemented with the concepts of mandatory bidding offer and mandatory acquisition of shares²¹. Before that, as of 1998, the Law of Georgia “On Securities Market” envisaged the acquisition of securities of an accountable company²² by means of a voluntary bidding offer, under the principles of publicity and transparency, in cases where more than 10% of a company’s shares were to be purchased²³.

The initial wording of provision on mandatory bidding offer reads as follows: “If a shareholder or a group of shareholders by consent („Buyer“ for purposes of this article) acquires a package of shares, and as a result takes over more than ½ of voting shares of the entity in question, he/she shall make a bidding offer within 45 days as prescribed by the Law of Georgia On Securities Market to all remaining shareholders with a fair price, or bring down the acquisition of the number of shares below the established threshold in the same period of time”. In addition, it was determined that this requirement shall apply if: 1) during the period of validity of the article in question, the buyer possessed more than ½ of the voting shares of the company, and if 2) more than ½ of shares came into possession of the buyer by means of the bidding offer as prescribed by the Law of Georgia On Securities Market and the offer suggested fair price to all other shareholders²⁴. Fair price should have been set by an independent expert or a brokerage company and it should have not been less than the highest price paid by the buyer within last 12 months during the takeover process. Part III of the article established that before the completion of the bidding offer, the buyer should have not been authorized to use more than 50% of votes in his/her possession at the General Assembly of shareholders.

Since the year 2005, the above mentioned article was amended thrice. Those amendments were technical changes, and contained several meaningful changes, namely:

1. Unlike the first edition, which envisaged the obligation of acquiring only voting shares, the current provision obliges the buyer to buy out all shares of the joint-stock company, i.e. regular as well as privileged shares without the right to vote;
2. If the 2005 law envisaged that in case of failure to comply with bidding offer obligation, the buyer of the

¹⁶ Article 5 of the Directive.

¹⁷ Paragraph 11 of the preamble of the Directive.

¹⁸ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission staff working document, Brussels, 21.02.2007 SEC(2007)268.

¹⁹ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission Staff working document, Brussels, 21.02.2007 SEC(2007)268, Annex 2.

²⁰ Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids, Commission Staff working document, Brussels, 21.02.2007 SEC(2007)268, Annex 3.

²¹ Article 53^d of the Law On Entrepreneurs.

²² “Legal entity created in accordance with the Law on Entrepreneurs of Georgia, whose shares (except fully covered loan securities) were placed by means of the public offer and/or admitted to the stock-exchange for trade”. Article 9 of the Law of Georgia “On Securities Market”.

²³ Article 15 of the Law of Georgia on Securities Market.

²⁴ Law of Georgia On Entrepreneurs on amendments and additions to the law, paragraph 14, June 24, 2005, # 1781-RS.

majority stock should have brought the number of shares below the “relevant” threshold, 51% as it was formulated and logically interpreted, the new version of the law says that the number (amount) of shares shall be brought below 50% of shares;

3. Amendments of 2007 added another article with the condition that if a person holds shares in favour of a person or persons for the purpose of issuing the international depositary agreement, then the obligation of mandatory bidding offer shall not arise, which “in such a case introduced an issue of direct or indirect control over shares with the right to vote;”²⁵
4. The term “Fair price” has been replaced with the term “offered buy-out price”, which shall not be less than the highest price paid by the buyer in the last 6 months of the takeover process for the share of that class, which means that the 12 months period was reduced by half.

As you would notice, the Georgian legislation generally shares the principles adopted by the international community. However, there is one very important difference, which cannot be found in any legislation of any other country mentioned in paragraph 3 of this article. The Georgian legislation envisages that mandatory bidding offer shall apply to all types of joint-stock companies whereas legislations of European countries as well as the abovementioned EU Directive apply to only those companies’ securities which are being traded publicly, at the stock-exchange or other regulated markets. It shall be noted that the experts group created by the EU Commission, based on the recommendations of which the abovementioned Directive was created, specifically reviews these issues in its report and notes the following: “we have discussed application of these rules²⁶ with regard to closed companies. Despite the fact that generally it shall be possible to apply the rules onto them, since there may not be another opportunity for minority shareholders to withdraw, at this stage we refrain from providing such a recommendation until further research of the matter. Until such rules apply to closed companies, it is necessary to explore further the mechanisms for withdrawal of shareholders from such companies”²⁷.

In our opinion, the abovementioned difference contradicts not only the international experience, but causes certain controversies and inconvenience in the domestic legislation and practice. Why is it so?

The Law on Entrepreneurs regulates a legal regime of entrepreneurial entities, their registration, structure, activities, etc. Naturally, issuance and trade of securities fall

within the scope of enterprises. However, the law regulating this process is now divided into two parts: public offer of securities and exchange of the same is regulated by the Law of Georgia on Securities Market;²⁸ and other relationships with no public features and unregulated by any special acts remain subject to the Law on Entrepreneurs and the Civil Code of Georgia. Such division would not be very visible in practice if all registered Georgian joint-stock companies traded publicly, as it generally happens in all developed countries. However, in Georgia we still find the so-called closed enterprises, shares of which are exchanged within the narrow circle of shareholders or may be transferred to a specific third person as a result of a private transaction²⁹. Thus, the difference becomes more noticeable at the practical level, if the Law on Securities regulates public exchange of securities and the controlling authority – National Bank of Georgia – oversees and controls the process, where closed enterprises are excluded in all other instances, by force of mandatory bidding offer, the latter falls under such supervision and control³⁰. Going under the regulatory process as explained above may become quite hard and even a risky burden for a closed type of entity as public exchange of stocks bears a lot of different features and subject to a number of different material and formal obligations before the controlling authority. Partners and governors of such companies, which have never been subjected to such obligations throughout their existence, may not even know anything about this process. However, the legislation applies quite rigid sanctions³¹ for the violation of the mandatory bidding offer rules only to accountable entities, i.e. to entities issuing public securities and not to closed type entities.

While writing this article, we tried to identify how many times the mandatory bidding offer provision is used in Georgia. Towards that end, we have addressed the National Bank of Georgia asking how many bidding offers were made till date since 2005 by accountable and non-accountable entities. Unfortunately, we could not get any answer to that question from the letter received from the National Bank of Georgia, which stated, “Information on mandatory bidding offers received from entities is not subject to separate accounting and statistical reports”. In addition, the Bank explained that it stores and maintains archives on reports and applications/statements received from the entities; however, the archive does not

²⁵ Mandatory bidding offer, mandatory sale of shares: abuse of rights granted by the share or the necessary precondition for the capital market growth?!” Irakli Burduli, Law Journal “Justice” 2007, # 2, pages 10-39.

²⁶ The mandatory bidding offer is meant here.

²⁷ Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, Brussels, 4 November 2002.

²⁸ Paragraph 4, article 1 of the Law on Securities Market.

²⁹ Division of companies into “open type” and “closed type” exists only in practice, but the legislation does not contain any such definitions.

³⁰ Since the article on mandatory bidding offer directly regulates the bidding offer determined by the Law of Georgia on Securities Market, it seems that in such a case purchase of shares by closed type JSCs, non-accountable entities shall take place based on provisions regulating public exchange stocks/securities.

³¹ “Violation of mandatory bidding offer leads to a fine of GEL 5000” – Order # 35/04 from February 14, 2012 of the President of the National Bank “On Approval of Rules for Determination, imposition and enforcement of monetary fines for violation of the Law of Georgia on Securities”.

envisage separation of presented documents based on bidding offers³².

We have addressed the securities registrars for help, since, according to the law, dissemination of information among the shareholders about the mandatory bidding offer, together with other subjects, is a responsibility of registrars as well³³. Pursuant to the Law on Entrepreneurs, a joint-stock company with more than 50 shareholders shall maintain the shares registry by means of an independent registrar; and in case of the company with less than 50 shareholders, the company registry may be maintained by an independent registrar or by the company itself³⁴. Currently only three licensed independent registrars function in Georgia. One of them refused to furnish the information³⁵, and the other two registrars provided the following information:

1. According to the data of "Capital Registry" LLC³⁶, mandatory bidding offers were made only twice by those companies, the securities registry of which was done by Capital Registry since 2001 till today. The first was made by an accountable entity, and the other case was related to a non-accountable entity.
2. "United Registrar of Securities of Georgia" JSC³⁷, which currently serves more than 400 companies, tells that it had four mandatory bidding offers made by its clients, of which two were accountable entities, and two were non-accountable. From the information of the Registrar, in all other cases the votes were bought under the threshold of 50%.

Since, according to the law in force, a mandatory bidding offer shall be published in a newspaper that is circulated throughout the territory of the country³⁸, one more source of information is a public application to those newspapers for mandatory bidding offers. Electronic archive of the "Sakartvelos Sakanonmdblo Matsne" (Legislative Bulletin)

³² Letter of the National Bank of Georgia # 2-14/928-12, 16.03.2012

³³ Order # 20/01 of the President of the National Bank of Georgia from February 22, 2010: "Approval of Rules for determination of registering date of ownership right to public securities, possession by record, determination of authorities based on ownership and origination, change and termination procedures for ownership right to public securities", article 12, paragraph 5.

³⁴ Article 51.3 of the Law on Entrepreneurs.

³⁵ Motive for refusal was that information kept by the registrar is confidential; we consider it as an unreasonable motive as mandatory bidding offers serve the purpose of publicity and transparency, therefore this kind of information is public and shall be accessible for anyone.

³⁶ "Capital Registry" LLC, ID code: 204958956, Registration date: 29/12/2000, holds the license of the independent registrar from May 28, 2001 (before this article was published, the license of Capital Registry was annulled by National Bank of Georgia).

³⁷ "United Registrar of Securities of Georgia" JSC; ID code: 205156374, established on February 1, 2007 by three leading registrars "Company-Centre" LLC, "ICT Delameny" LLC and "Registry-Centre" LLC (before this article was published, the license of Capital Registry was annulled by National Bank of Georgia).

³⁸ Order # 20/01 of the President of the National Bank of Georgia from February 22, 2010: "Approval of Rules for determination of registering date of ownership right to public securities, possession by record, determination of authorities based on ownership and origination, change and termination procedures for ownership right to public securities", article 12, paragraph 1.

contains four such announcements, of which three are made in 2011 by a natural person (with the purpose of acquisition of shares of the JSC "Gorgasali", JSC "Dezebiani Mamlebi", and JSC "Mukhiani"), and the fourth was made in 2010 by a natural person as well (with the purpose of acquisition of shares of the JSC "Junona"³⁹). Two of those mandatory bidding offers (JSC "Dezebiani Mamlebi" and the JSC Mukhiani" securities) are registered by the United Securities Registrar. Thus, ultimately, information obtained by us relates to a total of 8 mandatory bidding offers. Surely, there would be other instances in practice. But, due to the complex nature of the provision, and the small scale of the securities market of Georgia, we assume that there would not be many instances of mandatory bidding offer.

V. Mandatory Bidding Offer and Rights of Shareholders

In reviewing the mandatory bidding offer, we think that the most interesting issue is whether the mandatory bidding offer institution really serves its legitimate purpose of protecting minority shareholders.

As noted in the part II, the concept of the mandatory bidding offer was created initially as means for protecting the rights of shareholders and providing equal and fair conditions for all shareholders. Today, many experts and lawyers view this institution from that perspective only and they believe that mandatory bidding offer is necessary for protecting the rights of minority shareholders. Some authors say that this provision balances the institution of mandatory sale of shares, and that it represents the right of the state to regulate minority and majority shareholders' interests for the purpose of effective development of joint-stock companies and creating favourable climate for investment⁴⁰. However, there are other opinions as well.

Irakli Burduli, Professor at the Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, opines that mandatory bidding offers compulsory ground for contracting obligation and this provision could be easily appealed to the Constitutional Court. "We can imagine that the constitutional right of a person is infringed by the fact that the law (even when a deal that is not in the interest of a person concerned) obliges that person to enter into an agreement to purchase shares. Thus, we can conclude that the buyer will face only financial losses, and, therefore, it is possible to view it as a violation of the constitutional right to inviolability of ownership"⁴¹.

Indeed, if we imagine ourselves in the place of a shareholder who is willing to purchase, say, only 51% of shares of a company, we will realize that mandatory bidding of-

³⁹ LEPL "Sakartvelos Sakanonmdelo Matsne", <https://matsne.gov.ge>

⁴⁰ Corporate Law, K. Kokrashvili, Tbilisi, 2010.

⁴¹ "Mandatory Bidding Offer, mandatory sale of shares: abuse of rights granted by the stock or necessary precondition for the capital market development?!", Irakli Burduli, Law Journal "Martmsajuleba", 2007, # 2, page 28.

fer represents a rigid restriction. Imagine a situation like this: a small joint-stock company has three shareholders, of which two hold 40% of shares each, and the third one holds 20% only. The latter decides to withdraw from the company and offers his shares to the other two shareholders. One of them has enough financial means to acquire those shares and increase his/her capital to 60%. However, according to the law, if he/she buys those shares, the obligation of offering the other shareholder to buy out 40% will automatically arise, but the potential acquirer does not have sufficient funds to do so. So, it turns out that he/she has to refrain from the acquisition. Therefore, it is true that the mandatory bidding offer does not directly prohibit the shareholder from acquiring the right to ownership of shares, but imposes a condition, which discourages him or her from performing such an acquisition.

In addition, in the opinion of other authors, mandatory bid is not advisable from the economic perspective either, since it does not facilitate the creation of favourable investment climate, but rather hinders it⁴². Based on the fact that mandatory bidding offer doubles an investor's expenditure, the chances are that he/she may drop the idea of acquiring major stock of shares in order to avoid formal liabilities and financial losses; and he/she may refuse to invest, which, for the enterprise would mean loss of income. Logically, mandatory bidding offer does not facilitate development of the securities market either, since stakeholders are very careful in buying major shares in both closed type (In case of Georgia) and open type companies. Another fact that shall be considered is that the smaller the share of a shareholder in a company's capital is, the less interest he/she has in developing the enterprise and increasing the company's liquidity.

VI. Conclusion

The study of the concept of mandatory bid rule allows us to conclude that it is widespread in the world, and perceived as a mechanism for protecting the rights of minority shareholders in the process of a takeover. It provides all shareholders of the company – despite the number of their shares - with an equal opportunity to receive fair compensation for their shares and withdraw from the company if the company is overtaken by one or several persons acting together.

At the same time, this obligation increases costs for majority shareholders and subjects investments to rigid control, which raises question about the restriction of the ownership right as well as the facilitation of an investment friendly climate. In this regard, it would be interesting to learn the experiences of countries, which, despite impressive history and scale of stock markets, do not contain

provisions for mandatory bidding offer, and regulate relationships between shareholders by means of different procedures (E.g. USA and Japan).

Georgian legislation mostly repeats the model of mandatory bidding offers introduced in the majority of European countries. However, in difference with the latter, it applies such obligations not only to the shares of public companies, but to closed entities' shares as well. We believe that it is not rational, for this obligation may become an unreasonable and risky burden for shareholders and hinder profitable transactions of small and medium entities. Reality of Georgia is that this provision is rarely used, which could probably be attributed to the controversial nature of the institution, procedural complexity for practical application, and to the limited vigilance of Georgian companies in securities market. We believe that it is necessary to conduct thorough research in order to determine the necessity of the institution in general, and, in particular, to the existing form in the Georgian legislation. We need to study whether it practically serves the purpose of protecting the rights of shareholders and improvement of the investment climate, or, whether hinders it.

⁴² An assessment of the mandatory tender offer rule: the Colombian Case, Michael Scott, "Rogelio de la Guardia" 2010.

CASE LAW REVIEW

Norbert Bernsdorff¹

Report on the Court Practice of the European Court of Human Rights regarding Individual Complaints against Armenia, Azerbaijan and Georgia in 2011 (for the Period 1 January 2011 to 31 December 2011)

This report follows on from the report in the second edition of the South Caucasus Law Journal (N 02/2011; reporting period 1 September 2009 – 31 December 2010). Its objective is to give a brief overview of court verdicts of the European Court of Human Rights (ECtHR) delivered over 1 January 2011 – 31 December 2011 in conjunction with alleged violations of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by the member countries of Armenia, Azerbaijan and Georgia. Only those court verdicts related to individual complaints that were accepted for review concerning a violation of one of the articles of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or one of its Protocols are detailed below. ECtHR verdicts that considered individual complaints inadmissible will not be discussed nor will cases that were struck off the ECtHR list. Decisions of the ECtHR can be found on the following website www.echr.coe.int/-case-law-hudoc in English and French.

For comparison, during the reporting period, the ECtHR delivered 53 verdicts relating to Germany, of which 29 were on dispute resolution, 31 verdicts relating to France of which 22 were on dispute resolution, and 68 verdicts relating to Great Britain, of which 13 were on dispute resolution.

1. Cases concerning Armenia

For the reporting period, the European Court of Human Rights (ECtHR) determined violation of the Convention by **Armenian** authorities in three cases. In nine cases the court considered complaints as inadmissible or struck the cases off the list (Application Nos. 19940/05, 23566/05,

10446/05, 43242/05, 3309/06, 33110/06, 44769/08, 44837/08 and 13234/09).

The cases mainly concerned Article 1 of Protocol No.1 of the Convention (protection of property), Article 9 (right to freedom of religion) and paragraphs 1 and 3 of Article 5 (not brought before a judge) as well as paragraph 4 of Article 5 (refusal to examine the applicant's appeal).

CASE OF BOYAJYAN v. ARMENIA (Judgment of 22 March 2011, application No 38003/04)

The 76 year-old applicant, an Armenian citizen who lives in Yerevan, appealed to the court based on paragraph 1 of Article 6 (access to court); in the period 1970-1990 the applicant had made various deposits with the Armenian branch of the USSR Savings Bank but was never compensated and complained that she had been denied access to court.

The European Court of Human Rights found no violation of paragraph 1 of Article 6 of the Convention (verdict of the Chamber session).

CASE OF MINASYAN AND SEMERJYAN v. ARMENIA (Judgment of 7 June 2011, application No 27651/05)

The Armenian applicants – mother and daughter – live in Los Angeles. Ms. Minasyan owned a flat in an apartment building in Yerevan, situated on a plot of land belonging to the State. Ms. Semerjyan was a tenant. After negotiations on the sale of the property failed in December 2004, one private company achieved forced expropriation, after which the flat was destroyed. New state construction projects replaced the old buildings. These actions were taken with the consent of Armenian courts.

In its Chamber judgment on the lead case (there are 15 similar cases), the ECtHR concluded that there had been a violation of Article 1 of Protocol No.1 because the applicants had been deprived of their flat without a lawful basis. In particular, the expropriation process had been governed by a number of Government decrees and not by a statute adopted by Parliament, as required by the Armenian Constitution. Thus the Court ruled that Armenia must pay EUR 8 000 to the applicants (jointly) in pecuniary damages. It further decided that Armenia was to pay EUR 2 000 to each of them in non-pecuniary damages.

¹ Doctor of Law, Judge of the Federal Court of Germany on Social Issues in the city of Kassel, Germany (the above court is the third instance court of disputes on social issues); Head of the Editorial Board of this Journal.

CASE OF BAYATYAN v. ARMENIA
(Judgment of 7 July 2011, application No 23459/03)

The applicant, Mr. Bayatyan, an Armenian citizen and Jehovah's Witness, was declared fit for military service when he was 18 years' old and was eligible for the spring (May) draft of 2001. However, due to his beliefs as a Jehovah's Witness, he refused to enter military service but declared that he was prepared to carry out alternative civilian service. On 1 August 2001, criminal proceedings under Article 75 of the Criminal Code were brought against Mr. Bayatyan for draft evasion and he was sentenced to two-and-a-half years in prison. In July 2003, he was released on parole, having served about ten-and-a-half months of his sentence. The Armenian Alternative Service Act, which provides for alternative civilian service for conscientious objectors, was passed and entered into force on 17 December 2003.

Initially, one of the ECtHR chambers, in its judgment of 27 October 2009, had found no facts to constitute a violation of Article 9 (right to freedom of religion) of the Convention. Later, however, the Grand Chamber, in its judgment of 7 July 2011, ruled that there had in fact been a violation of the Convention. It reiterated that the Convention was a living instrument that must be interpreted in the light of prevailing conditions and ideas in democratic States and noted that almost all member States which ever had or still have compulsory military service had introduced laws at various points in order to recognize and implement the right to conscientious objection. Thus, the Court held that Armenia must pay Mr. Bayatyan EUR 10 000 in compensation.

CASE OF HOVHANNISYAN AND SHIROYAN v. ARMENIA
(Judgment of 15 November 2011, application No 5065/06)

Based on Article 1 of Protocol No. 1 (right to property) to the European Convention on Human Rights, Armenian applicants complained about the State's expropriation of their land plots/houses in Yerevan to carry out construction projects. In its principal judgment, delivered on 20 July 2010, the Court held that the deprivation of the applicants' property was at variance with the principle of lawfulness and that there had accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1. In its judgment of 15 November 2011, the Court ruled that just recompense be made and awarded the applicants EUR 12 500 in pecuniary damages and EUR 6 500 in non-pecuniary damages.

CASE OF POGHOSYAN v. ARMENIA
(Judgment of 20 December 2011, application No 44068/07)

The 30 year-old applicant, an Armenian national living in Yerevan, lodged a number of complaints about his detention following his arrest in April 2007 on fraud and burglary charges. He alleged that he was not immediately brought before a judge, that part of his ensuing pre-trial detention in the period of 13 June 2007 – 2 February 2008 was unlawful and that one of his appeals against his detention was not examined.

At its Chamber session, the ECtHR determined that paragraph 1 of Article 5, paragraph 3 of Article 5 (not brought before a judge) and paragraph 4 of Article 5 (refusal to examine the applicants appeal) of the Convention had been violated; it awarded the applicant compensation of EUR 10 000.

2. Cases concerning Azerbaijan

For the reporting period, the European Court of Human Rights (ECtHR) determined violation of the Convention by **Azerbaijani** authorities in nine cases. In one case the court considered the complaint to be inadmissible (Application No 25512/06), while seven other cases were struck off the list (Application Nos. 50430/06, 37892/08, 29676/07, 35559/05, 37509/09, 53805/07 and 49243/10).

The cases concerned violations of Article 1 of Protocol No.1 of the Convention (protection of property), Article 3 of Protocol No.1 (right to free election), paragraph 3 of Article 5 (duration of detention) and paragraph 4 of Article 5 (hearing in person), paragraph 1 of Article 6 (right to a fair trial; right to a fair hearing), paragraph 2 of Article 6 (presumption of innocence) and paragraph 3 of Article 6 (right to adequate time and facilities for preparation of defense; right to legal assistance of own choosing; right to obtain attendance and examination of witness).

