

Проблемы разграничения статуса фактического и теневого директора по праву Великобритании и Германии

Кануков Темирлан Бесланович

Студент (магистр)

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра гражданского права, Москва, Россия

E-mail: timer.kan@mail.ru

Великобритания

Фигура *de facto* директора вызывала немало вопросов как в науке, так и на практике. В первую очередь потому, что деятельность теневого директора (*shadow director*), то есть лица, которое определяет действия компании, в целом носило именно фактический характер, в связи с чем отграничение последнего от *de facto* директора становилось достаточно сложным. Нельзя сказать, что и сейчас эволюция терминологии закончилась, однако в судебной практике уже наметились некоторые ориентиры, которые позволяют более-менее разграничить указанные понятия.

Изначально фактическим директором называлось лицо, которое было официально назначено на должность директора, но из-за пороков решения собрания или несоответствия лица обязательным требованиям закона оно не могло называться официальным директором [1; А 871]. При этом важно отметить, что конститутивным признаком, конечно же, было принятие им решений, которые исполнялись компанией [1; А 871].

Начиная с 1980-х годов содержание термина «фактический директор» расширяется: теперь в него включаются и те лица, которые никогда не назначались на эту должность [1; А 871], но были фактически встроены в корпоративную структуру компании [2; 33].

Значимым решением, которое наметило очертания нового понимания фактического директора, было решение по делу *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [3; 183]. В нем была высказана позиция, что фактическим директором является тот, которого компания никогда не назначала, но несмотря на это он занимает позицию директора [4] и требует, чтобы к нему так относились. В предмет доказывания входят, помимо названного, установление факта принятия решений, которые находятся в компетенции исключительно директора, а не какого-то другого лица в структуре компании [5; 16].

В деле *Re Richborough Furniture Ltd* [6; 524] был намечен другой конституирующий признак - встроенность фактического директора в структуру корпоративного управления. Более четко эта позиция артикулирована в деле *HMRC v. Holland* [7; 93]. По мнению Лорда Коллинза, факт встроенности фактического директора в структуру корпоративного управления подлежит установлению даже в тех случаях, когда лицо не было назначено на эту должность по порочным основаниям, то есть если в принципе не было никакого легитимирующего акта назначения [2; 33]. В деле *Smithton Ltd v Naggat* было выведено два важных положения, которые подлежат установлению судом: позиционирование лицом себя как директора компании, а также позиционирование его работниками компании и третьими лицами как такового [2; 42]. Очевидно, что эти критерии важны только в совокупности с другими [2; 27]. В подтверждение можно привести случай, когда лица подписывались как «Исполнительный директор», «Заместитель генерального директора», однако не были привлечены из-за отсутствия остальных конституирующих признаков [4].

Аргументация истца в делах об установлении статуса фактического директора, как правило, строится на том, что у ответчика был доступ к информации, которая являлась

конфиденциальной и предоставлялась только директорам (финансовая отчетность, например).

Все вышеуказанные признаки направлены на доказывание, по сути, одного обстоятельства - было ли лицо встроено в систему корпоративного управления. Именно поэтому судьи стараются учитывать любые обстоятельства, такие как позиционирование директора, доступ к информации «под замком» и др., чтобы установить существующую систему корпоративного управления и определить место ответчика в этой системе. Из вышеуказанного обзора видно, что демаркационная линия между фактическим и теневым директором проходит именно в обстоятельстве встроенности лица в структуру корпоративного управления: положительный ответ на вопрос приводит к установлению статуса «*de facto*» директора, отрицательный - статуса теневого (*shadow*) директора.

Продолжая проблему размежевания статуса фактического и теневого директоров, нельзя обойти вниманием мнение Лорда Хоупа, подвергнувшего критике расширение содержания понятия «фактический директор». Лорд Хоуп отметил несколько последствий такого расширения [8].

Во-первых, различие между фактическими и теневыми директорами было уничтожено, поскольку под теневым директором понимается лицо, в соответствии с чьими указаниями *de jure* директора привыкли действовать. Возможность отдавать указания *de jure* директорам, как выше было показано, присуще и фактическому директору тоже. Следовательно, вести речь о размежевании по признаку дачи указаний невозможно. Зато если бы осталось старое понимание, что фактическими являются только назначенные по порочным решениям, проблем бы не возникло: до нового утверждения он остался бы фактическим директором, а затем перешел бы в статус *de jure* директора; даже в случае дачи им указаний уже назначенным директорам, он оставался бы в статусе фактического директора.

Во-вторых, некоторые судьи отмечают, что размежевание этих двух статусов по критерию встроенности фактического директора в структуру корпоративного управления несостоятельно, поскольку на корпоративное управление сильное влияние оказывают не только фактические директора, но и теневые. Впрочем, это противоречие не снято до сих пор и, вероятно, поиск новых критериев для отграничения статуса теневого директора от фактического в свете расширения содержания последнего займет немало времени.

В отличие от фактического директора, законодатель дает определение теневому директору в статье 251 Закона о компаниях, согласно которой таковым является лицо, в соответствии с указаниями и инструкциями которого директора компании привыкли действовать. Исходя из системного толкования этой нормы с нормой статьи 250 Закона о компаниях, теневой директор может давать указания не только *de jure* директору, но и фактическим директорам.

В 2015 году нормы об ответственности теневых директоров (статья 170 и 251 Закона о компаниях) подверглись существенной корректировке [9]. Так, теневыми директорами не могут признаваться профессиональные консультанты, члены кабинета министров и др.