CASE OF SOLTANOV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 13 January 2011, applications No 41177/08, 41224/08, 41226/08, 41245/08, 41393/08, 41408/08, 41688/08, 41690/08 and 43635/08)

The applicants were ten Azerbaijani nationals, holding vouchers for flats currently occupied by internally-displaced families from regions under the control of Armenian military forces since the Nagorno-Karabakh conflict. The applicants complained that domestic court judgments ordering the occupants' eviction had not been enforced.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that paragraph 1 of Article 6 (fairness) of the Convention and Article 1 of Protocol No.1 of the Convention (protection of property) had been violated; it awarded the appli-

cants EUR 2 500 and 7 000 in pecuniary damages as well as another EUR 1 200 and 3 000 in non-pecuniary damages.

CASE OF PIRALI ORUJOV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 3 February 2011, application No
8460/07)

The 53 year-old applicant, an Azerbaijani national living in Baku, complained about the unfairness of criminal proceedings brought against him in June 2005 on charges of attempted deliberate destruction of property. Particularly, he objected to not being summoned to the hearing of his cassation appeal.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that paragraph 1 of Article 6 (fairness; right to a fair trial) of the Convention has been violated and awarded compensation of EUR 3 000.

CASE OF AKHUNDOV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 3 February 2011, application No
39941/07)

The applicant complained about the failure to enforce a judgment in his favor with regard to his unlawful dismissal and salary arrears.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that paragraph 1 of Article 6 of the Convention (right to a fair hearing) and Article 1 of Protocol No.1 of the Convention (protection of property) had been violated.

CASE OF HUSEYN AND OTHERS v. AZERBAIJAN
(Judgment of 26 July 2011, applications No
35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05)

The applicants, four Azerbaijani nationals born in the period 1957-1966 and living in Baku, were prominent political activists for the opposition and had supported the main opposition candidate Isar Gambar in the presidential elections of 2003. When Mr. Gambar lost the elections (on 15 October 2003), a group of opposition supporters called a demonstration in Baku that evening. According to official reports, demonstrators damaged cars, buildings and other public property, and were incited to violence by leaders of the opposition. According to demonstrators' reports, the police used excessive force indiscriminately against anyone in the area. Several hundred people were arrested during those events and during the following days, including the four applicants. The applicants complained that after their arrest they had been repeatedly ill-treated in a detention facility and some of them had not been allowed access to a lawyer for several days. The applicants were charged with "organizing public disorder" and "use of violence against State officials" under the Criminal Code and on October 2004 were convicted as charged. Two of them

were sentenced to four years and six months' imprisonment; the other two were sentenced to five years' imprisonment. The judgment was upheld by the court of appeal and, in March 2005, by the Supreme Court. In the same month, all four of them were released from prison, following a presidential pardon decree.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that the Convention had been violated in regard to Article 6-1 and Articles 6-3 b, 6-3c and 6-3d (right to a fair trial; right to adequate time and facilities for preparation of defense; right to obtain attendance and examination of witness) as well as Article 6-2 (presumption of innocence). The Court held that Azerbaijan was to pay each applicant EUR 10 000 in non-pecuniary damages.

CASE OF ORUJOV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 26 July 2011, application No 4508/06)

The 54 year-old applicant, an Azerbaijani national living in Baku, applied for registration as an independent candidate in the November 2005 Parliamentary Elections. The electoral commission in charge of his electoral district in Baku registered him as a candidate in August 2005; however, in October that year the district police informed the electoral commission that Mr. Orujov was privately funding certain urban improvement works, particularly repairing public recreation facilities for children, in some public areas of his electoral district, allegedly to win residents' votes – a practice that breaches the requirements of electoral law. Consequently, by the Court decision of 29 October 2005 and the Electoral Committee's enforcement, the applicant was disqualified as a candidate. In November 2005 the Supreme Court endorsed this decision.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that the administrative procedure, court examination and the lack of evidence on a breach of the requirements of electoral law constituted a violation of the passive electoral right according to Article 3 of Protocol No.1 (right to free election) of the Convention. The Court held that Azerbaijan was to pay Mr Orujov 7,500 Euros in non-pecuniary damages.

CASE OF MAMMAD MAMMADOV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 11 October 2011, application No
38073/06)

The applicant, an Azerbaijani national born in 1983, is currently serving a life sentence in Gobustan Prison (Baku). Trained by Chechen militants to participate in insurgent operations against Russian forces, in April 2004 the Azerbaijani authorities found him guilty of premeditated murder, firearms smuggling and creation of an illegal armed group. An appeal hearing on his case had been heard in his absence.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that paragraph 1 of Article 6 (fairness) had been violated and set compensation in the amount of EUR 4 800.

CASE OF NATIG MIRZAYEV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 22 November 2011, application No
36122/06)

The applicant, a stateless person born in 1971, is currently serving a life sentence in Gobustan Prison (Baku) for murder and theft, among other offences. He complained about the harsh conditions of his detention that resulted in him contracting tuberculosis and the ensuing lack of adequate medical care. He also complained about the unfairness of the proceedings he had brought against the prison authorities since the hearing had been held in his absence.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that paragraph 1 of Article 6 (right to a fair trial) had been violated and awarded compensation of EUR 1 500 in non-pecuniary damages.

CASE OF ZAHID MAMMADOV AND OTHERS v.
AZERBAIJAN
(Judgment of 6 December 2011, applications No
3172/08, 42347/08, 454/09, 2772/09 and 32585/09)

The case concerned the applicants' complaints about the non-enforcement of judgments in their favor that ordered internally displaced persons from regions under the control of Armenian military forces to be evicted from flats over which they had either ownership or tenancy rights.

The ECtHR determined that paragraph 1 of Article 6 and Article 1 of Protocol No.1 (protection of property) had been violated.

CASE OF RAFIG ALIYEV v. AZERBAIJAN
(Judgment of 6 December 2011, application No
45875/06)

The 44 year-old applicant, an Azerbaijani citizen living in Baku, was the chief executive officer of various subsidiaries of one of Azerbaijan's largest private companies, Azpetrol. Mr Aliyev was arrested at Baku International Airport on 19 October 2005 on suspicion of carrying 30 000 undeclared US dollars. The following day a judge ordered his detention. Subsequently, several other criminal charges were brought against him, including charges for embezzlement, tax evasion and smuggling of large quantities of petroleum, as well as for organizing massive unrest and a *coup d'état* after the November 2005 Parliamentary Elections. On the day of Mr Aliyev's arrest, his brothers were also arrested on suspicion of organizing a *coup d'état*, including Farhad Aliyev, who was the Finance Minister at that time.

On the day of his arrest, officials from the Ministry of Taxes and the Ministry of National Security seized large sums of money from his company's cash register and many valuable personal and family items from his home. Later, following Mr Rafig Aliyev's arrest, two press releases

were issued on behalf of the Prosecutor General and the Ministers for National Security and Internal Affairs, officially informing people about the arrest and the charges being brought against several well-known current and former State-officials. Those press releases provided a summary of the evidence gathered on the alleged plan to forcibly seize power.

The applicant's pre-trial detention was extended repeatedly. On 8 June 2006, the court attached a great number of shares owned by Mr Aliyev in the Bank of Baku at the request of the prosecutor. At the time of delivery of the attachment order, the applicant had not yet been charged with the alleged offences. Mr Rafig Aliyev was convicted in October 2007 on most counts and sentenced to nine years' imprisonment. He alleged that his arrest, detention and conviction were part of a campaign of persecution against him and his family following the arrest of his ex-Minister brother on charges of organizing a *coup d'état*.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that the length of pre-trial detention (two years and 6 months) violated paragraph 3 of Article 5, that hearing the case in the absence of the applicant violated paragraph 5 of Article 5, and that the attachment of a great number of shares violated Article 1 of Protocol No.1. The Court held that Azerbaijan must pay Mr Aliyev EUR 7 000 in non-pecuniary damages.

3. Cases concerning Georgia

For the reporting period, the European Court of Human Rights (ECtHR) determined violation of the Convention by **Georgian** authorities in six cases. Nine cases were struck off the list (Application Nos. 65063/09, 34361/10, 7791/08, 65103/10, 63856/10, 6439/10, 14929/09, 47551/09, 2225/08 and 50613/06).

The cases mainly concerned violations of Article 2 (right to life), Article 34 (individual applications), and Article 38 (authorities' obligation to cooperate with the Court) of the Convention.

CASE OF TSINTSABADZE v. GEORGIA
(Judgment of 15 February 2011, application No
35403/06)

The applicant, a Georgian citizen, is the mother of a prisoner who died in Khoni Prison in September 2005. While serving a three-year sentence for resisting police officers, he was discovered hanged in the prison storeroom. Investigations – an inspection of the scene of the death, an autopsy and an examination of witnesses – showed, according to the authority's reports, that the prisoner had most likely committed suicide for personal reasons. The applicant consistently rejected such claims before the domestic authorities, arguing that he may have been mur-

dered and that the Khoni prison authorities were covering it up. She informed the investigator that her son had been anxious about payments that he was being forced to make to the prison's "kitty", an obligatory "tax" for all prisoners racketeered by the makrebelis in collusion with the prison administration. She alleged that part of the "kitty" was paid to the administration in return for certain favors. In November 2005, the criminal proceedings brought against an unknown person or persons for driving Zurab Tsintsabadze to commit suicide were dismissed by the prosecuting authorities due to lack of evidence. Oral statements made in April 2006 by one specific prisoner of the Khoni prison about the committed crime were not presented in a written statement.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that the investigation into the death of Ms. Tsintsabadze's son had not been independent, objective or effective and thus constituted a violation of Article 2. Indeed, it noted that the probability of the reason for death being suicide was no higher than it being homicide. The Court held that Georgia was to pay the applicant EUR 15 000 in non-pecuniary damages.

CASE OF ENUKIDZE AND GIRGLIANI v. GEORGIA
(Judgment of 26 April 2011, application No 25091/07)

The applicants, Georgian nationals, are the parents of a 28-old man who died on 28 January 2006. That day he went with a male friend to the Café Chardin, apparently to see a lady he was courting at the time. She happened to be sitting at a table together with a number of officials from the Ministry of Interior. Mr S. Girgvlani spoke to his lady friend expressing displeasure to see her in the company of unknown men and agreed with her that she would join him later that evening. However, after leaving the café both men were forcefully pushed into silver Mercedes and driven away to a cemetery outside Tbilisi, where the son of the applicants was killed by knife cuts to his throat (his male friend escaped alive). As a result of investigations carried out by the Ministry of Interior and Prosecutor's Office, four officials were arrested and found guilty of all but one of the charges; they were sentenced to seven-and-a-half years' imprisonment and six and a half years in prison. Later, following a presidential pardon, their outstanding sentences were reduced and they were released on parole.

The ECtHR determined that the murder by state officials and the lack of an effective official investigation into the case was a violation of Article 2 of the Convention (right to life). In addition, the Court ruled that in regards to this violation, the Ministry of Interior, the Prosecutor's Office and the national courts (including the President of Georgia) had all conspired to prevent

justice from being done. The Court also determined that Article 38 (authorities' obligation to cooperate with the Court) of the Convention had been violated. The Court held that Georgia was to pay the applicants EUR 50 000 in non-pecuniary damages.

CASE OF GOGINASHVILI v. GEORGIA
(Judgment of 4 October 2011, application No 47729/08)

The applicant, a Georgian national born in 1960 and living in Tbilisi, was a former police officer, arrested on 21 May 2006 on suspicion of smuggling drugs into Georgia. Convicted of drug trafficking in January 2007, he was sentenced to 21 years' imprisonment from the day of his arrest. According to Mr. Goginashvili's medical file, he suffers from a number of serious chronic disorders, including renal failure and hepatitis, dating back to before his detention. In October 2008, at the applicant's request, the ECtHR instructed the Georgian Government, as an interim measure, to place him in a medical establishment that was capable of providing treatment for his various health problems. Consequently, the Government transferred the applicant first to a prison where he could have a comprehensive medical examination. He was prescribed medication and was then regularly examined by various specialists from civilian hospitals who prescribed specific treatment that the prison doctor supervised on a daily basis.

At its Chamber session, the ECtHR ruled that Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment) had been violated.

CASE OF MAKHARADZE AND SIKHARULIDZE v. GEORGIA
(Judgment of 22 November 2011, application No 35254/07)

The applicants were a married couple, Georgian nationals. After the initial application, however, Mr. Makharadze died in the prison hospital (January 2009); his wife pursued the proceedings on his behalf and in her own name.

Mr. Makharadze was arrested in March 2006 on suspicion of possessing drugs and placed in detention pending trial. In July 2006, Mr Makharadze was convicted as charged and sentenced to seven years in prison. Having been diagnosed with multi-drug resistant tuberculosis, which he had contracted while in detention, Mr. Makharadze requested that his prison sentence be suspended on the grounds of his health and the fact that he was not being provided with effective anti-tuberculosis drugs in prison. He continued his request with two subsequent hunger strikes. In November 2008, the ECtHR, partly granting a request by Mr. Makharadze, indicated to Georgia under Rule 39 (interim measures) of its Rules of Court that he should be transferred to a specialized hospital that was

capable of dispensing the appropriate anti-tuberculosis treatment. The Government refused, considering such a measure unnecessary.

The ECtHR ruled that the Georgian Government violated Article 2 of the Convention (right to life) since it did not adequately protect the life and health of the applicant Makharadze while in prison, particularly by choosing not to transfer him to a specialized medical establishment capable of providing the appropriate anti-tuberculosis treatment. In addition, the Court determined that Article 34 of the Convention (individual complaints) had been violated. The Court held that Georgia must pay Mrs. Makharadze EUR 15 000 in non-pecuniary damages.

Withdrawal of a Partner from a Limited Liability Company

I. Introduction

Any partner relations of an individual with a business company depend entirely on the will of the former. The most common way to become a partner in a business is through forming a company (independently or with other persons) or by buying a share in an already established company. That person then continues relations with the company for as long as he or she decides. It follows that the person's partnership is not permanent and may be terminated; nobody can force partners to stay in a company on a permanent basis or be forced to continue the company's activities with a partner who has lost trust in them². In such cases a partner must leave the company.

The right to leave (withdraw from) a company is one of the fundamental rights that a partner gains when they become a partner in the company (enter into company partnership). Withdrawal from the company at his or her personal will ends partner relations.

The classical, traditional form of ending partner relations is by a partner ceding their shares. This can be achieved through a 'sale' of shares (alienation of exchange) or through a free handing over the shares (gift). Alienation is the most frequent form used by partners.

Although a partner's relations with a company may terminate upon his or her death, this is not always the case – relations cannot be considered terminated if they are transferred to the heirs of the late partner. Only if the heir or heirs officially reject their share can there be a termination of relations with the company. In such cases, the shares of the deceased partner will be equally distributed among the other partners (a different agreement on distribution is also possible among partners).

In contrast to ceding shares through death, the withdrawal of a partner from a company is not considered a common and traditional form of terminating relations. Moreover, rules for withdrawal of partners from companies differ between sole proprietorships and capital companies.

II. Resignation of a Shareholder From a Partnership

In the case of sole proprietorships (i.e. sole liability, limited partnership) the issue of withdrawal of the partner is directly regulated by law. Since sole proprietorship partnerships are based on trust between individuals, the partners can separate by mutual agreement. The partner does not necessarily end his or her relations in the personal partnership by ceding shares; the important thing is that withdrawal of the partner does not damage the interests of third persons (creditors). For a sole proprietorship-partnership, the subjective composition³ of partners is an important priority. With the aim of protecting the interests of third persons, changes and amendments were made in the Georgian law "About Entrepreneurs" in 2008, setting procedures in place for the withdrawal of a partner from a partnership and thus increasing the reliability of such types of enterprises⁴. In particular, two public announcements became obligatory – notification of the withdrawal of a partner from the company and notifications to tax authorities and other known creditors. In addition, in the case of the withdrawal of a partner from a sole proprietorship, creditors gain the right to request early implementation of the company's commitments.

III. Should a Restriction be ordered for the Resignation of a Shareholder from a GmbH?

While such regulation exists for sole proprietorships, the law does not regulate withdrawal of a partner from a Limited Liability Company (LLC), or, similarly, a Joint Stock Company. In Georgian legal literature, an LLC is defined as a company that is established as a result of uniting capital. Thus, participation of partners is based not on 'personal work' but on investing their capital⁵. This means that by ceding their shares in an LLC, partners can withdraw from the company at any time⁶ and a full ceding of shares is the precondition for ending relations with the LLC. However, termination of relations with the company could be subject to certain limitations – i.e. in order to sell shares, the agreement of the company might be necessary⁷. Although the law does not envisage such restrictions on withdrawal, certain preconditions can be set by the Statutes (Charter). This will be discussed in detail below.

The desire of a partner to withdraw from an LLC may arise for a number of different reasons. Thus, the law does not restrict partners from withdrawing from a company

¹ Doctor of Law, Associated Professor of the School of Law of Caucasus and Georgian Universities, Lawyer, Head and Partner of the Law Bureau "Migriauli and Partners".

² Compare: Lali Lazarashvili, "Solidary Responsibility Company", Tbilisi 2003, p. 149, also Lado Chanturia, Tedo Ninidze, "Comment on the Law on Entrepreneurs", 3rd revised edition, article 46, p. 280.

³ Compare: K. Kokrashvili, "Business Law", Tbilisi 2010, p. 237.

⁴ idem.

⁵ Roin Migriauli "Legal Aspects of Bankruptcy of Ltd. , Comparative Analysis of Insolvency with German Law", First Edition, Tbilisi, 2004, p. 38.

⁶ Compare: Lado Chanturia, Tedo Ninidze, "Comments on the Law on Entrepreneurs", 3rd revised edition, article 46, p. 280.

⁷ Compare: Georgian Law "About Entrepreneurs", article 46.4.

nor does it set preconditions for withdrawal. As a rule, the **presence of an important reason is considered to be a sufficient cause for withdrawing from a company**⁸. Since legislation does not provide a list of such reasons, it is reasonable that the Statutes detail them. Since legal practice is limited, we should seek for such lists of grounds for withdrawal either in business practice or in the legal literature.

The most common reason for a partner's withdrawal from a LLC is personal conflict between him or her and the other partners such that further relations between them become unfeasible. In Georgian legal literature, one of the most common reasons listed is the inability of the partner to make additional installments to the increased equity fund⁹. A partner may have financial issues or may lose interest in staying in a particular company due to the fact that years of partnership in the company were not financially rewarding because dividends remained undistributed. Other reasons for withdrawal may include a change in the company's profile or a merger with another company that resulted in the partner losing interest or the partner's unsuccessful attempts at selling their shares.

By withdrawing from the company, the partner forgoes various deals that they made with the other partners when establishing the company. In this way, withdrawal from a company is similar to withdrawal from an agreement in civil law – this also indicates in-kind/non-pecuniary compensation to the withdrawing party not excluding their financial/pecuniary compensation¹⁰.

IV. About the Compensation of the Retired Shareholder

As mentioned above, while Georgian business law does not regulate on the issue of a partner's withdrawal from an LLC, the agreement of partners (by the company's statutes) can be described in detail.

In the statutes, conditions about the withdrawal of a partner from an LLC are mainly related to the payment of relevant compensation to the withdrawing partner, which should generally correspond to the cost of his or her shares. The compensation may be paid in cash or in kind, i.e. material assets, or delivered through repaying installments due to the reduction of an equity fund.

In Georgian business practice, the most common case is withdrawing partners asking for the return of assets installed in the equity fund, including financial resources. For the company, it is relatively easy to repay funds to the withdrawing partner; it is more problematic when the withdrawing partner requests compensation in kind, i.e. material

property, especially if the property to be transferred in kind is instrumental to the company's business.

Thus, Georgian legal practice has focused on damage a company may incur from the withdrawal of a partner. For example, the Georgian Supreme Court affirmed the Appellate Court in its decision to refuse repayment in share compensation to a withdrawing partner since it considered that in such a case the equity fund and the company in general would be at risk¹¹. In this case the Georgian Supreme Council grappled with balancing the rights an LLC partner, proceeding from Article 46 of the Law "On Entrepreneurs", and the interests of the company. In its analysis of this conflict of interests, the court correctly decided in favor of the company and rejected the withdrawing partner's claim on the basis that the withdrawing partner can satisfy their request through a sale of their shares.

In order to protect the company from risk, the partners, via the Company Statutes, often agree to certain rules. The most common restriction is that the partners set a decision on compensating a withdrawing partner, a decision that is made at the partners' meeting. Such a restriction is felt more strongly when a high quorum is required (i.e. two-thirds', three-quarters' or full representation of partners).

Certain restrictions are also set if compensation of a withdrawing partner is related to the return of fees, since that will lead to a depletion of the equity fund. This also takes time and is related to official notification in the press.

A withdrawing partner can also be restricted in terms of setting a period during which he or she does not have the right to request withdrawal – for example, the Statutes could stipulate that withdrawal of partner must occur at the end of the fiscal year. In this case, the company gains a "time out" during which it may use the assets to be issued/returned at the end of the fiscal year for its own present needs.

Similarly, in the Statutes, the partners may agree to a restriction that stipulates when compensation of the share of the withdrawing partner will be made available. For instance, the withdrawing partner would receive money or property not immediately upon withdrawal but 6 months later. Again, this time is crucial for the company in order for it to keep liquid assets or use the property to be transferred to the partner in its economic activities.

It was mentioned above that **the amount of compensation** to be paid to the partner should generally correspond to his or her share in the company. However, through the mutual agreement of the partners, different scenarios are also possible.

To calculate cost of compensation, different methods can be used. The most common form is to estimate the share in the company according to market value, in which case an independent expert (e.g. auditor) is usually con-

⁸ Lado Chanturia, Tedo Ninidze, "Comments on the Law on Entrepreneurs", 3rd revised edition, article 46, p. 280.

⁹ Idem, p. 281.

¹⁰ "Georgian Civil Code", Article 352.1 and 352.2.

¹¹ Compare: judgment of March 6, 2001 of the Georgian Supreme Court, on the case No 3k/336-02, "About Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases", 2002, No 5, p. 821-824.

sulted. Share estimation is also possible according to net book value, in which case the balance sheet in the year prior to withdrawal is crucial. In addition, when estimating by net book value, the current liabilities of the company, the condition of the company's assets, as well as paid or unpaid dividends are to be taken into account.

V. About the Procedure of the Resignation from the Company

Another noteworthy aspect in this sphere is the **withdrawal procedure from the company** – that is what steps need to be taken in order for the partner to finally withdraw from the LLC. Although such actions are not provided for in the law, partners can agree on rules of withdrawal in a separate policy, which could, in principal, be incorporated into the Company's Statutes.

Such procedures should clarify, in the first instance, whether a partner's expression of will to withdraw to the company is sufficient or whether the partner must directly address registration authorities. In the case of the latter, it is interesting to note what documents should be submitted to the business registration authorities.

In Georgian legal literature, it is generally held that a partner's withdrawal from a company should entail that partner expressing their will to the company via the submission of a statement on withdrawal¹². The procedure for cases when the withdrawing partner directly addresses the registration authority is less clear. Georgian court practice has considered such an action a legitimate action in cases where the registration authority (court) is the authorized entity¹³. Indeed, in the period when the court represented the official body for business registration, applying to the court for withdrawal might well have been deemed a reasonable and legitimate action, especially since the court – with the aim of conducting a detailed investigation of factual circumstances – could use its authority (the authority proceeding from the judicial government) to invite other partners and the company director to implement other actions necessary for the case and, in this way, reach a verdict about the removal of the withdrawing partner from the registry. At present, however, the business registry is run by an administrative body (the Public Registry Agency), which obviously lacks the power to launch an investigation into factual circumstances at its own initiative. Hence, nowadays, if a withdrawing partner applies directly to the Public Registry Agency, it will simply cause delay and a further rejection of his or her application. Thus, the view expressed in the legal literature – that the will to withdraw should be expressed to the company – is justified. Naturally, the company is the only subject that may accept

this desire; third persons are excluded since the withdrawing partner did not offer them any acquisition of his or her share in the company.

Applying to the company with a statement of intended withdrawal – this unilateral expression of a partner's will – is only the first step in the process (and the Statutes can regulate in detail which body of the company will be receiver of this will – it could be the Director of the company, or Board of Directors and Supervisory Board if such bodies exist). The next step in the procedure of a partner's withdrawal is discussion of his or her statement in the company. This should, by necessity, be discussed at the partners' meeting as the withdrawal of a partner not only relates to the issue of compensation but also to the distribution of his or her share in the company among the remaining partners. Calling a meeting might not be necessary, however, if compensation details (forms and amounts of compensation, terms of payment etc.) are clearly specified in the Company Statutes. In such cases, the management/administration of the company is responsible for arrangement of the relevant details.

The decision of the partner to withdraw from the company is complete when the implementing body of the business registry removes him or her from the registry – this is done when either the withdrawing partner, the company Director, or other partners, approach the registry with notification of the statement of withdrawal and its implication for striking the partner off the registry and recording that his or her shares have been distributed among the remaining partners. If the Statutes provide for a proportional (re) distribution of shares, then the statement should make reference to the relevant article. If the Statutes envisage a rule other than proportional (re)distribution, then the minutes of the partners' meeting should be submitted to the registration body. A notary certified statement of the withdrawing partner should also be submitted to the registration body. On the basis of the submitted documents, the registration body amends the registry to reflect the changes in the partners' composition and the changes in the share data of the remaining partners resulting from the (re)distribution.

VI. Conclusion

Withdrawal of a partner from a capital company, including an LLC, should be considered in a separate category of law since it entails many regulatory nuances. This legal institute should also be reflected in legislation since the very aim of legislation is to provide certain guidelines to mature legal relations.

¹² Lado Chanturia, Tedo Ninidze, "Comments on the Law on Entrepreneurs", 3rd revised edition, article 46, p. 281.

¹³ See judgment of June 9, 2001 of the Georgian Supreme Court, on the case No 565-533-2011.

Analysis of Court Practice on Some Entrepreneurial Disputes

The Law on Entrepreneurs has been in force for more than a decade in Georgia. With the view of improving legal regulation of entrepreneurial relations, a number of amendments have been made to the Law since 1995. Moreover, uniform interpretation of the law has been articulated with the view of correct application of its provisions. The present article discusses the analysis of the jurisprudence of Georgian courts with regard to the application of certain provisions of the Law on Entrepreneurs.

I. Statutory Limitations of Lodging a Claim by an Entrepreneur

An entrepreneur as an actor of private law is entitled to apply to a court and request mandatory protection and restoration of rights under the Law on Entrepreneurs. However, there are statutorily limited terms of application to a court and after the expiry of these terms an entrepreneur cannot request the protection of allegedly violated rights through a court. Article 15 of the Law on Entrepreneurs specifies the terms for institution of entrepreneurial disputes. In accordance with Article 15.1, statutory limitation on lodging a claim is five years. The term starts from the moment a claim originates unless otherwise stipulated by law. In legal doctrine this statutory term is referred to as a general term.²

Special limited terms are regulated by Article 15.2 of the Law under which decisions of shareholders' meeting or Monitoring Council cannot be appealed after two months from drafting the respective minutes unless a meeting was either convened or held with serious breach of the provisions of the statute of a Company. Limited term in such cases amounts to one year.

The opinions made in legal doctrines and court jurisprudence often differ when it comes to the application of terms if a party to the proceedings is an entrepreneur. It is not always clear which terms should be applied in such cases – those established by the Civil Code of Georgia or the Law of Georgia on Entrepreneurs. In this regard, a Court of Appeals opined in one of the cases that certain disputes pertaining to the disposal of a commercial entity are not of entrepreneurial nature and therefore the terms set by the Civil Code should apply instead of those determined by the Law on Entrepreneurs. In this case, the

subject of dispute was returning of funds withdrawn by a staff member from a commercial entity with the view of purchasing certain necessary items for the company. The Court observed that taking the funds to purchase various items for the company, if it is agreed with the company, is a contractual relation vesting the parties with respective rights and obligations. If an obligation under the aforementioned contractual relation was not duly fulfilled, the limited terms for lodging a claim should be invoked from the Civil Code, Article 129.2, which stipulates a three-year statutory term for lodging an application³.

In one of the cases, a claimant requested the reimbursement of damages, which were allegedly sustained from having been struck out of the list of shareholders. The claimant argued that he should have learnt about the dismissal from the list of shareholders starting from the spring of 2000. Thus, the statutory terms of limitation were disputed in the given case. The Court opined that statutory limitation is a term during which a person, whose rights were allegedly violated, is entitled to apply to a court. The expiry of this term undermines the possibility of mandatory protection or restoration of a right through a court. The statutory limitation period starts at the day when the claim arises. The claim arises on the day when a person learns or is supposed to learn about the alleged breach of his/her right. If a person, due to his/her negligence fails to learn about the alleged breach of the right, statutory terms start to apply from the moment the person should have learnt about the alleged breach according to the particular circumstances. The Court observed that the Law of Georgia on Entrepreneurs does not state the start of the terms and accordingly Article 130 of the Civil Code applied in this case. The Court of Cassation did not agree with the argument that a claimant was supposed to lodge a claim within the two-month period, the term set by Article 15.2 of the law on Entrepreneurs, after having learnt about the alleged breach of his right; the Court was satisfied that the claimant only learnt about the alleged breach after 4 July 2003 and lodged a claim on 9 October 2003. Since the issue of dismissal from the list of shareholders was challenged, the Court opined that Article 15.1 of the Law on Entrepreneurs had to be applied. The provision limits the term of application to five years starting from the moment a claim arose, or from liquidation of a company, unless otherwise stipulated by law. Considering the particular circumstances of the case, the Court ruled that the claim was lodged within the period set by Article 15.1 of the Law on Entrepreneurs and that the term did not expire.⁴

Article 15.2 of the Law of Entrepreneurs establishes the two-month period for appealing against a decision reached

¹ Doctor of Law, Notary, Associate Professor at the University of Georgia.

² L. Chanturia and T. Ninidze "Comments on the Law on Entrepreneurs" 3rd edition, 2002, p. 204.

³ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC-44-38-2011 28 February 2011.

⁴ 3 Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC-616-579-2011 18 July 2011.

by a shareholders' meeting. In those cases, where the decision concerns dismissal of a partner, according to the Court of Cassation, Article 15.1 of the Law on Entrepreneurs applies. The two-month period mentioned in Article 15.2 is concerned with ordinary activities of a company. According to the Court, appeal against decisions such as dismissal from shareholders' list, should be regulated by Article 15.1 instead of Article 15.2 and five-year term should apply.⁵

II. The Procedure of Collecting a Company's Dividends

One of the important rights of a shareholder of an entrepreneurial company is to claim his/her legitimate share from a company's dividends. There are frequent disputes in practice, where a partner challenges the amount of the dividends due or requests dividends equivalent to the company share owned. Partners S. I. and E. K. of a Limited Liability Company (hereinafter referred to as "LLC") brought a case before a court against the director of the company, G. Kh. The plaintiffs claimed reimbursement of damages caused by misappropriation of dividends by the accused.

The Court of Appeals was satisfied that, in accordance with the final judgement adopted in a criminal case, the director of the concerned LLC, G. Kh. was in charge, facilitated by an oral agreement with General Director V. K. of the company activities. The company funds were controlled by the director who was in charge of allocating due dividends to the company founders through accountants. The director abused his official power and intended to misappropriate the company funds. Thus G. Kh., through abuse of official power, committed multiple misappropriation of funds to the amount of GEL 123 350.90, which constituted significant damage. The Court of Appeals observed that while the judgment had established the fact of misappropriation by G. Kh., through abuse of official power, the investigation had not found out that the misappropriated funds constituted the dividends due to V. S and E. K. under the Law of Georgia on Entrepreneurs.

It was established that G. Kh. marked the misappropriated funds in the cash orders as dividends due to V. S. and E. K. The Court, however, held that the aforementioned should not have deemed to be prejudicial facts under Article 106 of the Civil Procedure Code. The Court of Appeal observed that under Article 8 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, the dividends of annual and midterm profit are allocated by the decision of the shareholders' meeting of an LLC and JSC. Under Article 47 of the same Law, company partners discharge administrative functions through shareholders' meeting unless otherwise provided by the company statute. The Court of Appeals observed

that stemming from entrepreneurial activities, the Law of Georgia on Entrepreneurs expressly establishes the procedure of allocation of annual and midterm profit in the form of dividends through the decision of shareholders' meeting. The Court of Appeals pointed out that a partner enjoys the right to request dividends only in those instances, where profit was divided in the company through allocation of dividends. Hence, the allocation of dividends is not the rule but an exception effected through a particular procedure. The ground for allocation of dividends can be existence of profit in the company and the decision of shareholders' meeting on allocation of dividends. The Court of Appeals invoked Article 102.1 of the Civil Procedure Code and observed that each party is under an obligation of proving the circumstances on which it bases its claims and counterclaims. The Court of Appeals found that the claimants failed to adduce evidence to the effect of proving that dividends had been allocated within the company during the impugned period. This fact was not proved through the judgment on the criminal case either. The claimants attempted to prove that the misappropriated amount of financial damage of GEL 123350.94, as established by the final judgement of the Criminal Cases Board of the Tbilisi City Court, constituted the dividends due to them. However, there was no evidence presented to the Court to prove that in 2001-2006 there were shareholders' meetings held to allocate dividends, or that the company was in profit which it distributed as dividends, and the amount of dividends totalled to GEL 123350.94. The Court of Appeals observed that G. Kh. having abused official power intended to misappropriate the company funds but not the dividends allocated by the shareholders' meeting. It is noteworthy that G. Kh. himself was giving orders to accountants about the amounts of dividends to be allocated to company founders. This means that the amount of funds misappropriated depended neither on the decision of shareholders' meeting on allocation of dividends nor on the share (17,5% and 7,5% respectively) of the claimants as company partners. Instead the amount of money depended on the amount of the money accumulated in the company, which according to personal opinion of G. Kh. could be either more or less. Accordingly, the Court of Appeals held that the judgment adopted in a criminal case could not have prejudicial effect with regard to the allocation of dividends. Under Article 105 of the same Code, the fact should be appraised jointly with other evidence existing on the case-file. The claimants failed to adduce before the Court the evidence proving the LLC dividends were allocated based on shareholders' meeting in the impugned period. The Court accordingly deemed the claim to be ill founded. The Cassation Chamber did not admit the claim for the consideration of the merits.⁶

⁵ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC-777-1040-05, 7 March 2006.

⁶ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC-1248-1268-2011, 12 October 2011.

III. Payment of LLC Share in Kind

There is a unified jurisprudence established in Georgia, which concerns the disputes of payments of due LLC shares in kind. In such cases, a partner usually believes that he/she is entitled to a share of the company property along with other partners and can request payment in kind under Article 936 of the Civil Code. It is noteworthy that in order for a court to apply the relevant Articles of the Civil Code on shared property, Article 953 of the same Code should be borne in mind. Under Article 953, unless otherwise stipulated by law, the provisions of the relevant chapter of the Code are applicable if a person owns a shared property. Therefore, a claimant should first prove that he or she enjoys shared title to a property along with other partners and that other provisions defined in other Chapters of the Civil Code do not provide different regulation of the shared property concerned.

In one of the cases, a partner of a company, N. K. applied to a court requesting invalidation of her shares in company Z. A., as well as payment of due shares in kind and prevention of impediments thereto. The claimant pointed out the following circumstances: N.K. along with Z. B., T. B., and M. A. founded LLC Z.A., which specialised in hairdressing services for women. In 2011, the partners purchased commercial realty sitting on 66 m². The share of each partner amounted to 25%. The Court of Appeal was satisfied that LLC Z.A. was duly founded and registered in State Register on 27 November 1998. It was founded by four partners - Z. B., N. K., T. B., and M. A., each being entitled to 25% of shares. When founding the company, the start-up capital was determined to be GEL 2 000. The capital was raised by in-kind items, in the form of immovable property (office furniture - GEL 700, mirror-tables with armchairs – GEL 900, Orsk band fridge – GEL 300, Rubin brand television set – GEL 100). The disputed property sitting on 66 m² was registered in the Public Register on the name of LLC Z.A. The legal basis for the registration is contract on purchase dated 2003. After founding the company, the amounts of the shares held by the partners had changed. At the time of lodging the claim, the partners of LLC Z. A. had the following shares: Z. B. – 75%, N. K. – 25%. Z. B. was in charge of representation and management of the company. The disputed property had not been purchased by the partners' personal funds. The claimant did not have a title to the disputed immovable property in part or whole. Keeping in view of the established factual circumstances, the Court, applying Articles 183 and 312, opined that the appellant, as an individual, failed to adduce any evidence that proved the purchase of the property with her funds, and the sole fact that she was a partner in the company when founding LLC Z. A. did not mean that the complaining partner herself was a party to the purchase made by the company in its own name.

The Court of Appeals observed that in the given case, article 963 of the Civil Code which regulates payment in kind was not applicable. The disputed property was the property of the company and the claimant could not substantiate her claim with evidence, which would prove her title to the property. Moreover, the Court opined that the sole fact that the claimant owned 25% of the company's shares did not imply she was the owner of one fourth of every item owned by the company. Based on the principle of financial independence of a limited liability company, only the company has the right to dispose of the property, which was entered in the start-up property of the company as well as the property purchased by the company. A partner is only entitled to the share of the property and is not an owner of a shared property transferred to the company. A share is a non-material property. A partner has a share due to the membership of a company and it does not imply shared ownership of the company property.⁷

IV. Expulsion of a Partner from a Company

With regard to expulsion of partners by shareholders' meeting of a commercial entity, the Chamber of Civil Cases at the Supreme Court of Georgia opined that it is only allowed under exceptional circumstances and the decision should be based on the fact that it is impossible for the partner to run business along with other partners.

The basis for expulsion of a partner from a company can be an illegal act or an act against the interests of the company. Sometimes, a partner discharges the functions of a company director and the shareholders' meeting of the company may cite the actions of a partner in the capacity of company director as the basis for the expulsion. The Court of Cassation opined in this regard that the wrong actions of a partner as the company director do not mean *per se* his/her failure to fulfil obligations towards the company as a partner or that his /her actions as a partner damaged the interests of the company. The Law on Entrepreneurs establishes the responsibility of a company's senior managers. As per these responsibilities, in cases where an individual fails to duly discharge his/her functions as a director, this could serve as a basis for imposing sanctions on him/her as a director and not as the basis for expulsion from the membership of a company⁸.

Unified approach also has been formulated with regard to observance of the rules and procedures of expulsion of partners. In one of the cases, a court of first instance pointed out that the shareholders' meeting of an LLC considered and decided about the issue of expelling a partner when all the partners did not attend the meeting. The impugned minutes of the meeting were held null and void

⁷ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC -1234-1254-2011, 17 October 2011.

⁸ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. 556-939-06 13 March 2007.

by the court, which pointed out that under the Law on Entrepreneurs all decisions beyond the ordinary activities of a company require the participation of all partners, a condition which was not observed in the present case. The meeting was attended by only those partners who owned 75% of shares including the partner to be expelled. The rest of partners owning 25% of shares did not attend the meeting. Thus the City Court held that there were both factual and formal bases to uphold the claim under this head.

The Court of Appeals agreed with the first instance court that the minutes of the shareholders' meeting were not kept in accordance with law. The Court of Appeals applied Article 9¹ of the Law on Entrepreneurs, under which the adoption of all decisions beyond usual activities of the company requires the attendance of all partners. Under Article 4.4 of the LLC S., decisions are adopted by the majority of votes at a meeting except the decision requiring the attendance of all members. In the present case, the shareholders' meeting had to decide about the expulsion of a member, which is an issue clearly beyond the usual activities of a company, which required the attendance of all partners and the majority of votes.

A shareholders' meeting of a company often cites the disagreement and serious confrontation between partners as a basis for the expulsion of a partner from a company. The Court of Cassation opined with regard to this basis of expulsion that while this is very unfavourable for a company to have disagreement between its partners which may have ramifications for the company business, this may not serve as a basis for the expulsion of a partner, since such a circumstance does not exclude the possibility of a partner's participation in company management. A partner may exercise his/her authorities through a proxy.⁹

V. Shareholder's Right to gain an Access to Company's Documents

On 14 September 2010, a JSC shareholder applied in writing to a company's director requesting access to the company's financial documentation. The request was rejected. The shareholder brought the case to a court with the request to obtain copies of the company's documents produced since the establishment of the company until 16 June 2010, the date on which the complaint was lodged with the court. The Court of Appeals opined that under Article 3.10 of the Law of Georgia on Entrepreneurs, every shareholder has the right to obtain a copy of annual report and company's all publications. Furthermore, a shareholder has the right to examine the accuracy of an annual report, study the company's documents directly or through an audit, and request clarifications after the submission of annual report but before the approval of that report. If it turns out that there is a substantial error in the report, the

costs of examination of the report are borne by the company. These rights of review and examination are only limited by law, and their extension is possible under a company statute. Stemming from the aforementioned provision, every partner, irrespective of the size of shares held, and his/her position in the company, enjoys the following rights: a) receive a copy of the annual report and all publications of a company; b) review the accuracy of the annual report; c) review the company books directly or through an audit with the view to examine the accuracy of the annual report; d) request clarifications about the annual report after its submission and before its approval. The Court of Appeals opined that the above-mentioned rights constitute significant safeguards of shareholders. It should also be borne in mind that these rights may only be limited in the cases expressly stipulated by the Law of Georgia on Entrepreneurs and their expansion is possible under the company statute. In the present case, the appellant requested the copies of the following documents drafted since the establishment of the company until the date of lodging the claim with the court: the documents about the start-up capital of the company and its economic activities, about inventory (audit's conclusions), company balances, the declarations on the company's profit and losses (with attachments), tax payment, annual declarations, the decisions reached by Monitoring Council or shareholders' meeting on disposal of start-up capital actives; the decisions reached by Monitoring Council or shareholders' meeting on disposal of immovable property; annual revision acts of the company, the documents reflecting the circulation of funds on company's bank account, and documents on cash operations. The Court of Appeals did not agree with the first instance court in that regard that the rights of a partner in a Joint Stock Company under Article 3.10 of the Law on Entrepreneurs are limited with Article 53 of the same Law being *lex specialis* with regard to stockholders' rights and obligations. The Court of Appeals opined that under Article 53.3² of the Law on Entrepreneurs, the members owning 5% of the stocks have the right, if they consider that there are errors, to request the review of the company's economic activities or the entire annual balance. The Court of Appeals observed that the right to review economic activities and annual balance did not exclude, and implied the above rights of partners under Article 3.10 of the Law on Entrepreneurs. The Court of Appeals pointed out that creation of entitlements in a joint stock company is linked to with the amount of shares owned by partners. The right to request special review of economic activities and the entire annual balance is only enjoyed by those partners owning a minimum of 5% of stocks. In the given case, it was established that the claimant owned 13.16% of stocks. Accordingly the Court of Appeals deemed that the limitation under Article 53.3² would not apply to his rights. The Court did not agree with the other party that the partners of a company only have the right to get familiar with the company documents

⁹ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. 556-939-06 13 March 2007.

on the spot and that they do not have the right to have the documents photocopied. According to the Court's opinion, the law in this particular case implies both getting familiar with documents on spot as well as having them photocopied. Accordingly, a partner is authorised to request both accessing the documents on the office premises as well as procuring the photocopies. The Court of Appeals opined on this case that along with the rights of a partner to obtain information and to review, Article 53 of the Law of Georgia on Entrepreneurs also establishes special norms concerning the right to information of a partner within a joint stock company. Under paragraph 3² of the said Article, partners who own 5% in stock are entitled to request the special review of economic activities or the entire annual balance, if they believe that there have been errors. Under Article 53.3⁵, those shareholders owning 5% in stock are entitled to request the relevant management body to provide copies of transactions concluded on behalf of the company and/or information about the transactions to be concluded. These clarifications rendered by the Court of Appeals were confirmed by the Chamber of Civil Cases at the Supreme Court of Georgia.¹⁰

VI. Notary Approval of Share Transfers

Under Article 43.2 of the Law on Entrepreneurs, the transfer of a share by a company's partner needs to be registered in a written contract approved by a notary. This provision regulates the format of a contract on transferring a share. There are cases in practice, where one partner transfers his/her share to another partner without observing the requirements of the format of the transaction, and on a later date file a petition with a court to order the other party to re-register the share. In this regard one case will serve as a good example.