Суть поправки заключается в том, что теневой директор практически уравнивается с остальными видами директоров в части обязанностей, вменяемых ему. Буквально норма звучит следующим образом: общие обязанности (статьи 170-177 Закона о компаниях) вменяются директору настолько, насколько они могут быть им исполнены. А в тексте изменяющего Закона еще сформулировано правило, что члены кабинета министров (*Secretary of State*) вправе издавать постановления, которые распространяют на теневых директоров какие-либо из этих обязанностей либо исключают применение к ним этих обязанностей. Если учесть тот факт, что Закон о компаниях начинает сильнее ориентироваться на законодательство королевств в составе Великобритании и что в каждом королевстве есть

своей *Secretary of State*, уполномоченный по-своему решать вопрос о распространении обязанностей на теневых директоров, то вероятно полного единообразия практики по всей Великобритании не будет, однако полагаем, что этот механизм будет использоваться по назначению и не вносить еще большую сумятицу в существующее положение дел, как это позволяет потенциал нормы.

Как и для фактического директора, для теневого директора не обязательно доказывать, что обязательные указания касались всей деятельности компании, достаточно лишь узкой сферы [10]. Более того, конститутивным признаком не является дача указаний всему совету директоров, однако необходим контроль над той частью, которая уполномочена принять решение, то есть над простым (или квалифицированным) большинством [11].

Самым основным для установления признаком является факт реального влияния на корпоративные вопросы компании (*real influence in the corporate affairs of the company*) [4]. В литературе эта позиция критикуется, поскольку реальное влияние, например, могут оказывать и успешные бизнесмены, которые дают советы компании [12; 11-12].

Подводя итог нашим рассуждениям, стоит еще раз отметить, что демаркационная линия проходит исключительно по вовлеченности в структуру корпоративного управления. Помимо этого, фактический директор претендует на то, чтобы называться директором компании и требует от остальных исполнения его решений, хотя это лицо никогда и не было назначено на эту должность [13; para 2.33]. Напротив, теневой директор не стремится называть себя директором и не вовлечено в структуру корпоративного управления [13; para 2.33]. Помимо этого, как правило, теневые директора действуют на негласной основе, в то время как фактические директора всегда на виду [13; para 2.33].

Германия

В Германии фактическими директорами являются лица, которые исполняют обязанности *de jure* директора, однако не отвечают юридическим требованиям, предъявляемым к ним.

Понятие фактического директора было выработано исключительно в судебной практике. Согласно ей, лицо может считаться фактическим директором, если оно назначено по порочному основанию либо вовсе не было назначено [1; 329]. Как видим, в таком широком понимании сходятся оба рассмотренных правопорядка.

В предмет доказывания входит 3 обстоятельства [1; 329]. Во-первых, необходимо доказать, что лицо формально не является директором компании. Во-вторых, фактический директор должен действовать как *de jure* директор. В-третьих, работники компании должны воспринимать его как директора и исполнять его решения.

Вместе с тем отмечается, что судам следует учитывать также длительность нахождения лица в этой должности [14], степень влияния на других директоров и работников компании, а также выполнение функций, присущих исключительно директору компании [15], позиционирование его третьими лицами как директора. Примечательно, что фактическим директором может быть только физическое лицо [16].

Как видим, немецкие суды не отличились от английских в определении статуса фактического директора. По сути, все обстоятельства, подлежащие доказыванию, как и в английском правопорядке, направлены на установление одного глобального - встроенности фактического директора в структуру корпоративного управления компании. Напротив, теневые директора не должны быть встроены в эту систему, а должны находиться как бы вне нее и давать периодические указания, в соответствии с которыми другие директора будут действовать [1; 329].

Таким образом, на сегодняшний день четкая демаркационная линия между фактическим и теневым директором не проведена ни в доктрине, ни в судебной практике. Критика английских судей единственно найденного критерия размежевания этих статусов по

встроенности в структуру корпоративного управления может быть транслирована и на немецкий правопорядок по причине идентичности выработанных критериев.

Источники и литература

- 1) Annex to Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt by Gerner-Beuerle C., Paech P., Schuster E.P. LSE Enterprise. 2013.
- 2) Smithton Ltd (formerly Hobart Capital Markets Ltd) v Naggar [2014] EWCA Civ 939, [2015] 1 WLR 189, [2014] BCC 482
- 3) Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC 180
- 4) Secretary of State for Trade and Industry v Hollier & Ors. [2006] EWHC 1804 (ch)
- 5) Nwafor O A. Examining the concept of de facto director in corporate governance // Corporate Board: Role, Duties & Composition. Vol.12 Issue 2, 2016.
- 6) Re Richborough Furniture Ltd [1996] 1 BCLC 507
- 7) HMRC v. Holland [2010] 1WLR 2793
- 8) Holland v. Revenue and Customs & ANOR [2010] UKSC 51
- 9) Small Business, Enterprise and Employment Act 2015.
- 10) McKillen v Misland (Cyprus) Investments Limited. [2012] EWHC 521 (Ch)
- 11) Re Unisoft Group Ltd (No 3) [1994] 1 BCLC 609
- 12) Barber M., Boxing Shadows: Secretary of State for Trade and Industry V Deverell and Limits on the Definition of Shadow Directors (June 27, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1873168>.
- 13) Keay A. Directors' duties: 4th edition. Jordans Publishing Limited, 2020
- 14) Judgment of BGH from 21.03.1988, II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 48; Judgment of BGH from 27.06.2005, II ZR 113/03, ZIP 2005, 1414, 1415 Прив. по: Annex to Study on Directors' Duties and Liability. Op cit. p. A 329
- 15) Fleischer, in: Spindler/Stilz, 2nd edition, Munich 2010, § 93. Para [193]// Прив. По: Annex to Study on Directors' Duties and Liability. Op cit. p. A 329.
- 16) Judgment of BGH from 25.02.2002, II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, 70// Прив. по: Annex to Study on Directors' Duties and Liability. Op cit. p. A 329.