On 27 January 2006, R. G. lodged a claim against a partner of LLC B., T. K. with the district court of Zestaponi, and requested to order the respondent to re-register 5.896% share of the said company. According to the claimant, in 1993, a group of citizens privatised and purchased a market in Zestaponi through an oral transaction. The contract was drawn up on the name of T. K. only. Later, LLC B. was established and its shares were allocated to six partners. Two persons, who had purchased the market, were not registered as partners of the company. One of the partners owed the claimant a debt and he offered the claimant to transfer 4.166% of his share. The claimant agreed to this arrangement, and from 1997 until March 2003 received dividends proportionate to the ownership of 4.166% of shares. According to the claimant, he requested the respondent on numerous occasions to register the transfer of share but the latter refrained from doing so and later stopped paying dividends altogether. Under the ruling

of 14 April 2006 of Zestaponi district court, Director of LLC B., T.E. also was involved in the case as a respondent and he acknowledged the claim. T. K. did not accept the claim as he argued it to be ill-founded.

In accordance with the decision of 30 May 2006 of Zestaponi district court, the claim of R. G. was upheld and T. K. was ordered to duly re-register 4.166% share sold to R.G. and 1.73% of share related to the expenditure allocated for construction works by the claimant. Moreover, Director of LLC B., T. E. was ordered to re-register 5,896% from T. K. to R. G., make due changes to the statute, and register the amendments in entrepreneurs' register.

T. K. appealed the decision of the district court of 30 May 2006 and sought the repeal of the judgment and dismissal of the claim.

The Court of Appeals of Kutaisi, by its decision of 4 December 2006, upheld the appeal of T. K., repealed the judgment of 30 May 2006 of Zestaponi district court, and dismissed the claim of R.G.

The Court of Appeals opined that for arising the obligation of transferring a share, there needs to be a contract approved by a notary, which was absent in the given case. Accordingly, even in those cases where it is confirmed that the parties had an oral agreement to transfer a share, the transaction is void and the claimant would not be entitled to the right to request transferring a share.

The observations made by the Court of Appeals were confirmed by the Chamber of Civil Law Cases of the Supreme Court of Georgia.¹¹

VII. The Jurisdiction over Entrepreneurial Disputes

Entrepreneurial disputes usually are examined in civil law proceedings. However, the issue of jurisdiction may not always be straightforward. This is the case where the subject of a dispute is the registration of either founding a company or termination of its business and the register of commercial and non-commercial legal entities is a party to the dispute. These circumstances call for a decision about jurisdiction i.e. which court is competent to examine the dispute, the chamber of civil cases or administrative cases.

LLC A.O. lodged a claim with the Board of Civil Law Cases at the Tbilisi City Court and requested the Register of Commercial and Non-Commercial Legal Entities to register liquidation of LLC A.O., and its deletion from Entrepreneurial Register.

LLC A. lodged a claim with the Chamber of Civil Law Cases of Tbilisi City Court. The respondent was Register of Entrepreneurs and Non-Entrepreneurial (Non-Commercial) Legal Entities of Public Register. The claimant requested registration of liquidation of LLC A., and striking out the company from entrepreneurial register. The case

¹⁰ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC-729-787-2011, 13 June 2011.

¹¹ Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. AC225-559-07, 20 June 2007.

was examined by the first instance and appellate courts in accordance with the rules of proceedings established by the Code of Civil Procedure. The Court of Cassation, however, considered that the dispute should have been examined by an administrative court. The Court of Cassation based its opinion on Article 4.2 of the Law on Entrepreneurs, which provides for registration of entrepreneurial legal entities by the Register of Entrepreneurs and Non-Entrepreneurial (Non-Commercial) Entities of LEPL National Agency of Public Register. In its turn, LEPL National Agency of Public Register is a registering agency under the Ministry of Justice as determined by Law of Georgia on Public Register.

Based on Article 4.7 of the Law on Entrepreneurs, the conditions of maintaining the register of entrepreneurs and non-entrepreneurial (non-commercial) legal entities as well as the format of register extracts are determined by the Instruction on Registration of Entrepreneurs and Non-Entrepreneurial (Non-Commercial) Legal Entities approved by the Order of the Minister of Justice. Under the aforementioned normative act, the Instruction on Registration of Entrepreneurs and Non-Entrepreneurial (Non-Commercial) Legal Entities aims at determining legal and procedural issues of register maintenance and imparting information; establishing contents, formats and technical preconditions of registration documentation, documentation containing public information and other data; regulating administrative processing and imparting information through automated means of management. On 24 June 2011, the Law on Entrepreneurs was amended under which entrepreneurs are registered into entrepreneurs' register which is based on administrative acts. Under the amended Article 14² of the Law of Entrepreneurs, the decision of registering an agency was considered to be an administrative act and accordingly it could be repealed through the statutory procedure established for abolishment of administrative acts, apart from the instances provided for by paragraph 4 of the said article. Paragraph 4 determines the procedure in those cases where unlawful decision of a registering agency ends the registration of a registered entrepreneur so that there is no successor left. Under the law, the registering agency is ought to issue an administrative act establishing the registration shortcoming and to this end sets deadline for an entrepreneur. The abovementioned amendment makes it clear that registration in entrepreneurs' register may not be effected through the procedure established by civil law legislation and accordingly such disputes cannot be resolved based on civil law provisions.¹²

¹² Ruling of the Civil Law Chamber of the Supreme Court of Georgia, case no. 224-210-2011 6 October 2011.

The Substance of the Right to Own Shares In Accordance with the Case-Law of the Constitutional Court of Georgia

I. Introduction

In order to determine the constitutionality of the mandatory redemption of shares, five independent claims were filed with the Constitutional Court of Georgia², which the Court ultimately joined under one active case and issued a final judgment on May 18, 2007. This was one of the landmark decisions in the practice of the Constitutional Court concerning the right to property. On July 11, 2007, the Parliament of Georgia amended the provision, and subsequently, on March 14, 2008, following several textual changes, it was finally passed. It is essential to identify the extent to which the legislature took into consideration the shortcomings due to which the provision was declared unconstitutional, and whether we are dealing with the so-called phenomenon of “overcoming the ruling of the Constitutional Court”. The following article is an attempt to provide answers to these queries.

II. The Initial Content of Mandatory Purchase/Sale and the Rulings of the Constitutional Court

On May 25, 2005, the Law of Georgia “On Entrepreneurs” was amended to include a provision, according to which a shareholder, who owned over 95% of the shares in a joint stock company, shall be entitled to ac-

quire shares from the remaining holders in spite of their consent. The redemption shall take place at a fair price. The shareowner who owns less than 5% of the equity stake is known as the minority shareholder, while the individual holding over 95% of the shares is the majority shareholder. Herewith, the specified amount should be in the hands of a single shareholder. This article may not be employed when a group of shareowners includes more than one minority shareholder.³

1. Right of Ownership of Shares and Grounds for its Limitation

In order for the Constitutional Court to discuss the constitutionality of the provision, it was necessary, for the purposes of Article 21 of the Constitution, to determine, *prima facie*, whether a “share” constituted “property”.⁴ The Court decided this question in the affirmative, stating that *a share has a very specific legal nature; [inter alia] a share is a document that reflects a proprietor’s ownership stake in the property of a joint stock company and confirms the holder’s right to the share. [...] the property on the share is realized in case of disposal of the share as well as during the liquidation of the corporation, since it allows the shareholder to receive property of the liquidated joint stock company in accordance with his or her share. Moreover, the stock grants its owner the right to receive a share of the company’s profit. Thus, a share is not a form of presumptively acceptable virtual income, even in the case when it comes to dividends. A share is a legally authenticated document certifying the right of*

³ Compare: Law of Georgia “On Entrepreneurs”, Art. 533 (May 24, 2005 version).

⁴ **Article 21** (1995 version, which was in force at the time of the ruling)

1. The Right to Property and Inheritance is recognized and guaranteed. It is prohibited to abolish the right to property, its purchase, alienation or inheritance.

2. For the purpose of urgent public necessity, the restriction of these rights is permissible in cases determined by and in accordance with the procedures established by law.

3. For the purposes of urgent public necessity, the expropriation of property is permissible in cases expressly determined by law, in accordance with a decision of a Court, or in keeping with urgent necessity stipulated by organic law and only with appropriate compensation.

Article 21 (October 15, 2010. #3710 entered into force starting January 1, 2011)

1. The Right to Property and Inheritance is recognized and inviolable. It is prohibited to abolish the universal right to property, its acquisition, alienation or inheritance.

2. For the purposes of urgent public necessity, the restriction of rights stipulated in Paragraph 1 of this Article is permissible in cases determined by and in accordance with the procedures established by the law in such a way that would not violate the essence of the right to property.

3. For the purposes of urgent public necessity, the expropriation of property is permissible in cases expressly determined by law, in accordance with a decision of a Court, or in keeping with urgent necessity stipulated by organic law, on the condition of advance, full and fair compensation. The compensation is exempted from all taxes and fees.

¹ Lecturer of Public Law at Ilia State University, Lawyer at the Georgian Young Lawyers’ Association (GYLA).

² I. On March 16, 2006, citizens of Georgia D. Mtvarelshvili, E. Peradze, N. Kalandadze, I. Natsvlshvili and Z. Natroshvili (shareholders of JSC “Telenet”) filed their constitutional complaint (Registration #370) with the Constitutional Court of Georgia.

II. Citizen of Georgia, Z. Elashvili filed a constitutional complaint (Registration #382) with the Constitutional Court of Georgia on April 25, 2006. The plaintiff was a shareholder of JSC “David Sarajshvili & Eniseli”.

III. On June 1, 2006, citizens of Georgia, S. Mashia and R. Gogia (minority shareholders of JSC “Ekran”) filed their constitutional complaint (Registration #390) with the Constitutional Court of Georgia.

IV. On August 15, 2006, citizen of Georgia, A. Mandzulashvili filed a constitutional complaint (Registration #402) with the Constitutional Court of Georgia. The plaintiff was a shareholder of JSC “Kaspicementi”.

V. On August 18, 2006, a constitutional complaint (Registration #405) was filed with the Constitutional Court of Georgia by the Public Defender of Georgia.

ownership and status of the shareholder, which is well protected by Article 21 of the Constitution.⁵

After classifying “shares” as an area protected by the right to property, the Constitutional Court proceeded to inspect the extent to which the restriction of this right corresponds to the standards established by the Constitution. There are two types of limitations provided for in Article 21 of the Constitution. In the version of the Constitution in force at the time of the ruling, these limitations were expropriation (confiscation of property by the state), and restriction of rights. In this case, the issue referred to the restriction of rights, the principles of which are stipulated by Paragraph 2 of Article 21 of the Constitution.

Under Paragraph 2 of Article 21, restriction shall be applied in cases prescribed by law and in accordance with the established rule. The case of mandatory sale of shares, the transfer of more than 95% of voting shares of a joint stock company into the ownership of one of the shareholders, which grants him or her the right to acquire shares from other holders, is established by Article 533 of the Law “On Entrepreneurs”. The Article also regulates the mandatory sale of shares from the minority to the majority shareholders.⁶

Taking this into consideration, the Court brought the case in question into compliance with Paragraph 2 of Article 21 of the Constitution. This signifies that we are dealing not with expropriation, but rather with the restriction of rights.

2. Urgent Public Necessity

The restriction of the right to ownership according to Paragraph 2 of Article 21 of the Constitution should be carried out in the case of “urgent public necessity”. Thus, the Constitutional Court attempted to clarify, within the given dispute: (1) what is signified by urgent public necessity, and (2) whether the expropriation of property (mandatory sale of shares) within the circumstances of existing regulation was implemented under conditions of urgent public necessity.

When referring to urgent public necessity, the Constitutional Court stressed the relativity of this concept, noting that it [...] is neither concrete, nor universally suitable for all societies. It is variable in time and space, taking into account political, economic, and/or social givens. Therefore, that which is considered urgent public necessity in one society may not be treated as such in another. Moreover, that which is understood at a given moment as “urgent public necessity” may not be seen as such in the future, or vice versa. An existing concept which cannot be currently la-

belled as “urgent public necessity” may assume such significance in the future. While defining “urgent public necessity”, it is greatly essential to identify the object of property rights, its nature and social significance. In this context, the circumstances that constitute “urgent public necessity” in relation to one object of property may not constitute such necessity with regards to another.⁷ In specific cases, the substance of “urgent public necessity” is defined by the legislature. An action undertaken for the purposes of “urgent public necessity” does not signify that it is directed at the avoidance of specific and inevitable negative consequences for the public. For the purposes of “urgent public necessity”, the legislature may act when driven by positive consequences for the public or its part. In addition, it is not necessary for the legislature to indicate the “urgent public necessity” in accordance to which the provision is being adopted. The existence of “urgent public necessity” may be determined as a result of the analysis and interpretation of the provision.⁸

In determining “urgent public necessity”, the Court proposed a type of ranking system, according to which a particular adjudicator would determine whether, in a specific case, we are dealing with statutory “urgent public need”. In its turn, the Constitutional Court establishes how adequately the legislature, and the particular law, understand “urgent public necessity”.⁹

The Court concluded that the mandatory sale of the shares by minority shareholders to majority shareholders may not be considered to be a legitimate purpose in the context of “urgent public necessity”, since it is a restriction. This is contrary to Paragraph 2 of Article 21, which reviews restriction not as a purpose, but as a means of achieving it. The aim of the Constitutional Court is to determine whether there is a legitimate objective seen by the legislature, and subsequently assess whether the mandatory sale of shares is a proportional means of achieving this objective.¹⁰

Following the analysis of the mandatory sale of shares, the Constitutional Court established the basic postulates which the legislature shall rely on during the introduction of this regulation, so as not to violate the minority shareholders’ right to property. The legislature must determine the provision that regulates mandatory sale of shares in such a way that would maintain a balance between the parties, and exclude the possibility of abuse of economic power. The minority shareholder is fully entitled to know why his or her shares are transitioned into the ownership of the majority shareholder. The minority shareholder shall have the legal means to express his or her position. The majority shareholder’s desire to hold the full stake of shares is indeed understandable and natural; however, it is not a

⁵ Decision N2/1-370,382,390,402,405 of the Second Chamber of May 18, 2007 of the Constitutional Court of Georgia; on the case Citizens of Georgia, Zaur Elashvili and Suliko Mashia, Rusudan Gogia and others, and the Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia, P. II.9.

⁶ Ibid: P. II.12.

⁷ Ibid: P. II.12.

⁸ Ibid :P. II.15.

⁹ Compare, *ibid*: P. II.15.

¹⁰ Ibid: P. II.17.

justification for restricting property rights. The existence of 95% or more of shares in the possession of one shareholder shall not in itself mean the emergence of public necessity for mandatory sale of shares. The mandatory sale of shares may be exercised only in cases where it is a necessary tool to ensure the normal functioning and development of the enterprise.¹¹

When the Parliament of Georgia, following the said decision, returned the same provision to the realm of Georgian law, it should have implemented its modification on the basis of the principles described above. When clearly summarized, these principles are as follows:

- The existence of 95% or more of shares in the possession of one shareholder shall not in itself mean the emergence of public necessity for mandatory sale of shares;
- The mechanism shall be a necessary tool to ensure the normal functioning and development of the enterprise;
- The minority shareholder is fully entitled to know why his or her shares are transitioned into the ownership of the majority shareholder;
- The minority shareholder shall have the legal means to express his or her position;
- The legal means shall be so effective as to exclude the possibility of abuse of economic power by the majority shareholder (a fair balance should be struck between the parties).

3. Proportionality

In discussing proportionality, the Court divided the issue of the constitutionality of the disputed provision in two; the Court discussed [...] firstly, the extent to which the decision-making and enforcement procedures of the mandatory sale of shares are in compliance with the requirements listed above, and, secondly, the extent to which the procedure for determining the price of the mandatory sale of shares provides fair reimbursement of minority shareholders.¹²

3.1 Decision-making and enforcement procedure

The Court stated that [...] a regulation adopted with the motif of economic effectiveness may not be imposed upon one party as a unilateral burden; otherwise, in addition to the legal problems, there is a risk of market disruption, and the imbalance of supply and demand. The regulation established by Article 533 of the Law “On Entrepreneurs“ does not meet these requirements. It clearly violates the fair balance in favour of the majority shareholder.

From the disputed provision, [...] does not outline the purposefulness of the mandatory sale of shares. This, in

turn, allows the majority shareholder to buy out the shares of the minority stockholder even in the case where there is no necessity for the enterprise. [...]”¹³

The Court has established several issues in connection with the “Mandatory Sale of Shares“ in Georgia, due to which the provision is inconsistent with the right to property protected by the Constitution of Georgia:

- The minority shareholder has no legal means for protection against the abuse of economic power by the majority shareholder;
- The minority shareholder has no means to obtain adequate information on the reasons for the mandatory sale of shares and determine his or her position in this regard;
- The procedure envisaged by the provision is non-transparent; during the mandatory sale of shares, the minority shareholder is effectively submerged in an information vacuum and is in a far less advantageous position than the majority;
- The legal system is unable to ensure the protection of the minority shareholders or the determination of their rights.

3.2 The procedure for determining the fair value of shares

The disputed provision provided for several mechanisms for determining the fair value of shares. However, [...] the term “fair value“ is not legally defined. [...]As the Court expounds...] particular importance should be given to the determination of legal procedures for establishing fair value that are unambiguous, clear, and allow no party to manipulate others.¹⁴ [...] The mechanisms for the determination of fair value were as follows:

- Mandatory tender offer (which the Court has considered as being in accordance with the Constitution);¹⁵
- In cases when at the time of the enactment of Article 532 of the Law “On Entrepreneurs“ the majority shareholder is in possession of over ½ of the voting shares of the joint stock company, the Law envisages two mechanisms for the determination of fair value:¹⁶
 - The determination of fair value through the assistance of an independent expert or a brokerage company (legal control) – the Constitutional Court has also considered this method as being in compliance with the Constitution;
 - The determination of fair value by the regulations prescribed by the statute of the joint stock company. In the first instance, the legislature establishes the

¹¹ Ibid: P. II.26.

¹² Ibid: P. II.26.

¹³ Ibid: P. II.28.

¹⁴ Compare, *ibid*: P. II.29.

¹⁵ Compare, *ibid*: P. II.29.

¹⁶ Compare, *ibid*: P. II.30.

lower limit of the fair value – the fair value must not be less than the highest price, which the shareholder implementing the redemption has paid for the shares of the company during the last 12 months. However, this provision only applies in those cases where a sale/procurement of shares of the joint stock company has taken place during the specified period. Nevertheless, the lower limit of the fair value is unclear in those cases where over the last 12 months the shareholder implementing the redemption has not purchased any company stock or trade in these shares has not been carried out at all.¹⁷

When the procedure for the establishment of fair value is determined by a statute of the company, the balance is yet again violated to the detriment of the minority shareholder, allowing him or her no means for legal protection.¹⁸

Thus, the Constitutional Court has assessed the constitutionality of the procedure for the establishment of fair value stock, and considered its one aspect to be compliant with the constitution, while the second was found non-compliant.

III. The Reaction of the Parliament: Overcoming the Ruling of the Constitutional Court?

It can be said that the following two issues became the basis for the above discussed decision of the Constitutional Court to recognize the disputed provision as unconstitutional:

- Within the framework of the given provision, during the mandatory redemption of stock by the majority shareholder, urgent public need was not established;
- In some cases, there was no relevant procedure for the determination of fair value of shares.

The Constitutional Court's consideration of a provision as unconstitutional essentially does not signify the annihilation of the capability of the Parliament. In accordance with the Court's ruling, it enables the Parliament to bring the unconstitutional provision within the frames of the Constitution with the aim to eliminate the highlighted shortcomings, and re-enact it following the required modifications. Moreover, this procedure is useful in terms of constitutionalism. In this case, the Parliament of Georgia could correct the deficiencies and re-adopt the provision, which it intended to do.

On March 14, 2008, the Parliament of Georgia amended the Law "On Entrepreneurs" with Article 534 "On Mandatory Sale of Shares". The first paragraph of the Article expounds on the right of the shareholder to redeem stock from other shareholders at a fair value.

The second paragraph illustrates the right of the Court to render a decision with regards to the mandatory sale of shares. This practice is set out in the Civil Procedure Code of Georgia. Accordingly, the fair value and date of the redemption of stock are determined by the Court ruling on the mandatory sale of shares taken in accordance with regulations prescribed by the Civil Procedure Code of Georgia.

According to Law, no later than one month prior to addressing the Court, the buyer shall publish an application through the Government Printing Office with regards to the mandatory redemption of shares. The application shall contain information on the reasons for, and the terms and procedures of the redemption.

As can be seen above, the Law provides for regulations, according to which decisions on the mandatory sale of shares are made by the Court. The fair value of stock is also determined by the Court. As for the reasons for redemption, their determination is the prerogative of the majority shareholder.

The Law "On Entrepreneurs" also stipulates the right of the Court to render a decision on the mandatory sale of shares. In order to assess the extent to which the given entry is consistent with the standard established by the Constitutional Court of Georgia, the possible bases for the Court's ruling should be examined. This requires a proper analysis of the Civil Procedure Code of Georgia.

On July 11, 2007, Chapter XXXIV² on the proceedings for cases on the mandatory sale of shares in the Civil Procedure Code of Georgia was amended.

Article 309¹³ of the Civil Procedure Code¹⁹ deals with the consideration of the application on the mandatory sale of shares. Paragraph 4 of the Article indicates that the application on the mandatory sale of shares is discussed at the Court hearing. The Court verifies the compliance of the procedures of the mandatory sale of shares with the requirements of the Law. This issue is more broadly regu-

¹⁹ Article 309¹³

1. In its ruling on the acceptance of the application on the mandatory sale of shares, the Court shall determine the appropriate time for an oral hearing and immediately notify the parties of the time and place of the hearing. Then together with a subpoena, the shareholder the redemption of whose stock is required by the buyer (hereinafter referred to as „interested party“) shall be sent copies of the application and accompanying materials and notified on a deadline for the presentation of his/her viewpoints.

2. If the number of interested parties is more than two, they are required to appoint a representative.

3. The Court shall consider the application and render an appropriate decision no later than one month from the receipt of the application.

4. The application shall be reviewed at a Court hearing. The Court shall verify the compliance of the procedures of the mandatory sale of shares with the requirements of the Law. The failure of any party to appear in court does not prevent the resolution of the issue. (July 11, 2007. N5286).

¹⁷ Compare, *ibid*: P. II.30.

¹⁸ *Ibid*: P. II.32.

lated by Article 309¹⁴ 20. The first paragraph of the Article states that, “If the Court establishes the compliance of the procedures of the mandatory sale of shares with the requirements of the Law, and it issues a ruling on the mandatory sale of shares. Otherwise, the Court makes a decision rejecting the requirements of the application.

According to Paragraph 2, “the Court’s decision on the mandatory sale of shares establishes the concepts of fair value and date (appropriate time at the end of the workday) of the redemption of stock, in compliance with which the buyer shall redeem shares from beneficiary shareholders (registration date of redemption).” In establishing the fair value for the redemption of shares, the Court shall take into account the following three issues:

- a) The value of these shares on the securities market;
- b) Estimated future revenue to be collected by the company;
- c) The company’s assets and liabilities.

As seen from the analysis, the Court determines two issues and reflects them in its decision: (1) the compliance of procedure for the mandatory sale of shares with the requirements of the Law, and (2) fair value and date of the redemption of shares. With regards to the provision on entrepreneurs, the application published by the majority shareholder on the mandatory sale of stock, among other things, should contain information on the reasons of the redemption. The validity of these reasons, or their compliance with the Constitution, is not verified by the Court which is not granted a right to do so by the legislation.

IV. The Third Wave of Lawsuits. The Plaintiffs’ Errors

Following the above, a number of suits were filed with the Constitutional Court in two sets. However, the Court recognized neither case as valid.

The reason for the Court’s decision was the action of the Parliament. According to Paragraph 2 of Article 13 of the Law of Georgia “On Constitutional Proceedings”, the rescission of the contested act or the nullification thereof

at the moment of the proceedings causes the termination of the Constitutional Court case, except when the constitutional complaint is essentially pending and it deals with human rights and freedoms.

At this point, three different claims were filed with the Constitutional Court: 1) by the Ombudsman - on September 3, 2007²¹; 2) by Ms Suliko Mashia – on November 19, 2007²²; and 3) by Mr. Zaur Elashvili – on January 9, 2008.

On March 14, 2008, the Parliament of Georgia adopted a new version of the Law “On Entrepreneurs”, after Amendment #5913. The amendment was made to the Law during the period between the filing of the suit by the plaintiff and the case passing the test for admissibility. This formally signified that the Law contested by the claimants was abolished by the Parliament and replaced with a different provision, due to which none of the cases were received by the Constitutional Court.

Subsequently, the plaintiffs filed repeated suits against the now existing provisions. On July 21, 2008, a constitutional complaint was filed with the Constitutional Court by Mr. Zaur Elashvili, citizen of Georgia²³; on August 1, 2008 – by Ms Suliko Mashia, citizen of Georgia²⁴; on December 5, 2008 – by the Public Defender of Georgia²⁵.

The plaintiffs considered that the impugned provision had the same content as Article 533 of the Law of Georgia “On Entrepreneurs”, which was recognized by the Constitutional Court of Georgia as unconstitutional. Therefore the contested provision is contrary to Paragraph 4 of Article 25 of the Organic Law of Georgia “On the Constitutional Court of Georgia”, according to which the Parliament is not entitled to adopt a provision with similar content to that of an unconstitutional provision. The plaintiffs stated that if the Court would arrive at this conclusion at the hearing on preliminary issues, the impugned provision would be rendered null and void as per Paragraph 41 of the Article.

The plaintiffs had filed suits against the appropriate Articles of the Law “On Entrepreneurs” and considered that the existing amendments did not clarify the specific cases where urgent public necessity could be applied. The Court stated that this was [...] *connected to the issue of appropriate legal protection of the minority shareholder. The requirement of the complaint itself did not allow for discussion on this issue. Instead, it was limited to the first Paragraph of Article 534 of the Law “On Entrepreneurs”, which determines the essence, rather than the legal procedure, of the mandatory sale of shares and the position of*

²⁰ Article 309¹⁴: The Court ruling in relation to the application on the mandatory sale of shares.

1. If the Court establishes the compliance of the procedures for the mandatory sale of shares with the requirements of the Law, and it issues a ruling on the mandatory sale of shares. Otherwise, the Court renders a decision rejecting to meet the requirements of the application.

2. According to the decision of the Court on the mandatory sale of shares, the date and the fair value of the redemption of the stock shall be set (appropriate time at the end of the workday), in compliance with which the buyer shall redeem shares from beneficiary shareholders (registration date of redemption).

3. In determining fair value for the redemption of shares, the Court shall consider the following:

- a) The value of these shares on the securities market;
- b) Estimated future revenue to be collected by the company;
- c) The company’s assets (including reserves of the enterprise, business reputation, experience, prospects, and business contacts of the enterprise), and liabilities. (July 11, 2007. N5286).

²¹ Ruling of the Constitutional Court #2/5/433 of June 23, 2008 on the case “Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia”. P.I.1.

²² Ruling of the Constitutional Court #2/7/446 of June 24, 2008 on the case “Citizen of Georgia, Suliko Mashia v. Parliament of Georgia”. P.I.1.

²³ Ruling of the Constitutional Court #2/2/457 of May 4, 2009 on the case “Citizen of Georgia, Zaur Elashvili v. Parliament of Georgia”. P.I.1.

²⁴ Ruling of the Constitutional Court #2/3/460 of May 5, 2009 on the case “Citizen of Georgia, Suliko Mashia v. Parliament of Georgia”. P.I.1.

²⁵ Ruling of the Constitutional Court #2/5/467 of June 8, 2009 on the case “Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia”. P.I.1.

the minority shareholder in this process.²⁶ Under the conditions of applicable regulation, the complaint requirements also do not allow for the assessment of whether there is a possibility of abuse of economic power by the majority shareholder. The reason for this is, as noted above, the plaintiff had not appealed against the provisions regulating the rules of mandatory sale of shares.”²⁷

Accordingly, we were dealing with a case where the substance of the arguments presented by the plaintiffs was unrelated to the contested provision. This constitutes a violation of the requirements stipulated by sub-paragraph “e” of the first Paragraph of Article 16 of the Law of Georgia “On Constitutional Jurisprudence”, as well as a valid reason for the Court to deny consideration of the merits of the claim, which is provided for by sub-paragraph “a” of Article 18 of the same Law.

It can be said that the mistake of the plaintiffs saved the Parliament of Georgia. If not for this factor, no one can predict how the dispute may have ended. The Court advised the claimants to search for the problem within the provisions that determine the procedure. However, following the failed contest, no plaintiffs have since re-applied to the Constitutional Court.

V. Existing reality and challenges - the prospects of constitutional complaints

Taking the above into consideration, a brief summary of the disputes that have been raised in Georgia pertaining to the procedures of mandatory sale of shares can be made. Moreover, it is also possible to discuss the prospects of new constitutional complaints.

The Constitutional Court considered the provision on the mandatory redemption of shares unconstitutional due to two principal reasons:

1. During the process of determination of the mandatory redemption of shares, urgent public necessity was not being established;
2. In some cases, there was no procedure compatible with the Constitution for the determination of fair value of shares.

As a result of the amendments proposed by the Parliament of Georgia, the following situation emerged:

1. The Court verifies the compliance of the procedures of mandatory sale of shares with the relevant requirements of the Law;
2. The Court establishes fair value and date of the mandatory redemption of shares.

However, the Court has no authority to inspect whether the mandatory redemption of shares by the majority shareholder takes place consequent to urgent public need. It seems, of the two reasons that resulted in the recognition of the provision as unconstitutional, one is still present. It

should be noted that the existence of either of these reasons alone points to the unconstitutionality of the provision; their cumulative existence is not necessary.

Once it has been determined that the existing regulations are unconstitutional, the possibilities for the restoration of the violated provision shall be considered. The plaintiffs have appealed to the Constitutional Court several times to no avail. The final claim was rejected by the Court due to the fact that the relevant disputed provisions (the Law “On Entrepreneurs”) did not create the problem which the plaintiffs indicated as the reason to be, which is discussed above. The case concerns a flawed judicial procedure, according to which the establishment of urgent public necessity does not take place during mandatory redemption of shares; the procedure itself is determined by relevant provisions of the Civil Procedure Code. Thus, it would be appropriate if, in the course of the dispute, the plaintiffs appealed with their constitutional complaints to the relevant provisions of the Civil Procedure Code, which would increase the effectiveness of their disputes.

However, until the Constitutional Court renders a decision on such an appeal, there is a reality, according to which, despite the decision of the Court, the Parliament of Georgia has yet to develop adequate safeguards for the protection of the property rights. It has “overcome” the ruling of the Constitutional Court. This fact requires appropriate legal action. However, the Constitutional Court is powerless until an individual whose rights have been violated deems it necessary to appeal to the authority of constitutional review in order to protect his or her rights.

²⁶ Ibid: P. II.5.

²⁷ Ibid: P. II.6.

European Court of Human Rights: Makharadze and Sikharulidze v. Georgia

(App. No. 35254/07)

ECtHR Judgment of 22 November 2011

In its judgment of 22 November 2011², the European Court of Human Rights (ECtHR) held that Georgia failed to protect the life of a prisoner who was suffering from a dangerous form of tuberculosis, thereby violating Article 2 of the European Convention on Human Rights. Moreover, the Court found that the Georgian authorities failed to implement a medical interim measure that had been indicated by the Court in November 2008, resulting in a violation of Article 34 of the Convention. This judgment is not the Court's first ruling against Georgia to deal with the state's failures to protect the health and life of individuals in prison³ and may reflect a more general problem worthy of special attention. Indeed, Georgia's prison population has been steadily rising and the authorities have been unable to ensure adequate monitoring and treatment of tuberculosis and other contagious diseases. According to the Court, the situation represented (at that particular time) "a structural problem in the Georgian penitentiary system" (para. 54). The case under review lucidly demonstrates this.

I. Facts of the Case

On 14 March 2006, the initial applicant, Niko Makharadze,⁴ was arrested on criminal charges for his alleged connections with the criminal world and possession of drugs. At the time of his arrest, Mr Makharadze was already suffering from a dangerous phase of tuberculosis. In his appeal, submitted only two days after his arrest, the applicant complained about the prison conditions and claimed that the detention was not justified due to his state of health. While the Tbilisi Court of Appeals dismissed this appeal, the Court did instruct the authorities that the applicant must be provided with "appropriate conditions of detention and medical care" (para. 7). On 24 July 2006, the applicant was sentenced to 7 years imprisonment.

Subsequent medical examinations confirmed a critical phase of his tuberculosis that required special treatment in a tuberculosis hospital. On 4 July 2008, the applicant, based on the existing medical diagnoses, requested that his prison sentence be suspended. On 30 July 2008, the Tbilisi City Court dismissed this request as manifestly ill-founded. The applicant appealed against this decision and on 25 September 2008, the Court of Appeals granted the applicant's request for an additional medical examination. The prison authorities, however, failed to enforce it in a timely manner and on 21 October 2008, the applicant began a hunger strike in protest. On 4 November 2008, the request was finally enforced and the applicant ended his hunger strike. However, the new prison hospital, where he was placed, failed to provide him with the necessary SLDs and so on 5 December 2008, the applicant started another hunger strike, requesting that the SLDs be provided or he be transferred to a specialized hospital. In the meantime, on 8 December 2008, the Tbilisi Court of Appeals dismissed the applicant's appeal against the decision of 30 July 2008. Thus, his prison sentence was not suspended. On 9 December 2009, the applicant ended his hunger strike. However, from January 2009, he refused to take medication in protest against the prison administration's inability to provide him with a necessary diet. The applicant's condition deteriorated rapidly and he died on 29 January 2009.⁵

II. Legal Framework

The ECtHR first examined the general principles under Article 2 of the ECHR with respect to the standard of *adequate medical treatment* in prison. The Court emphasized that "the obligation to protect the life of individuals in custody also implies an obligation for the authorities to provide them with the medical care necessary to safeguard their life" (para. 71).⁶ After stating that the authorities must account for the treatment of prisoners, the Court pointed out that a "sharp deterioration in a person's state of health in detention facilities inevitably raises serious doubts as to the adequacy of medical treatment there" (para. 72).⁷ According to the Court, the State must present a reasonable explanation as to the cause of death and "the treatment administered to the person concerned prior to his death". While dealing with the state's positive obligations under Article 2, the Court concluded that the state must issue regulations which would compel civil and prison hospitals "to adopt appropriate measures for the protection of patients' lives" (para. 73). The judges hastened to add that such positive obligations also entail the

¹ Dr. iur., Senior Research Associate at the Georgian Institute of State and Law.

² Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, App. No. 35254/07 (ECtHR Nov. 22, 2011).

³ See, generally, N. Rodley and M. Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law* (OUP, Oxford 2009).

⁴ The first applicant's wife Mrs Dali Sikharulidze lodged an application on 3 June 2009 after her husband's death on 29 January 2009.

⁵ Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, paras. 5-33.

⁶ Citing *Taïs v. France*, App. No. 39922/03 (ECtHR June 1, 2006) para. 98; *Huyllu v. Turkey*, App. No. 52955/99 (ECtHR Nov. 16, 2009) para. 58.

⁷ Referring, among others, to *Khudobin v. Russia*, App. No. 59696/00 (ECtHR Oct. 26, 2006).

existence of an “effective independent judicial system” which would be able to determine the cause of death of patients and to ensure the accountability of the respective persons / authorities. In addition, the Court pointed out that the acts and omissions of the medical staff of a hospital as a public institution engages the state’s responsibility under the Convention. Having outlined the ECHR’s general legal framework, the Court went on to address how it applied to this specific case.

III. Application to the Case

The Court examined whether Georgia had failed to comply with its obligations under the ECHR in two steps. The judges aimed to ascertain, first, whether the Georgian authorities did “everything reasonably possible” to save the applicant’s life in prison and, second, whether the state sufficiently accounted for the applicant’s death.

The Court noted that the applicant had received some medical treatment; however, the question to be clarified was whether such treatment had been *adequate* for the applicant’s condition. In this regard, the judges acknowledged that “the adequacy of medical assistance is always the most difficult element to determine” and emphasized the need for some flexibility in determining the standard of health care in prison on a case-by-case basis that accommodates “legitimate demands of imprisonment but remains compatible with human dignity and the due discharge of the State’s positive obligations” (para. 77).⁸ The Court thus identified three basic elements of adequate medical treatment: (1) unlimited access to well-equipped laboratories; (2) the availability of all relevant drugs and (3) appropriately trained clinicians.⁹ With regard to the first element of this test, the Court noted that the Georgian authorities failed to carry out timely and necessary tests to determine the applicant’s condition and ensure special treatment based on an accurate diagnosis. In addition, the authorities failed to provide essential drugs in a timely manner (due to general shortages in medical supplies), further questioning the quality of medical care (paras. 78-80). The Court’s examination of the third aspect of ‘adequate’ treatment – whether the medical staff possessed the required expertise – was also negative (para. 81). The DOTS+programme, a special training course for medical staff, was introduced three months after the applicant’s death, leading to the conclusion that the clinicians could not have possessed “all the necessary skills” to adequately administer the complex medical treatment and deal with all risk factors (paras. 81-84). In addition, the prison authorities failed to implement a

qualified medical recommendation to transfer the applicant to a specialized medical facility, which would have been in a position to provide adequate treatment to the patient.¹⁰ The Court held that this was “another sign of the inadequacy of medical care” (para. 84).

The Court also considered the domestic courts’ position concerning the suspension of the applicant’s sentence, pointing out that the conditional release of a gravely ill prisoner may be required under the Convention (para. 85).¹¹ In this context, the Court concluded that “the domestic decisions did not properly address any of the relevant elements of the compatibility of an ill prisoner’s continued detention with his or her state of health” (para. 86).¹² Moreover, the Court held that since the applicant died in a prison hospital – in a public institution that engages state responsibility – his death should have been investigated in an “independent, impartial and comprehensive” manner (para. 87).¹³ In fact, such an enquiry has never been conducted and thus the state failed to account for the applicant’s death (paras. 88-89).¹⁴

In its conclusions, the Court made an important statement which the Georgian authorities will have to take into account since it describes a general problem relating to the conditions in prison and the failures of the state machinery to take seriously its responsibilities: “...despite the threatening magnitude of the problem of the transmission of multi-drug resistant forms of tuberculosis and the associated high rate of mortality in Georgian prisons, which has prevailed in the country for many years, the relevant State authorities did not begin implementation of the standard general health-care measures – outlined by the WHO as far back as 1997 – until March 2008... This mismanagement by the State in the medical sphere, which directly resulted in or contributed to the death of the first applicant, cannot be justified, under Article 2 of the Convention, by a lack of resources” (para. 90). The Court concluded that the coexistence and cumulative effects of the State’s omissions resulted in a violation of Article 2 of the ECHR (para. 92).

Given this conclusion, the Court did not consider it necessary to examine a possible violation of Article 3 of the ECHR (banning torture and inhuman and degrading

⁸ Referring to *Aleksanyan v. Russia*, App. No. 46468/06 (Dec. 22, 2008) para. 140.

⁹ The Court relied on the WHO Guidelines for the Management of Drug-Resistant Tuberculosis (WHO/TB/96.210).

¹⁰ The respective civil hospitals were already running the specialized programme for treatment of multi-drug resistant tuberculosis.

¹¹ Referring, among others, to *Aleksanyan v. Russia*, App. No. 46468/06 (Dec. 22, 2008) para. 140.

¹² ECHR prevails over domestic normative acts (According to Art. 6 para. 2 of the Georgian Constitution, international treaties of Georgia take precedence over domestic normative acts, provided that they do not contradict the Constitution). The Georgian Courts, as a matter of constitutional law, have to take into account the provisions of the Convention and the ECtHR’s jurisprudence.

¹³ Citing, among others, to *Tarariyeva v. Russia*, App. No. 4353/03 (ECtHR Dec. 14, 2006), paras. 74-5 and 103.

¹⁴ See also another case against Georgia in which a violation of Article 2 of the Convention has been found: *Tsintsabadze v. Georgia*, App. No. 35403/06 (ECtHR Feb. 15, 2011).

treatment).¹⁵ It did consider, however, the issue of whether Georgia had complied with the interim measures the Court had indicated on 10 November 2008 – measures through which the Court had attempted to avert irreparable damage to the exercise of the applicant's Convention rights.¹⁶ Assessment of whether a real threat of immediate damage existed at the time is the Court's prerogative, while the respective Government must demonstrate that it took all reasonable measures to comply with interim measures. If there was an impediment to the implementation of such measures, the Government must show that it tried to remove such an impediment by employing all reasonable means at its disposal. The Court concluded that the Georgian Government failed to demonstrate that "there was an objective impediment to compliance with the interim measure", thus deeming that Articles 34 of the Convention had been violated (paras. 98-105). The applicant's complaint that Georgia also violated Articles 5 (1), 6 (1) and 14 of the ECHR was rejected by the Court – this complaint was considered to be manifestly ill-founded (paras. 106-7). The Court awarded the first applicant's wife (second applicant) EUR 15 000 (paras. 109-11).

IV. Conclusion

This case demonstrates once more that some of the well-known problems with regard to the situation of persons requiring special medical treatment in Georgian prisons remain unresolved. It shows the authorities' multiple failure to ensure comprehensive and adequate medical treatment of a prisoner. It seems questionable whether the Court's conclusion, which is well-founded and based on its existing case-law, will trigger a new wave of discussion in Georgia on these issues.¹⁷ However, it will hopefully compel the Georgian authorities to strengthen their efforts to guarantee sufficiently qualified and resourced medical treatment in prisons. Moreover, the Court's analysis of what constitutes *adequate medical treatment*, which can vary from case to case, may provide some guidance to authorities on how to deal with some of their acute problems. In addition, the Georgian courts will have to adequately consider the ECtHR's conclusions according to which they shall not "turn a blind eye to exceptional gravity" (para. 86) of a prisoner's condition and its compatibility with a continued detention.

Ultimately, it is commendable that the Court gave a detailed analysis of the state authorities' multiple failures leading to the applicant's death in light of the standard of *adequate medical treatment* and convincingly concluded

that the coexistence and cumulative effects of the State's failures to provide adequate medical care resulted in a violation of Article 2 of the Convention. It remains to be seen whether and to what extent this case will set a precedent for other similar cases that may be filed with the Court against Georgia. In any case, it demonstrates how general policy failures affect the individuals' health and life and should be of special interest to policy makers, penitentiary staff, judges and lawyers.

¹⁵ See also the cases in which a violation of Article 3 has been found: Poghosyan v. Georgia, App. No. 9870/07 (ECtHR Feb. 29, 2009); Ghavtadze v. Georgia App. No. 23204/07 (ECtHR March 3, 2009).

¹⁶ Under Rule 39 of the Rules of Court.

¹⁷ This case has been widely reported by the Georgian media. Representatives of the Georgian political opposition have also issued public statements criticizing the Government's failures.

European Court of Human Rights: Bayatyan v. Armenia

I. Introduction

On 7 July 2011, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) adopted a judgment in the case of Bayatyan v. Armenia. The case and its outcome hold great significance not only for the South Caucasus and all Member States of the Council of Europe but the verdict also contributes to the jurisprudence of the United Nations Human Rights Bodies. In Bayatyan v. Armenia the Court reviewed its case-law concerning conscientious objectors. The Grand Chamber noted in its judgment that Article 9 did not explicitly refer to the right to conscientious objection. However, it considered that opposition to military service, when motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience, constituted a conviction or belief of sufficient importance to attract the guarantees of Article 9.

II. Factual circumstances, proceedings at the national level and outcome of the individual application lodged with European Court of Human Rights

The applicant, Mr. Bayatyan, an Armenian national and Jehovah's Witness, refused to perform military service for reasons of conscience; however, he declared his readiness to perform alternative civil service. At that time, Armenia had an obligation to adopt a law on alternative service, which had been left unrealized since it made the relevant commitment prior to its accession to the Council of Europe. Armenia also was under an obligation "to pardon all conscientious objectors sentenced to prison terms or service in disciplinary battalions, allowing them instead to choose, when the law on alternative service has come into force, to perform non-armed military service or alternative civilian service."²

On account of his failure to appear for military service and his evasion of the Commissariat, Mr. Bayatyan was charged with draft evasion in 2001. He was placed in detention and the district court convicted him as charged in 2002. The applicant was eventually sentenced to two and a half years in prison. In 2003, the applicant was released on parole, having served ten and a half months of his sentence. Before the European Court of Human Rights, Mr.

Bayatyan complained that his conviction for refusal to serve in the army had violated Article 9 of the Convention.

In Mr. Bayatyan's case, the Chamber followed the established case-law of the European Commission of Human Rights, finding that Article 9 had to be read in conjunction with Article 4 – a clause that leaves the choice of recognising 'conscientious objection' to Member States. In this regard, the Chamber ruled that Article 9 did not *guarantee* the right to refuse military service on conscientious grounds and was inapplicable.³

The Grand Chamber, however, applied evolutive interpretation, which considers the Convention to be a living instrument that must be interpreted in the light of prevailing conditions and ideas in democratic States. At that time – 2002-2003 – the majority of the Council of Europe Member States had provisions that catered for the right of conscientious objectors to complete alternative civil service.⁴

Thus, the Grand Chamber noted that while Article 9 did not expressly mention the right to conscientious objection, opposition to military service, where motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience, did in fact constitute a conviction or belief of sufficient importance to attract the guarantees of Article 9.⁵ Given this, Mr. Bayatyan's conviction for draft evasion amounted to an interference with his freedom to manifest his religion.⁶

The Grand Chamber concluded that the imposition of a penalty on Mr. Bayatyan, in circumstances where no allowances were made for his conscience and beliefs, could not be considered a necessary measure in democratic society.⁷

Mr. Bayatyan's prosecution and conviction coincided with the period when Armenia was officially introducing alternative service and extending a pardon to all conscientious objectors. Thus, Mr. Bayatyan's conviction and imprisonment on the grounds of conscientious objection ran counter to those reforms and were in no way prompted by a pressing social need. The fact that he was later released on parole had no bearing on the case nor did the adoption of a new law less than a year after Mr. Bayatyan had been finally sentenced.⁸

In the light of the above considerations, the Grand Chamber held that Mr. Bayatyan's conviction amounted to an interference with his right to freedom of religion, which was unacceptable in a democratic society and constituted a violation of Article 9.⁹

¹ Legal Specialist, United Nations Development Programme.

² Opinion No. 221 (2000) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE): Armenia's application for membership of the Council of Europe.

³ ECtHR, appl. no. 23459/03, Chamber judgment of 27 October 2009. This and other judgments and decisions cited below are available at: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

⁴ ECtHR, appl. no. 23459/03, Chamber judgment of 7 July 2011, para. 91.

⁵ *Ibid.* para. 110.

⁶ *Ibid.* para. 112.

⁷ *Ibid.* para. 124.

⁸ *Ibid.* para. 127.

⁹ *Ibid.* para. 128.

III. ECtHR Case-law before the Bayatyan case

The jurisprudence of Strasbourg Bodies that existed prior to the *Bayatyan* case can be summarised as follows:

1. Grandrath v. Federal Republic of Germany¹⁰

Grandrath was one of the first cases concerning conscientious objectors' complaints before Strasbourg bodies. In this case, however, the applicant, as a Jehovah's Witness, refused to perform not only military service but also any kind of substitute service. Criminal proceedings were instituted and Mr. Grandrath was eventually sentenced to six months' imprisonment. His application to the European Commission of Human Rights was admitted in 1965.

The Commission considered that it needed to examine the question of whether there had been a violation of Article 9 (alone), under which:

"Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance."

The Commission considered two aspects of the alleged violation of Article 9 of the Convention to be of primary importance:

- i. whether the civilian service requested of the applicant would prevent him from manifesting his religion as protected by Article 9;
- ii. whether Article 9 was violated by the mere fact that the Applicant was required to perform a service contrary to his conscience or religion.

Although the Commission had decided to examine the alleged violation of Article 9 separately, it still referred to Article 4 of the Convention since this expressly dealt with compulsory service exacted instead of military service in the case of conscientious objectors. It states that forced or compulsory labour shall not include "any service of a military character or, in cases of conscientious objectors, in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service". The Commission observed that Article 4. para. 3(b) allowed "expressly recognised" civilian service to be imposed on conscientious objectors as an alternative to military service and, therefore, the Convention did not permit exemption from such substitute civilian service for reasons of conscience.

In the light of the above considerations, the Commission did not deem it necessary to interpret the notion of "freedom of conscience and religion" in the context of conscientious objection.¹¹

2. Dr. G.Z. v. Austria¹²

Another early conscientious objector applying to Strasbourg Bodies was a university lecturer Dr. G. Z., a Roman Catholic. Unlike Grandrath, he complained about the imposition of military service *per se* and not alternative service. The applicant, having served three months in the Austrian Army, then refused to take any further part in military trainings for religious reasons; he was convicted on this account. In this case, the Commission did not attempt to consider the issue separately under Article 9; as early as the stage of admissibility deliberations, the European Commission of Human Rights had already linked the two Convention provisions together - Article 9 (1) and Article 4. para. 3(b).

According to the Commission, the latter provision "clearly showed" that it was within a state's discretion to decide whether or not conscientious objectors should be recognised; only if they were recognised was the state to provide "some substitute services" for them. The Commission thus held that Article 9 of the Convention was qualified by Article 4. para. 3(b) and did not imply that Contracting States were under an obligation to recognise conscientious objectors and accordingly "make special arrangements for the exercise of their right to freedom of conscience and religion as far as it affected their compulsory military service".

Following the aforementioned observations, the Commission concluded that states which did not recognise conscientious objectors were not prevented from punishing those who refuse military service due to convictions and beliefs.

3. X. v. Federal Republic of Germany¹³

In this case against the Federal Republic of Germany, a German national and Jehovah's Witness opposed not only military service but also alternative civil service since it comprised an element of compulsion. The German legislation at that time provided for 'free civilian service' as an alternative to 'alternative service' for the benefit of those who refused 'alternative civilian service' due to their convictions. In this case, and subsequent case-law, the former Commission affirmed its position of reading Article 9 in the light of Article 4. para. 3(b).

The Grand Chamber observed that before the *Bayatyan* case "it has never ruled on the question of the applicability of Article 9 to conscientious objectors, unlike the Commission, which refused to apply that Article to such persons."¹⁴

This sweeping statement from the Grand Chamber is rather questionable. A few cases can be found involving conscientious objectors where the Court pronounced a verdict on the applicability of Article 9 to the objection of

¹⁰ Appl. no. 2299/66, Commission Opinion of 12 December 1966.

¹¹ Paras. 29-32.

¹² Appl. no. 5591/72, Commission's decision of 2 April 1973, paras. 1-2.

¹³ Appl. no. 7705/76, Commission decision 5 July 1977.

¹⁴ *Bayatyan* GC judgment, para. 99.

military or alternative service for reasons of conscience. Among others, one such case was *Gütl v. Austria*,¹⁵ where the Court made the following observation:

“In the Court’s view, the privilege at issue – namely the exemption from the obligation to perform military service and also alternative civilian service, afforded to religious societies in respect of those who are part of their clergy – shows the significance which the legislature attaches to the specific function these representatives of religious groups fulfil within such groups in their collective dimension. Observing that religious communities traditionally exist in the form of organised structures, the Court has repeatedly found that the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords.”¹⁶

The same was reiterated, *inter alia*, in *Koppi v. Austria*,¹⁷ shortly after the Chamber judgment on *Bayatyan* and before the Grand Chamber judgment of 7 July 2011.

In the above cases, the issue at stake was the refusal to perform alternative civilian service (and not regular military service) on grounds of conscience; also in both cases, the Court examined the issue under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 9 of the Convention and held there was no separate issue under Article 9 of the Convention alone. Nevertheless, Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions¹⁸ – in this context, Article 9. Finally, the Court expressly stated that Article 9 was applicable *inter alia* to exemptions from the obligation to perform military service.

IV. Legislation and practice in South Caucasus Countries

1. Armenia

At the time of the case, the Constitution of Armenia guaranteed everyone’s right to freedom of thought, conscience and religion¹⁹ and stipulated every citizen’s duty to participate in the defence of the Republic of Armenia in accordance with procedures prescribed by law.²⁰

The Alternative Service Act, adopted 17 December 2003 and in force since 1 July 2004, provided for the notion and types of alternative service and the grounds for performing alternative service:

“1. An Armenian citizen, whose creed or religious beliefs do not allow him to carry out military service in a military unit, including the carrying, keeping, maintenance and use of arms, can perform alternative service.”²¹

In response to Opinion No.221 (2000) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Armenia’s application for membership in the Council of Europe, Armenia undertook to honour *inter alia* the following commitments: to adopt, within three years of accession, a law on alternative service in compliance with European standards and, in the meantime, to pardon all conscientious objectors sentenced to prison terms or service in disciplinary battalions, allowing them instead to choose, when the law on alternative service had come into force, to perform non-armed military service or alternative civilian service.²²

2. Azerbaijan

Azerbaijan’s Constitution of 1995 included the right to perform alternative military service on grounds of belief. The wording of the relevant constitutional provision was amended in August 2002 in response to a referendum²³; the word ‘military’ was omitted from the phrase “alternative military service” and the new wording read as follows:

“If serving in the armed forces runs counter to a person’s convictions, active military service can be replaced by an alternative service done in cases specified by law.”

The right to conscientious objection is also included in the Law of 1992 “On the Armed Forces”, Article 2:

“In the cases defined by law, citizens who cannot accept active military service due to their beliefs or other reasons shall serve alternative service for a period of 24 months”.

No further legislation on conscientious objection has ever been introduced, however. In fact, judgments of the Supreme Court of Azerbaijan show that the constitutional right to conscientious objection is irrelevant in practice. On 4 February 2005, the Supreme Court of Azerbaijan found – with regard to conscientious objector Mr. Mahir Bagirov – that the constitutional right to conscientious objection enshrined in Article 76 of the Constitution had no practical implications in the absence of specific implementing legislation.²⁴ Mahir

¹⁵ Appl. no. 49686/99, Chamber judgment of 12 March 2009.

¹⁶ Para. 32.

¹⁷ Appl. no. 33001/03, Chamber judgment of 10 December 2009, para. 27.

¹⁸ See among many other authorities, *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, Appl. no. 28369/95, § 34.

¹⁹ Article 23.

²⁰ Article 47.

²¹ Section 3.

²² Para. 13.

²³ War Resisters’ International (2003): *The Right to Conscientious Objection to Military Service in selected member states of the Organisation for Security and Cooperation in Europe* [<http://www.wri-irg.org/co/osce-rep.htm#Heading7>, last visited on 10 April 2012].

²⁴ Corley, F., “Azerbaijan: Supreme Court Claims Constitutional Right does not Exist.” [<http://www.forum18.org/> last visited on 10 April 2012].

Bagirov, a Jehovah's Witness, had appealed to the Supreme Court after the Baku Court of Appeals had rejected his claim.

As a member of the Council of Europe since 2000, Azerbaijan has yet to honour its commitment to introduce legislation on conscientious objection.²⁵

3. Georgia

Under Articles 3-4 of the Law of Georgia "On Non-Military, Alternative Service", substitute civil service is understood only as an alternative for servicemen; reservists cannot claim to undergo alternative service instead of military service. Under Article 2.2 of the Law of Georgia "On Military Reservist Service", it is the duty of each citizen of Georgia to undergo military reservist service. In 2009, the Public Defender of Georgia lodged a constitutional claim with the Constitutional Court of Georgia requesting to declare as unconstitutional Article 2.2 of the Law of Georgia "On Military Reservist Service".

By judgment No.1/1/477 of the Constitutional Court of Georgia, adopted 22 December 2011, the wording of the Law of Georgia "On Military Reservist Service" lost its unconstitutional implication that conscientious objectors were obliged to undergo military reservist service.

The Constitutional Court of Georgia noted that the right to conscientious objection within Article 19.1 of the Constitution guaranteed freedom of speech, thought, conscience, religion and beliefs but that the provision under question allowed interference with that right. However, in its discussion of a legitimate aim for interference, the Constitutional Court examined not the aim provided for by the Constitution in paragraph 3 of Article 19 but referred to Article 101 of the Constitution.²⁶ Article 19.3 stipulates that the only legitimate aim for limiting the manifestation of rights guaranteed by Article 19.1 is the protection of others' rights. This is not the only shortcoming of Article 19 – there is also no reference to the necessity of interference in a democratic society as a proportionality test for striking a fair balance between the limitation of a right and the legitimate aim sought by that limitation. However, these kinds of shortcomings have been effectively overcome by the Constitutional Court long ago through resorting to the proportionality test that is well established in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Referring to Article 101 when setting a legitimate aim for the limitation of freedom of belief is, however, less convincing. The

Court simply observed that in cases like the present one, the legitimate aim (i.e. defence, national security) would be the aims sought by the obligation provided for in Article 101. In fact, the Constitutional Court held that the interference was not proportional with the legitimate aim sought and, while it left the institution of military reservist service intact, it stripped it of the unconstitutional implications that obliged conscientious objectors to undergo military reservist services.

V. The significance of the Bayatyan judgment in the South Caucasus context and beyond

To date, the overwhelming majority of Council of Europe member States recognised in law and in practice the right to conscientious objection and the right to alternative service. However, the brief review above of the legislation and practices of the countries of the South Caucasus shows that the right of conscientious objectors to alternative service remains an issue.

Following the *Bayatyan* judgment, the European Court ruled on two more cases that had been initiated against Armenia in 2003.²⁷

The two applicants, Messrs Bukharatyan and Tsaturyan were sentenced in 2003 to two years' imprisonment for refusing to undergo military service due to their personal convictions. Their cases reached the ECtHR the same year as Mr. Bayatyan's application. Relying on the *Bayatyan* judgment, the European Court held that Armenia was in breach of Article 9 of the European Convention.

The *Bayatyan* case is a reminder to Azerbaijan to implement the constitutional right and honour the commitment made when joining the Council of Europe. The ECtHR judgment on the Bayatyan case served as a basis for the Constitutional Court of Georgia to ground its findings about the unconstitutionality of the obligation of conscientious objectors to undergo military reservist services.

In addition to the South Caucasus region, the *Bayatyan* case is also relevant for Turkey, where there is still no law sanctioning alternative service. Indeed, based on the *Bayatyan* judgment, the ECtHR pronounced a breach of Article 9 in the case of *Erçep v. Turkey*.²⁸ In the case, concerning the refusal of the applicant, a Jehovah's Witness, to perform military service, the Court took the view that the numerous convictions imposed on Mr Erçep because of his beliefs – in a situation where no form of civilian service offering a fair alternative existed – amounted to a violation of Article 9.

While Turkey has failed to adopt a law on alternative service for conscientious objectors, there is definitely a positive development in the courts' practice, which can be

²⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1398 (2004), Implementation of Recommendation 1358 (2004) on the functioning of democratic institutions of Azerbaijan [<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta04/eres1398.htm> last visited on 10 April 2012].

²⁶ The Article reads as follows: "

1. Defence of Georgia is the duty of each citizen of Georgia.
2. Defence of the country and discharge of military service shall be a duty of every citizen being fit thereupon. The form of the discharge of military service shall be determined by law."

²⁷ ECtHR, appl. nos. 37819/03 and 3 7821/03, Chamber judgments of 10 January 2012.

²⁸ ECtHR, appl. no. 4 3965/04, Chamber judgment of 22 November 2011.

attributed to the *Bayatyan* and *Erçep* judgments. For example, on 7 March 2012, a Turkish court took into account the case-law of the ECtHR about the right to conscientious objection implied within the freedom of religion and beliefs. According to the domestic court, the case-law of the Strasbourg Court can be incorporated into national law and the right of conscientious objectors to alternative service can be implied as a constitutional guarantee for freedom of religion, conscience and belief.²⁹

VI. Concluding remarks

This review has highlighted a recent change in the jurisprudence of the European Court of Human Rights with regard to its interpretation of Article 9 of the Convention and its link with Article 4. The *Bayatyan* judgment will remain relevant for Armenia and Georgia in terms of encouraging a setting of minimum standards for existing domestic legislation and practice. Moreover, the reasoning and finding of the *Bayatyan* judgment will serve as a constant reminder to Azerbaijan and Turkey of their need to introduce laws within their domestic systems that allow alternative service for conscientious objectors – laws that will bring their judicial and administrative practices in line with the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

²⁹ www.hurriyetdailynews.com, last visited on 10 April 2012.

The Case of Tsintsabadze v. Georgia²

1. Introduction

The present case supports an approach taken by ECHR in considering the state's obligation to protect the right to life, and also touches upon custodial conditions in broad terms. The Court assessed the procedural dimension of effectiveness of criminal investigation and the general frame of public responsibilities, as well as the subject of independence of investigation and official forensic examination.³ In a previous judgment against Georgia (Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia⁴), the Court considered the investigation of potential risk of the loss of life, and commented on the duties of law enforcement agencies to prevent death and reduce the risk of loss of life. However, the Court maintained that the risk of loss of life was so great and positive obligations of the state to conduct effective investigation were so far from being exhausted that it amounted to the violation of Article 2 of the Convention.

In the case of *Tsintsabadze v. Georgia*, the Court stated the undisputed fact⁵ that the investigation into the death of Zurab Tsintsabadze (applicant's son) commenced promptly, and that a number of urgent and relevant investigative measures were taken, such as the visit to the site, the autopsy and the examination of various witnesses. The Court observed, however, that there were serious inconsistencies and deficiencies in the manner in which those measures were conducted from the very beginning of the investigation and throughout its duration. Consequently, many obvious questions concerning Zurab Tsintsabadze's suspicious death remained unanswered. Therefore, the Court established that the state did not pass the test of positive obligations under Article 2.

The Court reflected comprehensively on the procedural and substantive aspects of the investigation in the case, but left the complaints under Articles 3 and 13 of the Convention without consideration.

On 15 June 2007, the application was communicated to the Government for concurrent consideration of its merits

and admissibility. Afterwards, the issue of inadmissibility of the application was never raised. Sitting as a Chamber composed of seven judges, the Court, having deliberated in private, delivered the judgment on 15 February 2011. The judgment became final on 18 March 2011.

ECHR statistics on Georgia demonstrate that violation of the right to life and treatment of persons in custody dominate among cases from this country⁶ (of the total of 43 judgments, 10 judgments concern inhuman and degrading treatment, five cases of ineffective investigation under Article 3, three cases of ineffective investigation under Article 2, 13 breaches of physical inviolability, and 10 violations of the right to fair trial). In Armenia, violations of the right to fair trial prevail among cases ruled upon by ECHR (out of the total of 30 judgments, 13 cases involve factual violations of the right to fair trial and six cases involve violations of the freedom of peaceful assembly). In Azerbaijan, leading violations include the right to fair trial, physical inviolability and property rights (out of 51 judgments, 20 concern the right to fair trial, six cases of non-enforcement of the final judgment, 10 breaches of physical inviolability, and 18 violations of property rights).

II. The Facts of the Case⁷

The case was initiated upon an application by Svetlana Tsintsabadze, the mother of Zurab Tsintsabadze who died in custody.⁸ On 30 September 2005, he was found hanging from a rope in a storeroom of the Khoni Prison in Western Georgia. On the same day, the prison governor notified the investigation department of the Ministry of Justice, which oversees custodial institutions, as well the Prosecutor General Office. In a few hours, a formal investigation was launched, with an investigator examining the scene of the incident.

Two different versions of events emerged following the initial investigation: murder and suicide. The investigation and the penitentiary administration insisted that the death was a suicide, and that Tsintsabadze killed himself when he learnt that his ex-wife was going to leave for Turkey. The administration also claimed that the prisoner had been very much distressed because he had not been getting any visits (which could be allegedly verified by his cellmates), and that in the past he was treated at a psychiatric hospital in Batumi.

¹ Member of the Board of NGO Article 42 of the Constitution; Advisor to the State Coordination Council on the Disabled Issues in the Framework of UNDP, Member of the editorial board of the present journal.

² Application no. 35403/06.

³ In addition to the present case, the Court ruled in three other cases from Georgia in 2011: *Enukidze and Girgvliani* (no. 2509/07); *Goginashvili* (no. 47729/08); and *Makharadze and Sikharulidze* (no. 35254/07).

⁴ Application no. 4762/05.

⁵ Para. 77.

⁶ Statistics on the countries (Violations by Articles and by States). Information for 2011. There are violations of other articles of the Convention from the specified list of affairs. But the above-stated articles of the Convention however prevail.

⁷ The applicant was represented by Ms. Sophio Japaridze, a lawyer from the Georgian Young Lawyers' Association, and by Mr. Philip Leach and Mr. Bill Bowring in London.

⁸ Tsintsabadze was sentenced to a three-year prison term for resisting police officers who were trying to stop him from committing an offence (violence and damage to the property of others). Zurab had stormed into the residence of his former wife before being apprehended by law enforcement personnel.

The information about the psychiatric treatment was not confirmed (it was found that before imprisonment, Tsintsabadze did not have any health problems). Some witnesses (other inmates), after being transferred to other institutions, provided statements that shed light on the mystery of the death of Zurab Tsintsabadze.⁹

A forensic examiner who examined Tsintsabadze after the death stated that the corpse had already been removed from the rope before his arrival. A formal forensic examination was conducted, and Tsintsabadze's father was informed of the results when he came to the mortuary to take his son's body for a burial.

Parents of the dead Tsintsabadze insisted that the death was a murder as they maintained that nothing in their son's behaviour pointed to a suicide. The parents refuted the loneliness argument stating that they came to visit their son often and sent him money, which he had asked to pay off a debt. Injuries that the parents observed on the son's corpse, including bone fractures, haematomas and bruises on various parts of the body, corresponded to the version of the events in which their son was trying to protect himself while being beaten. Only his face was free from the traces of battering.

An alternative medical examination was carried out at the deceased's parents' request. The examination discovered a lesion on the neck of the corpse caused by a blunt object. But the examination report stated that the lesion was not the cause of death as it was caused by mechanical asphyxia, as evidenced by histological examination of the lungs, heart and brain of the deceased.

On 29 October 2005, a criminal case against unknown individuals was registered with the charges of driving Tsintsabadze to commit suicide. But, it did not yield any tangible results and was subsequently dismissed on 22 November 2005 due to lack of evidence (paragraphs 34-38 of the judgment). The applicant challenged this decision pointing to all the inconsistencies in the investigation, including the fact that her son's height was 1.78 m and the height of the chair allegedly used for hanging was 0.22 m whereas the ceiling was 2.20 m high, which made hanging unfeasible. However, both the Kutaisi City Court and the Court of Appeals rejected the applicant's complaints on the grounds that all necessary steps were taken to investigate the death, that the death was the result of suicide, and the evidence ruled out the possibility of criminal activity (paragraphs 39-42 of the judgment).

⁹ One of the prisoners named a person with whom Tsintsabadze had had a conversation before his death. He also added that after this conversation, Tsintsabadze was dragged into the storeroom where he was found allegedly self-hanged a few minutes later. In a case file of the investigation subsequently undertaken by the Public Defender's Office, there is an interview with the second prisoner, who while being already at another institution, stated orally that murder cannot be ruled out because Tsintsabadze had been called out for a talk before his death, and the prison governor was related to a person with whom Tsintsabadze had conversed.

An investigation was also carried out on the complaint of Tsintsabadze's father about extorting money from him by one of the inmates of the prison (identified as X. in the judgment), who telephoned the father and demanded money. He informed the father about the death of his son, maintaining that it was a suicide for personal reasons. However, after being transferred to another institution, X. was questioned, first as a suspect and then as an accused. He explained that the applicant's son was killed because of indebtedness to a common fund maintained by prisoners, a so-called *obshiak*.¹⁰

The prosecution was dismissed for the lack of evidence. The Public Defender of Georgia unsuccessfully petitioned the Prosecutor General Office recommending continuation of the criminal prosecution. The response from the regional prosecutor's office stated that facts discovered during the investigation did not substantiate the use of violence and coercion towards the deceased, and that the investigation is inclined towards believing the suicide version (paragraphs 43-57).¹¹

III. Conclusions of the Court with Regard to the Right to Life

In this case, the Court attempted to establish the "effectiveness" test based on the case law and the principle of *stare decisis*.¹² It should be noted that the Court never refers to this principle directly but the wording which is often used, *i.e.* "a well-established practice of the Court", leads to believe that the Court is to a certain degree guided by this principle.

In its review of the present case, the Court referred to the framework of actions of state authorities with regard to the commitment to protect the right to life, which is already established in its case law¹³: "Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction" (paragraph 71 of the judgment).

The Court reiterated that persons kept in custody are in a vulnerable situation, and the authorities must pro-

¹⁰ The U.S. State Department report (dated by 8 March, 2008) concerning the practice of collecting funds in Georgian prisons states: "The 'thieves in law', a powerful network of organized crime gangs, was prevalent in all prisons and routinely extorted payments called *obshiak* from fellow prisoners that were in turn used to bribe prison officials and judges. NGOs reported that many prisoners tried to eschew the payments. Conclusions of the Public Defender's Office indicate that a refusal to cooperate with gangs led to physical and psychological intimidation.

¹¹ This case was assigned to the same investigator who had previously been in charge of other investigations concerning the death of Tsintsabadze.

¹² A legal principle by which judges are obliged to respect the precedents established by prior decisions, the basis for all common law systems.

¹³ Citing the judgment in *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII.

tect them. Where an individual is taken into custody in good health and is found injured on release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused.¹⁴ The obligation of the authorities to account for the treatment of an individual in custody becomes even more stringent where that individual dies.¹⁵

1. Standard of proof “beyond reasonable doubt”. Burden of proof

The standard of proof “beyond reasonable doubt” is commented upon in the case of *Ireland v. the United Kingdom*¹⁶, heard by the Court in 1978. It is presumed that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise with respect to injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.¹⁷

2. Duty to investigate

The inviolability of the right to life puts the state under the obligation to conduct an effective investigation, regardless of whether the perpetrators were private individuals or state agents. The Court maintains that the duty to investigate arises in all cases of killing, including by private persons or persons whose identity is unknown.¹⁸

Keeping with the principle previously established by the Court, investigation must be effective in the sense that the authorities must take reasonable steps available to them to secure the evidence concerning an incident, including eyewitness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury, if any, an objective analysis of clinical findings, and the cause of death.¹⁹

With respect to the investigation’s conclusions, as stated in the relevant judgments,²⁰ the Court emphasized that they must be based on thorough, objective and impartial analysis of all the relevant elements. Any deficiency in the investigation which undermines its capability of establishing the circumstances of the case can mean that the person responsible is liable to fall foul of the required measure of effectiveness.

For an investigation to be effective, the persons responsible for and carrying out the investigation must be independent and impartial, in law and in practice. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection with those implicated in the events but also practical independence.²¹ There must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation and its results to secure accountability in practice and maintain public confidence.²² The Court also stressed the importance of involving the victim and/or the next of kin and legal successors of the victim in the procedure to the extent necessary to safeguard their legitimate interests.²³

IV. Application to the Present Case

The Court had no doubts about the admissibility of the application under Article 2. However, the Court had to establish (i) whether an effective investigation took place, and (ii) whether the investigation was independent and impartial.

The Court assessed both versions of the events: suicide and homicide. The Court noted that all the main investigative measures for the case of Zurab Tsintsinadze were conducted by an investigation department of the same ministry (the Ministry of Justice), and that department’s findings were then straightforwardly endorsed by the public prosecutor, without any additional inquiries of his own, as the basis for dismissing the case. The Court has an established practice of assessing the issue of institutional connection (see, e.g. *Ergi v. Turkey*²⁴). In the present case, the institutional connection between the investigators and those implicated in the incident, in the Court’s view, raises legitimate doubts as to the independence of the investigation conducted, viz.:

- A detailed analysis of the circumstances surrounding the various investigative actions taken reveals a number of serious omissions, including handling evidence. The Court also noted that the

¹⁴ The Court cited the judgment in *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V.

¹⁵ The Court cited the judgments in *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 91, ECHR 2001-III and *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 99, ECHR 2000-VII.

¹⁶ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161, Series A no. 25.

¹⁷ *Salman*, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 109, ECHR 1999-IV; and *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000; also *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 121, ECHR 2000-IV.

¹⁸ *Menson v. the United Kingdom* (dec.), no. 47916/99, ECHR 2003-V; and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 110, ECHR 2005-VII.

¹⁹ *Salman*, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 109, ECHR 1999-IV; and *Gül v. Turkey*, no. 22676/93, § 89, 14 December 2000.

²⁰ *Esat Bayram v. Turkey*, no. 75535/01, § 47, 26 May 2009; and *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], no. 52391/99, § 321, ECHR 2007-VI.

²¹ *Ramsahai and Others*, cited above, §§ 325 and 333-346; and *Scavuzzo-Hager and Others v. Switzerland*, no. 41773/98, §§ 78 and 80-86, 7 February 2006.

²² *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, § 82, Reports 1998-IV.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, §§ 83-84, Reports 1998-IV; and *Scavuzzo-Hager and Others v. Switzerland*, §§ 78 and 80-86.

investigation failed to obtain fingerprints from a number of objects which the deceased touched or could have touched.²⁵

- The Court observed that the facts cited in the applicant's complaint were not given due consideration. The Court expressed surprise at the fact that the investigation did not question the guard who was on duty during the night when Tsintsabadze died. The investigation also failed to elucidate the facts surrounding the manner in which Zurab Tsintsabadze had entered the locked storeroom (see *Beker v. Turkey*²⁶).
- The Court noted that the applicant and other next of kin of the deceased were not informed in advance of the investigator's decision to order a forensic examination of the body of Tsintsabadze. The Court noted that such a manifest lack of involvement limited the public scrutiny of the relevant forensic examination, thus tainting the credibility of its findings.
- The Court additionally pointed to a substantial inconsistency between the conclusion of the official forensic examination and the subsequent alternative autopsy report. This position of the Court is significant in the light of a long-standing problem of independence of forensic examination and discrepancy between conclusions of official examination and independent medical examination.²⁷

In this case, only the applicant insisted on the possibility of a homicide. The investigation was content with the suicide version. As transpired from the statements of witnesses, in order to be able to afford the purchase of a cell phone, the applicant's son took a debt, which he failed to repay on time. However, this information was obtained from witnesses after the completion of the investigation. But the Court, while considering the information's admissibility, evaluated the circumstances that did not allow them to make the said statements earlier. The Court concluded that the statements contained accurate and reliable information about the death of the applicant's son. The same practice of assessing evidence is used in many cases heard by the Court (here the Court adheres to the conclusions made in *Brecknell v. the United Kingdom*).²⁸

In light of the circumstances caused by numerous inaccuracies and omissions in the investigation of the suicide version, the Court agreed with the opinion of the applicant that the version advanced by the investigation was not trustworthy.

The Court concluded that the investigating authorities failed in their duties, and the respondent State failed to satisfy the burden of proof resting on it to provide a sat-

*isfactory and convincing explanation as regards Zurab Tsintsabadze's death, thus directly engaging the State's responsibility for the loss of life. In the light of its assessment, the Court found that the investigation into the death of the applicant's son was not independent, objective or effective (see *Mojsiejew v. Poland* and *Beker v. Turkey*²⁹). The Court ruled that there was a violation of Article 2 of the Convention.*

The applicant was awarded EUR 15 000 in respect of non-pecuniary damage and EUR 4 047 for costs and expenses.

V. Other Complaints

Having considered the issue of the violation of Article 2 of the Convention, the Court decided that it resolved the central legal issue of the present application, and that it was not necessary, in the particular circumstances of the present case, to examine separately the complaints under Articles 3 and 13 of the Convention (paragraph 96 of the judgment) by citing the practice in the cases of *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia* and *Abdullah Yilmaz v. Turkey*.³⁰

Unfortunately, the Court did not substantiate this position. It is regrettable that the Court stayed away from the consideration of other claims in the framework of the Convention, particularly under Article 13.

With respect to its approach of "non-consideration", the Court in *Angelova v. Bulgaria*³¹ stated that "in cases where the Court establishes the violation of the obligation of effective investigation in case of death, it necessarily omits the consideration of violations under Article 13. It transpires henceforth that the issue of procedural consideration of Article 2 and Article 13 of the Convention depends on the circumstances of a specific case, but nonetheless the set of issues espoused as effective remedies is practically identical." It is presumed that in cases under Article 2, the obligation of effective investigation is based on the assertion that the right to life must be protected.³² In *Dikme v. Turkey*³³, the Court established that "the investigation under Article 2 should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. Otherwise, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment would, despite its fundamental importance, be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity."

²⁵ Articles 28, 333 and 236 of the Code of Criminal Procedure of Georgia.

²⁶ *Beker v. Turkey*, no. 27866/03, § 47, 24 March 2009.

²⁷ This matter is raised in other applications against Georgia. However, the ECHR case law on this point is rather limited.

²⁸ *Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, §§ 70-71, 27 November 2007.

²⁹ *Mojsiejew v. Poland*, no. 11818/02, § 65, 24 March 2009; and *Beker*, §§ 53 and 54.

³⁰ *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia*, no. 18183/05, § 72, 8 June 2010; and *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, no. 21899/02, § 77, 17 June 2008.

³¹ *Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, 13, June, 2000.

³² As per Article 2 ("Comments on Article 3 of the Convention," Interights, www.interights.org).

³³ *Dikme v. Turkey*, no. 20869/92, 11 November 2000, § 101.

The Court's position on the assessment of legal fees shall be deemed commendable as the Court considered that the insufficiency of the relevant financial documents (invoices and receipts) cannot eradicate the fact that the Georgian and British lawyers actually rendered the necessary legal assistance to the applicant. The Court already faced this problem in other Georgian cases³⁴, and here too the Court doubted neither the fact of legal assistance, nor the itemisation of hours spent. Ruling on an equitable basis, the Court considered it appropriate to award the applicant EUR 1,450 and GBP 2,200 on account of her representation by, respectively, the Georgian lawyer and the two British lawyers.

VI. Conclusion

The present case is remarkable as the Court reviewed every action of the investigating authorities and thoroughly assessed the official investigation of the interference with the right safeguarded under Article 2 of the Convention. The Court stressed that every procedural step may not be necessary and "useful" for the purposes of the investigation, and the number of actions undertaken cannot be considered to be a qualitative indicator of the fulfilment of positive obligations of the state. Rather, each procedural action shall conform to the test of effectiveness.

Despite a number of reforms implemented in order to improve the system of criminal justice, which include enactment and enforcement of the new Code of Criminal Procedure improving administration of criminal proceedings and granting the defence additional procedural rights for discovery of evidence, unfortunately, the subject of effective investigation is still quite challenging in Georgia.³⁵

The established approach of the Court to the assessment of witness testimony is commendable as it reviews them without regard for the time of submission, in contrast to internal proceedings in Georgia where the time of submission of evidence is given much importance, and evidence is deemed inadmissible if it fails to comply with this requirement. The burden of proof of failing timely submission is on the defence, which is fairly rarely taken into account by courts.

However, it is regrettable that having given sufficient attention to matters arising under Article 2 of the Conven-

tion, the Court left unexamined other complaints in the application. The analysis of ECHR judgments leads to a conclusion that the Court has not found a specific "recipe" for dealing with issues of ineffectiveness of legal remedies. As stated above, the Court elects to review this issue within procedural aspects of either Article 2 or Article 13.

I believe that consideration under Article 13 presumes broad assessment of existence of effective remedies both in theory and practice. In turn, consideration of effective investigation under Articles 2 and 3 permits to conclude on effectiveness of steps taken within a specific case, but does not allow the general assessment of effective remedies on the national level.

In view of sequential resolution of issues in the Court's practice, I am of the opinion that future judgments will permit to assess infringement of the above-mentioned Articles within one and the same case.

³⁴ Patsuria v. Georgia, no. 30779/04, § 103, 6 November 2007; Klaus and Iouri Kiladze v. Georgia, no. 7975/06, §§ 91-94, 2 February 2010; as well as Volkova v. Russia, no. 48758/99, § 46, 5 April 2005; and Fadeyeva v. Russia, no. 55723/00, § 149, ECHR 2005-IV.

³⁵ The Code came into force in October 2010 (though some chapters of the Code has been gradually entering into force after this date). The Code supports the system of jury trial and gives the criminal defence a chance to conduct an independent investigation. However, the notable lack of judicial oversight of the initiation / dismissal / discontinuation of criminal proceedings in the Code remains a problem.

Review of the Legislation of the Republic of Azerbaijan for 2011

According to the legislation of Azerbaijan, legal acts are mainly adopted by Parliament, the President and the Cabinet of Ministers; reforms in legislation for 2011 will be presented in those categories.

First of all, it should be mentioned that 2011 was a particularly fruitful year in terms of lawmaking with significant reforms being carried out in judicial-legal field. Moreover, just prior to 2011, new regional administrative-economic courts and regional courts of grave crimes were established. Thus, during the year, people's access to justice became easier, especially after the Administrative Procedure Code and Law on Administrative Proceeding had entered into force.

1. In addition to the above, numerous legal acts were adopted by **Parliament**.

One of the main acts was the *Law on Compulsory Insurance*, adopted on 24 June 2011, which aims to protect the interests of individuals and entities in the event that their property or health is damaged (depending on the type of insurance). The Law emphasizes, however, that lost profit is not taken into account when such compensation is made.

Another new act is the *Law on Protection and Utilization of Genetic Pools of Cultivated Plants*, dated 13 December 2011, which forms the legal basis for protecting and ensuring the rational use of cultivated plants, their wild ancestors. It also determines issues related to the production of genetic resources for food and agriculture, scientific research, breeding and awareness-raising activities.

On 23 December 2011, the *Law on Military Duties and Service* was adopted, replacing the previous *Law on Military Service*. This means that instead of the military draft being managed by the regional military commissariats under the Ministry of Defense, it will now be carried out by a special autonomous agency – the State Service on Military Draft.

A vital issue in contemporary Azerbaijan is social security. Due to the country's rapid and extensive development, new socio-economic relations have occurred – a situation that lawmaking has struggled to keep a pace of. Thus, the new *Law on Social Service* was adopted on 30 December 2011 to regulate relations that occur in providing social services for the low-income sector of society.

2. The majority of lawmaking action in 2011 comprised Decrees from the **Head of State** – scores of acts became active due to the President's initiative.

One of the important Presidential Decrees was on *Rules of Proposing Treaty-making and Annulations of International Agreements by Central Executive Authorities and Public Companies*, which was adopted on 19 January 2011.

On 14 February 2011, a Presidential decree was issued to strengthen the social security traffic police officers – according to the decree, 25% of fines collected from those violating traffic rules will be transferred to monthly salaries of the traffic police officers.

On 15 February 2011, a new *Charter on the Rules of Holding Registration of Single Data as a Result of Entrepreneurship Inspection* was signed. The responsibility for providing such registration is shouldered by the Ministry of Justice.

On 3 February 2011, the *List of Officials with Service Passports* became effective. Prior to this, many questions regarding the range of officials who can own such passports existed.

State registration of legal acts in Azerbaijan is administered by the Ministry of Justice, a duty fixed in its Charter. The new *Charter on Rules of Including New Legal Acts in the State Register*, adopted by Presidential Decree on 1 June 2011, more precisely determines the procedure for registering a legal act by the Ministry. In addition to this act, the adoption of the Presidential Decree on 26 October 2011 on the *Rules of Drafting and Adopting Legal Acts by Local Executive Authorities and Municipalities* was a logical extension to this process.

At the end of the year, the most significant act came into force: on 27 December 2011 the Head of State signed the *National Action Program on Improving the Effectiveness of Protecting Human Rights and Freedoms in the Republic of Azerbaijan*. This program identifies the specific tasks involved in implementing human rights instruments for the Supreme Court, General Prosecution Office, Ombudsman, Judicial Legal Council, Bar Association, National Television and Radio Council, Press Council, etc.

3. Important attempts have been made by the **Cabinet of Ministers** to plug remaining gaps in legislation.

For example, the *Rules on Expenditures for Moving Residence and the Lump Sum Allowance by Prosecution Officers and their Family Members* was adopted by a decree of Cabinet of Ministers on 11 February 2011. Also, on 16 March 2011, new *Rules of Negotiation and Execution of Agreements on State Registration of Branch Offices of Foreign NGOs in the Republic of Azerbaijan* came into force and eliminated the previous ambiguities in this area.

The *Rules on Holding Competition for Selecting Companies or Persons that Draft Resettlement Plans or Instructions* was adopted on 21 April 2011 to cope with the

¹ PhD, Vice-Dean of the Faculty of Law of Baku State University; Partner Baker & McKenzie, Member of the editorial board of the present journal.

vast construction and building boom that has occurred in Azerbaijan over the last 6-7 years.

As a result of the activity of Cabinet of Ministers, new *Rules on the Review of the Application of Invention, Utility Models and Industrial Design to National Security* was also adopted on 10 November 2011. And *Rules on Registering Mobile Hardware* came into force on 28 December 2011, a law that aims to regulate against cell phone trafficking – due to the transit position of the country, there have been several cases of cell phone trafficking in Azerbaijan.

4. In addition to the new legal acts mentioned above, Parliament has also made many **progressive amendments** to several existing codes and laws.

Thus, new relationships that have arisen in recent years are now stipulated for within the **Administrative Offences Code**. According to recent changes in the Law on Public Service, all State bodies should provide the Commission of Public Service under the President of Republic of Azerbaijan with information about their public servants – bodies that conceal such information will now incur a fine in the range of 300-700 AZN².

Another new type of offence – the illegal acquisition of goods from individuals and legal persons at sea and river ports, railway, bus stations, airports or at other border checkpoints – was included in the Code.

The final amendment, made 30 December 2011, means that applicants providing false information during the registration of legal entities become subject to administrative liability – a fine of 700 AZN is imposed on individuals and 4000 AZN on legal entities.

In 2011, the **Criminal Code** was also subjected to some substantial changes, such as the elimination of the criminal sanction called *the limitation of freedom*. On 31 May 2011, this sanction was fully excluded from the Code due to its history of misapplication (limitation of freedom relates to maintaining those who are convicted who are eighteen at the time of the court ruling in a special establishment that does not isolate them from society but keeps them under supervision).

In regard to gender equality issues, an important article was added to the Criminal Code – forced marriage became subject to criminal liability, with a fine in the range of 2000-3000 AZN or imprisonment for 2 years. Also, on the same day, an amendment to the **Family Code** came into force that changed the legal age of marriage for women from 17 to 18 years' old.

Important changes were also made to the **Labour Code, Law on Labour Pension and Law on Public Service** in order to tackle youth unemployment. In connection with this, the legal age for employment in public bodies was limited to 65 years' old – only in special cases can it be 70.

An amendment, on 18 March 2011, to the *Law on Prosecution bodies* introduced new operations staff to the Department Combating Corruption (under the General Prosecution Office). The Department had been established in 2004 as a new investigation body in line with the passing of a legal *Act on Combating Corruption*. Although the body was to be responsible for prosecuting corruption cases, the relevant investigative operations were still conducted by the police – information that was only available at the request of the Department Combating Corruption. The new amendment is aimed at making the Department more effective.

Of course, various other laws were also subject to progressive amendments, such as the *Law on Notary, Law on Road Traffic, Law on Courts and Judges, Criminal procedure Code, Civil Code* and etc.

In 2011, more than twenty rulings were issued by the Constitutional Court on the interpretation of laws. As a result of these interpretations, several amendments were made to various legal acts. According to the Law on the Constitutional Court, the decisions of the Court are adopted based on the complaints of individuals or legal entities, or at the request of other courts and authorized bodies. In 2011, twenty rulings were issued according to the request of other courts and authorized bodies, while five were related to individual complaints.

The year was especially productive in the judicial-legal field. At the end of 2010, an announcement on the submission of applications for vacant judicial positions was issued and more than 400 candidates participated in the entrance examination. The selection process is still going on and, at the time of writing, 102 candidates who successfully passed the exams have begun their initial training. Currently, the total number of acting judges is more than 470.

At the same time, the selection process, which started in 2011, for membership of the Bar Association is progressing. The candidates are now at the final stage, and when the selection process is complete, the total number of attorneys will be more than 800.

² Exchange rate as of 30 April 2012: 1 USD = 0.7862 AZN.

Report on Legislative Changes in Georgia

The present report attempts to shed some light on the reforms which are underway in Georgia both at legislative and practical levels. The aim is to provide succinct information about those considerable changes that have taken place in the span of the last several years. In the framework of the present report, we would not attempt to discuss the efficiency of such reforms. It contains information about only the reforms introduced.

Reforming the Judiciary

In accordance with the current reforms in judiciary, the courts operate as chambers: the Chamber of Administrative Cases, Chamber of Civil Cases, and Chamber of Criminal Cases². The institution of magistrates that review petty cases (such as family, economic and other disputes) has been introduced to speed up the court proceedings. The institution of admissibility is a new concept in cassation proceedings, implying that only those cassation appeals will be admitted for the consideration, which allege multiple violations or have the case law character (with the view of establishing a homogenous jurisprudence). In administrative proceedings, the institution of admissibility, at the first instance stage, aims at ascertaining the following: the jurisdiction of the Administrative Chamber, statutory limitations on the terms of application, and the fact of alleged violation of the claimed rights and freedoms).

Since the beginning of 2004, the amount of budgetary allocations to the judiciary has increased considerably³. Presently, the High Council of Justice is in charge of nomination of a judge on the basis of successful test results shown by a graduate candidate from the High School of Justice⁴. Starting from 2003, it is planned to appoint judges for the lifetime tenure, following a three-year probation period.

As a part of the constitutional amendments of 2006, the High Council of Justice has also undergone reforms and currently it is mainly composed of the representatives of the judiciary. The High Council of Justice has become an independent institution led by the President of the Supreme Court of Georgia (before this reform, the Council

had been a consultative body of the President of Georgia, with the latter nominating candidates for the position of a judge).⁵ Judges are in the majority of the Disciplinary Board which reviews the cases of disciplinary prosecution.⁶ Reforms of the High Council of Justice continue. They are aimed at increasing the degree of independence of the judiciary, levels of professionalism and ensuring the guarantees of the judges.

The reforms of the courts of general jurisdiction have also addressed the terms of proceedings. The deadlines for reviewing cases in courts of all levels are fixed in express terms by relevant procedural norms. The standard of judicial processes management and the judicial system administration has improved significantly. The logistical support has also been enhanced. The courts buildings have been reconstructed and refurbished.

In order to lessen the burden on the judicial system, competences are strengthened and functions are enlarged for the bodies of the Civil Registry, which reports to the Ministry of Justice. Following the approval of a package of legislative changes, these bodies have become competent to fix inaccuracies in the records of civil status acts that have been previously under the clear jurisdiction of courts.⁷

According to the constitutional amendments of 2010, the Constitutional Court will be competent to review actions lodged by self-governance bodies (on behalf of members of the Council) regarding the compatibility of normative acts with the Chapter Seven of the Constitution. It will also review constitutional submissions lodged by the High Council of Justice on the cases of compatibility of normative acts with Articles 82, 84, 85, 86¹ and 90 of the Constitution. There is a new institution of *amicus curiae* in constitutional proceedings that permits relevant persons to submit their written opinions regarding any specific case.

In conformity with the latest constitutional amendments, the right to be elected is provided to persons who are born in Georgia but are citizens of the member-countries of the European Union, provided that they have been living in the territory of Georgia for the last five years by the time of election⁸. The age requirement was reduced for members of the Parliament. This means that any citizen of Georgia that has electoral rights and is aged 21 (earlier it was 25) can be elected to the post of a member of the Parliament.

Any person who has attained the age of 35 years, possesses electoral rights, and has lived in Georgia for at least five years can contest in the presidential elections. Before

¹ Member of NGO Board «Article 42 of the Constitution», consultant of the State Coordinating Council on the Issues of Persons with Disabilities, Member of the editorial board of the present journal.

² The gradual reform of the judicial system is starting in 2005.

³ If during the period of 2003, finances have amounted to 11.1 million GEL (national currency), this sum reached 38.8 million GEL in 2011.

⁴ Law adopted by Parliament on 28 December 2005.

⁵ Legislative changes made on 25 May 2006. Subsequently, the number of representatives of judiciary system and the Parliament has been changed on several occasions. But this change was slight.

⁶ During the years of 2005-2006, the Disciplinary Board has been instrumental in influencing judges stemming from its composition.

⁷ Law on Civil Acts.

⁸ Constitutional Law of Georgia dated 22 May 2012.

this change, only natural born citizens of Georgia could be eligible candidates for the post of the President of Georgia.

The reforms have been also implemented in the public prosecutor's office of Georgia. Starting from 10 November 2008, the prosecutor's office is subordinated to the Ministry of Justice.

The Justice Houses set up under the Ministry of Justice (starting from the year of 2010) have been active in providing comprehensive and multifaceted services for citizens within the State jurisdiction (issuance of passport, identity cards, certificates of birth and death, certificate of property *etc.*).

Criminal legislation

Starting from 1 October 2010, a new Code of Criminal Procedure entered into force (except some chapters and provisions that will enter into force gradually by 2014).

The New Code envisages the institution of jury trial. Under the Code of Criminal Procedure, the right to a trial by a jury panel is provided to any accused person. The jury panel is composed of 12 members selected randomly out of 50 candidates from a pre-approved list. Unlike ordinary proceedings, a verdict reached by the jury trial can be appealed only in cassation proceedings. In case of ordinary proceedings, a decision of a first instance court is challenged first in appeal proceedings and then in cassation proceedings.

During the initial stage, this institution is used only for certain categories of crimes (Article 109 of the Criminal Code – murder with aggravating consequences within the boundaries of the city of Tbilisi). The evaluation of effectiveness of this institution and its impact on justice administration in the contemporary period is impossible due to a few numbers of tried cases (only four such cases so far).

The New Code of Criminal Procedure is based upon the following principles:

- Adversary nature of proceedings both at the level of pre-trial investigation and court trial; reduction of the number of stages of pre-trial investigation; and increased emphasis on a trial;
- Obligation of Prosecutor Office to react to any breach of law; limitation of the role of prosecutors only to participation in criminal prosecution and discretionary powers of a public prosecutor;
- Operative search is performed only at the pre-trial stage of investigation, under strict review of a court;
- Enforcing more effective judicial review on the rights of an accused during pre-trial investigation;
- Limitation of using pre-trial detention and recourse to alternative measures;
- Separate stage of preliminary trial;
- Observance of principles of oral and direct examination of evidence; jury trial;
- The use of admissibility of applications in the appeal and cassation instances;

An important feature of the new Code is the right of an accused to obtain evidence/proofs, independently or with the help of a defence counsel. While assessing proofs/evidence, it is necessary to adhere to the principle of beyond a reasonable doubt (the principle used in the practice of the European Court). It is possible to examine a witness from a distance with the aid of technical means.

Under the new Code of Criminal Procedure, a finding of the European Court of Human Rights can serve as a basis for reopening the proceedings at the national level. However, an applicant whose Convention rights and freedoms were found to be violated must appeal to a domestic court within one year after the judgment of the European Court became final.

On 27 March 2012 a new provision entered into force and set the deadline of 1 July 2012 for motioning reopening of proceedings before the national courts with respect of those judgments of the European Court which were adopted before 1 January 2010. Accordingly, the applications filed after this date will not be admitted.

Under the amendments made to the Code of Criminal Procedure in July 2010, the discretionary power of a public prosecutor to resort to mediation in cases involving minors was introduced.

As a part of the measures undertaken in 2011, instructors, psychologists and other specialists are involved to work in cases that deal with minors. The aim of this project is to bring back troubled minors into the society as law-abiding citizens, without resorting to penal sanctions. This program so far worked with 100 minors, and has been implemented in five cities of Georgia. In the course of 2012, it is intended to apply it all over the territory of Georgia.

Besides that, currently, the Mediation Office operates under the Ministry of Health and Social Welfare and examines the disputes between citizens and insurance companies within the framework of medical insurance.

Criminal Code of Georgia

To improve the regulation of certain acts, the chapter on Cybercrime, which consists of several articles, was added to the Code of Criminal Procedure of Georgia in July 2010⁹. It intends to ensure the integrity of cyber data. Hacking into cyber data and its illegal use are criminalised. These amendments have been in force since 10 July 2010. Relevant changes were also made to the Laws on Operative Search Activity and on Electronic Communication.

Law on Assemblies and Manifestations

On 13 June 2011, Parliament of Georgia amended the Law on Assemblies and Manifestations. The stated aim of these changes was the elaboration of principles to meet

⁹ Chapter XXXI of the Criminal Code.

the relevant recommendations of the Venice Commission about application of international standards in relation to rallies and manifestations.

Under the amendments, dated 17 April 2010, made to the Code on Administrative Violations (Article 174), the breach of Law on Rallies and Manifestations can be punished by a fine from 500 up to 5000 GEL or imprisonment up to 90 days (depending on the nature of violation). If these norms are breached directly by organisers of rallies and manifestations, they can be subjected to a fine of 5000 GEL¹⁰.

Law on Gender Equality

The Law on Gender Equality entered into force on April 2010. This Law envisages equality of women and men in the field of social, economic and political rights. It defines the activities of the Council of Gender Issues operating under the Parliament of Georgia, whose functions involve defining the state policy on gender issues. The Law contains declaratory provisions and needs further improvement.

Much effort has been made towards the improvement of protection mechanisms envisaged by the Law on Preventing Domestic Violence and Protecting and Assisting Victims of Domestic Violence¹¹. While entering into force, the Law envisaged gradual enactment of some provisions of the Law. Some mechanisms needed additional improvement (for instance, setting up State shelters for victims of domestic violence, professional training of social workers, *etc.*). Additional competences are given to the State Fund for Protection of Human Trafficking Victims towards regulation of issues related to domestic violence.

Law on Political Associations

Under the changes effected on 28 December 2011, political parties are forbidden from transferring money, gifts and any other pecuniary or non-pecuniary values to citizens through a candidate or any other representative.

The Law of Georgia on Political Associations of Citizens also limits the amount of possible State funding, donations or any other sums that can be received, directly or indirectly, by members of a party, or any other individual or a legal entity connected with a political party (this amount should not exceed 0.2% of Georgia's GDP in the previous year)¹². Under the changes, the amount of expenditure of a political party must not exceed 0.2% of Georgia's GDP in the previous year.¹³

Code of Civil Procedure

Starting from 1 January 2012, the whole range of procedures pertaining to the Code of Civil Procedure underwent changes. The judicial reform is aimed at giving "strategic functions" to judges when considering disputes, while technical issues are transferred to the Administrative Office of a Court. Obligations of plaintiffs are extended as well.

Under the new rules, the Administrative Office of a Court is entitled to verify whether an application and attached documents meet the formal requirements. Previously, the function of verification of the formal compatibility of an application fell within the competence of a particular judge considering a dispute. If relevant requirements (the use of special application form defined by the High Council of Justice; filling in mandatory sections of application form *etc.*) are not met, the Administrative Office may reject the documents until indicated discrepancies are rectified.

Legislative changes have also covered transferring correspondence to a respondent. If an individual plaintiff (or his/her representative) or a commercial legal entity applies to a Court (or a case is filed against such an entity), a plaintiff is obliged to transfer all relevant documents to a respondent and submit the confirmation to the Court within two months. If this obligation is not fulfilled, the court is entitled to not admit the application for the consideration of merits. In case a respondent avoids the justice, a plaintiff is authorised to motion the public announcement of the application before the Court.

The transfer of notifications via electronic mail is made possible. This is equivalent to submission of documentation in person (preliminary agreement of all parties is required). Once documents are transferred via email, its delivery is electronically confirmed.

¹⁰ In force since 27 April 2010.

¹¹ Previously, in 2006, the Law on Preventing Domestic Violence and Protecting and Assisting Victims of Domestic Violence and the Law on Combating Human Trafficking were adopted.

¹² Article 5¹.

¹³ Article 25¹.

НОВОСТИ ИЗ РЕГИОНА

Азербайджан

Когда: 30.4 – 4.5.2012 и 7.5 – 11.5.2012
Где: Академия юстиции Азербайджана, Баку
Что: Круглый стол по вопросам административного права
Организаторы: Совет юстиции и права Азербайджана, Германское Общество по международному сотрудничеству (GIZ)
Участники: Судьи

Когда: 30.4 – 5.5.2012 и 7.5 – 12.5.2012
Где: Академия юстиции Азербайджана, Баку
Что: Круглый стол по вопросам гражданского права
Организаторы: Совет юстиции и права Азербайджана, GIZ
Участники: Судьи

Когда: Октябрь 2012 г.
Где: Азербайджан, Баку
Что: Круглый стол по вопросам административного процессуального кодекса
Организаторы: Администрация парламента, GIZ
Участники: Судейский корпус, администрация парламента, адвокаты, НПО, пресса

Армения

Когда: 15.02.2012
Где: Конституционный Суд Армении, Ереван
Что: Коллоквиум «Статья 31, Абзац второй Конституции Армении и проблемы отчуждения собственности»
Организаторы: Конституционный суд Армении, GIZ
Участники: Сотрудники и судьи Конституционного суда Армении, эксперт из Германии

NEWS FROM THE REGION

Azerbaijan

When: 30.4 – 4.5.2012 and 7.5 – 11.5.2012
Where: The Academy of Justice of Azerbaijan, Baku
What: Workshop on Administrative Law of Azerbaijan
Organizers: Judicial-Legal Council of Azerbaijan, GIZ
Participants: Judges

When: 30.4 – 5.5.2012 and 7.5 – 12.5.2012
Where: The Academy of Justice of Azerbaijan, Baku
What: Workshop on Civil Law of Azerbaijan
Organizers: Judicial-Legal Council of Azerbaijan, GIZ
Participants: Judges

When: October 2012
Where: Azerbaijan, Baku
What: Round Table on the Administrative Court Procedures Code of Azerbaijan
Organizers: Administration of parliament, GIZ
Participants: Judges, executive bodies, parliament, lawyers, NGOs, press

Armenia

When: 15.02.2012
Where: Constitutional Court of Armenia, Yerevan
What: Colloquium “Article 31, paragraph 2 of the Constitution of Armenia and problems of deprivation of property”
Organizers: Constitutional Court of Armenia, GIZ
Participants: Judges and staff of the Constitutional Court, expert from Germany

Когда: 26.06.2012
Где: Целле, ФРГ
Что: Информационная поездка
Организаторы: GIZ
Участники: Зам. министра юстиции Армении, Рабочая группа по созданию нового Кодекса об административных правонарушениях Армении, эксперты из Германии

When: 26.06.2012
Where: Germany, Celle
What: Study visit
Organizers: GIZ
Participants: Deputy Minister of Justice of Armenia, Working group on new Code on Administrative Offences, experts from Germany

Когда: 24.07.2012
Где: Армения, Ереван
Что: Презентация «Стратегической программы судебно-правовых реформ Армении на 2012-2016 гг.
Организаторы: GIZ
Участники: Министр юстиции Армении, ассистент президента Армении, зам. министра юстиции Армении, сотрудники разных государственных ведомств, представители различных международных и общественных организаций

When: 24.07.2012
Where: Armenia, Yerevan
What: Presentation of 2012-2016 Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia
Organizers: GIZ
Participants: Minister of Justice of Armenia, Assistant to the President of Armenia, Deputy Ministers of Justice, representatives of different state organs, international and local organizations

Грузия

Georgia

Когда: 7.05 – 12.05 и 29.05 – 01.06.2012
Где: Грузия, Тбилиси
Что: Партнерство между Апелляционным судом г. Тбилиси и Верховным судом Саксонии в г. Дрезден (официальное подписание соглашения о партнерстве и воркшоп на тему разрешения судебных казусов по гражданскому праву)
Организаторы: Апелляционный суд г. Тбилиси, Верховный суд Саксонии в г. Дрезден, Высший Совет юстиции Грузии, GIZ
Участники: Министр экономического сотрудничества и развития ФРГ, министр юстиции Свободного государства Саксонии, Председатель Высшего совета юстиции Грузии, председатели судов, судьи из Грузии и Германии

When: 7.05 - 12.05 and 29.05 – 01.06.2012
Where: Georgia, Tbilisi
What: Partnership between Court of Appeal Tbilisi and Oberlandesgericht Dresden (official signing of partnership agreement; workshop on case solution in civil law)
Organizers: Court of Appeal of Tbilisi, Oberlandesgericht Dresden, High Council of Justice, GIZ
Participants: Minister of Economic Cooperation and Development of Germany, Minister of Justice of the Free State of Saxony, Chairman of the High Council of Justice of Georgia, Chairmen of courts and judges from Georgia and Germany

Когда: 24.06 – 30.06.2012
Где: Карлсруэ, Мангейм, Лейпциг / ФРГ
Что: Информационный визит группы судей по административным делам
Организаторы: Верховный суд Грузии, GIZ
Участники: Судьи Верховного суда, городского суда г. Тбилиси и апелляционного суда г. Кутаиси

When: 24.06 – 30.06. 2012
Where: Karlsruhe, Mannheim, Leipzig / Germany
What: Study visit of administrative law judges
Organizers: Supreme Court of Georgia, GIZ
Participants: Judges of the Supreme Court, City Court of Tbilisi, Court of Appeal of Kutaisi

Когда: 19.07 – 24.07 и 01.09 – 04.09.2012
Где: Грузия, Тбилиси
Что: Воркшопы по медиации в судах и при нотариате
Организаторы: JILEP (USAID), Высший Совет юстиции Грузии, Палата нотариусов, Национальный Центр альтернативного разрешения споров Грузии, GIZ
Участники: Кандидаты в медиаторы, эксперты из Соединенного Королевства, Германии и Нидерландов

When: 19.07 – 24.07 and 01.09 – 04.09.2012
Where: Georgia, Tbilisi
What: Workshop on mediation at courts and at the notary's offices
Organizers: JILEP (USAID), High Council of Justice, Notary Chamber of Georgia, National Centre of Alternative Dispute Resolution of Georgia, GIZ
Participants: Mediation aspirants, experts from the United Kingdom, Germany and the Netherlands

Когда: 25.07 – 26.07.2012
Где: Грузия, Лопота
Что: Воркшоп по гендерным вопросам по Трудовому кодексу Грузии
Организаторы: Совет по гендерным вопросам парламента Грузии, GIZ
Участники: Представители министерств и администрации парламента, член парламента, эксперт из Германии

When: 25.07 – 26.07.2012
Where: Georgia, Lopota
What: Workshop on gender issues in the Labour Code of Georgia
Organizers: Gender equality council of the Parliament of Georgia, GIZ
Participants: Representatives of ministries and administration of Parliament, Member of the Parliament, German Expert

Когда: 27.07 – 28.07.2012
Где: Грузия, Батуми
Что: Семинар по праву ответственности государства
Организаторы: Высшая Школа юстиции Грузии, GIZ
Участники: Судьи палат по административным делам Грузии, судья из Германии

When: 27.07 – 28.07.2012
Where: Georgia, Tbilisi
What: Workshop on the Law on State Liability
Organizers: High School of Justice, GIZ
Participants: Administrative law judges, expert from Germany

Межрегиональное

Supra-regional

Когда: 16.03.2012
Где: Грузия, Тбилиси
Что: Круглый стол по вопросам медиации в суде и кооперации Ассоциаций судей
Организаторы: Ассоциации судей Грузии, JILEP (USAID), GIZ
Участники: Судьи из Грузии, Армении, Азербайджана, Молдовы, Польши, Казахстана, Турции, Украины; эксперты из Германии, Азербайджана, Украины и Соединенного Королевства

When: 16.03.2012
Where: Georgia, Tbilisi
What: Round Table on Mediation at Court und Cooperation of Associations of Judges
Organizers: Association of Judges of Georgia, JILEP (USAID), GIZ
Participants: Judges from Georgia, Armenia, Azerbaijan, Moldova, Poland, Kazakhstan, Turkey, Ukraine; experts from Germany, Azerbaijan, Ukraine and the United Kingdom

Когда: 06.07 -07.07.2012
Где: Грузия, Батуми
Что: Региональная конференция стран Черного моря «Право на равенство - рамки конституционной защиты»
Организаторы: Конституционный суд Грузии, GIZ
Участники: Представители Армении, Азербайджана, Грузии, Латвии, Молдавии, Турции, Украины, Германии

When: 06.07 - 07.07.2012
Where: Georgia, Batumi
What: Black Sea Regional Conference “Right to Equality – Scope of Constitutional Protection”
Organizers: Constitutional Court of Georgia, GIZ
Participants: Armenia, Azerbaijan, Georgia, Latvia, Moldova, Turkey, Ukraine, Germany

Когда: 01.10.2012
Где: Армения, Ереван
Что: Международная конференция на тему „Свобода собраний“
Организаторы: GIZ
Участники: Представители разных международных и общественных организаций, стран, представители различных государственных ведомств

When: 01.10.2012
Where: Armenia, Yerevan
What: International Conference on the Freedom of assemblies
Organizers: GIZ
Participants: Representatives of different state organs and states, international and local organizations

Когда: Ноябрь 2012 г.
Где: Азербайджан, Баку
Что: Международная конференция на тему: «Защита потребителей в кредитных сделках»
Организаторы: Конституционный Суд, НПО, Конфедерация юристов Азербайджана, GIZ
Участники: Судейский корпус, исполнительные органы, парламент, банки, НПО, пресса

When: November 2012
Where: Azerbaijan, Baku
What: International Conference on “Consumer protection in credit business”
Organizers: Constitutional Court, NGO Azerbaijan Lawyers Confederation, GIZ
Participants: Judges, executive bodies, parliament, lawyers, banks, NGOs, press

РЕЦЕНЗИЯ

Вольфганг Бабек,
Стивен Фиш,
Цено Райхенбехер

Обновление Конституции: Путь Грузии к Европе

Номос, Баден-Баден 2012, ISBN 978-3-8329-7168-7

Книга описывает сложный путь одной из постсоветских трансформируемых стран на пути к упрочнению верховенства закона, введению более уравновешенной конституции и учреждению более сильного парламента. По распоряжению президента страны Саакашвили реформу конституции координировала Государственная Комиссия. Параллельно оппозицией была сформирована альтернативная комиссия, которая также разработала свое предложение по реформе. Данная книга представляет интересное описание просходящего за кулисами в процессе работы над конституционной реформой в ее историческом, правовом и политическом контекстах и включает в себя комментарии двух экспертов международного конституционного права. Предлагается также редкий обзор впечатляющего вклада Германии в осуществление правовых реформ в странах Южного Кавказа в последние десятилетия, включающего в себя также и активную координацию работы доноров, организацию дискуссий по конституциональной реформе и региональных дискуссий, а также мероприятия по формированию общественного сознания.

Книга хорошо структурирована и написана четким и выразительным языком, что делает ее – несмотря на сложность темы – доступной для любого заинтересованного читателя.

Данное издание является впечатляющим и важным вкладом для будущих конституционных реформ по всему миру.

Книга будет издана в 2013 году также и на грузинском языке.

BOOK RECOMMENDATION

Wolfgang Babeck,
Steven Fish,
Zeno Reichenbecher

Rewriting a Constitution: Georgia's shift towards Europe

Nomos, Baden-Baden 2012, ISBN 978-3-8329-7168-7

The book describes the challenging journey taken by a post-Soviet transition country to strengthen the rule of law, to introduce a more balanced constitution and to establish a stronger parliament. By order of President Saakashvili, constitutional reform in Georgia was coordinated by a State Commission, however the opposition formed an alternative commission which introduced a counter proposal. This book provides an interesting behind-the-scenes account of the path to constitutional reform in Georgia in its historical, legal and political context and includes commentaries by two experts on international constitutional law. It also offers a rare insight into Germany's impressive contribution to legal reform in the southern Caucasus region in recent decades, including active donor coordination, open discussion on constitutional reforms, regional dialogue and awareness-building campaigns.

The book is well structured, and written in a lucid and expressive language, which makes it, despite the complexity of the subject, an exciting read for everyone.

This work is a fascinating and influential account for future constitutional reforms across the globe.

The book will be available in a Georgian translation in 2013.

