

Список сокращенных наименований нормативных правовых и судебных актов

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации — Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ

ГК РФ, Гражданский кодекс — Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая — Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая — Федеральный закон от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья — Федеральный закон от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая — Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях — Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации: часть первая — Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая — Федеральный закон от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ

ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации — Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ

Закон о регистрации — Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»

Закон о рынке ценных бумаг — Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»

Закон об АО — Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ

Закон об ООО — Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ

Постановление Пленума ВС РФ № 25 — Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

ПРЕДИСЛОВИЕ

С радостью и удовлетворением мы печатаем эти строки, осознавая, что близок к завершению еще один длительный проект — сборник статей к юбилею в этот раз уже Федерального закона «Об акционерных обществах», который с нами уже четверть века. В известном смысле можно сказать, что содержание и самое главное — понимание закона предопределено временем, в котором он существует¹. Появившись как знаковый проект новой эпохи — рыночной экономики, данный закон стал свидетелем смены политических эпох, корпоративных войн, либерализации и бюрократизации, роста экономики и кризисов, последний из которых мы проживаем в эти дни. Самое интересное, что при этом закон активно менялся вслед за происходящим в обществе, и в нем, как в капле воды, отразилась вся современная история России. Как и в случае с регулированием ООО, мы могли бы увидеть движение от сухого текста, оставлявшего много места толкованию и частной воле, к бюрократической инструкции, отвергающей все то, что прямо не разрешено.

Не секрет, что в разработке первоначальной редакции Закона об АО принимали активное участие американские эксперты, для которых Россия на тот момент стала очередной территорией, нуждающейся в методической поддержке, и которые, по собственному честному признанию, при написании закона не ориентировались на букву ГК РФ².

Несмотря на заверения в том, что готовящийся проект учитывает российские особенности, вполне объяснимо, что эксперты, будучи

¹ В блестящей монографии *Isabelle Corbisier*, посвященной исследованию природы акционерного общества, на широком сравнительно-правовом и междисциплинарном материале демонстрируется, что конкретное наполнение («контрактианское» или «институциональное») акционерного общества зависит от многих факторов (исторических, социальных и экономических) соответствующей страны, где право не является и не должно являться определяющим, но задачей последнего выступает быть арбитром и последним бастионом, не позволяющим низвести регулирование исключительно до обслуживания частных интересов элиты с одной стороны и до полного подчинения коллективным интересам в этактистском духе — с другой. См.: *Corbisier I. La société : contrat ou institution? : Droits étasunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*. Bruxelles: Larcier, 2011. P. 643–649.

² См.: *Блэк Б.С., Крэкман Р., Тарасова А.С.* Комментарий Федерального закона «Об акционерных обществах» / под общ. ред. А.С. Тарасовой. М.: Лабиринт, 1999. С. 15 (авторы введения — Б.С. Блэк, Р. Крэкман, А.С. Тарасова).

продуктом правовой культуры и образования своей родной страны, за основу взяли американское право, в частности *Model Business Corporation Act*, — модельный акт о компаниях, который служит ориентиром для написания законов конкретными штатами США, со всеми присущими ему достоинствами и недостатками.

Разумеется, это привело к сложностям в правоприменении, и ряд решений из этого закона были впоследствии пересмотрены и, надеюсь, еще будут пересматриваться¹, ибо насаждения чуждых правовых решений редко имеют успех. Российское корпоративное право было и остается частью континентальной правовой традиции, которая, несмотря на цивилизационный провал 1990-х гг., временно заполнявшийся своеобразным *American boy* от юриспруденции², все равно сохранилась и восторжествовала в современном российском дискурсе.

Сейчас, спустя 25 лет, мы уже можем констатировать некоторую зрелость закона и полноценно обсудить как сиюминутные проблемы, так и наметить дискуссии, которые явно сохраняют свою актуальность еще многие годы.

В настоящем сборнике читатель сможет ознакомиться с работами ведущих иностранных ученых, которые любезно согласились подготовить статьи на актуальные для российского права темы: действие норм корпоративного законодательства во времени³ и текущие тренды в регулировании поглощений компаний.

Российские же авторы почти полностью сосредоточились на том, чтобы поставить под сомнение (и, на наш взгляд, не без успеха) позиции, которые считаются устоявшимися в российской правовой ли-

¹ См., например: Кузнецов А.А. Выход участника (акционера) при реорганизации: оценка эффективности как средства защиты // Вестник гражданского права. 2020. № 6.

² К сожалению, отголоски этого встречаются до сих пор, и порою даже в хороших работах последнего времени воспроизводятся штампы о никем не доказанных преимуществах англо-американского корпоративного права, на которое якобы ориентируются континентальные европейские правовые порядки (см.: Бойко Т.С. Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. М.: Статут, 2019. С. 10). На наш взгляд, ни один из правовых порядков не обладает заведомым преимуществом, и потому их выбор должен быть предопределен конкретной исследовательской задачей, зрелостью правового порядка, объемом и качеством источников по исследуемой проблеме в правовом порядке, а также, по возможности, близостью такого правового порядка к отечественному, дабы облегчить сопоставление и нивелировать, насколько это возможно, ошибки восприятия иностранного права.

³ Об этой проблематике см.: Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 138–146. URL: <https://ssrn.com/abstract=3049162> (дата обращения: 01.06.2021).

тературе, по таким вопросам, как правовой эффект корпоративного договора, исключение акционера и назначение юридического лица в качестве единоличного исполнительного органа. Также в сборник вошла познавательная статья об экономическом анализе корпоративного права, не самом популярном в России научном направлении, и тем не менее важном для ознакомления.

Все это позволяет сказать, что сборник получился дискуссионным и насыщенным, и потому надеемся, что он доставит читателю интеллектуальное удовольствие.

Желаю приятного чтения!

А.А. Кузнецов,
ответственный редактор, к.ю.н., магистр юриспруденции (РШЧП)

UNIVERSALITY AND RETROACTIVITY IN COMPANY LAW

Since the great law of 24 July 1867 on companies, the French legislator has been faced with the question of the application over time of its reforms in this area. At first, these reforms were rare, since the first amendment to the Companies Act of 24 July 1867 dates back to another Act of 1 August 1893. However, the pace accelerated in the inter-wars period, then with the adoption of the law of 24 July 1966 on commercial companies under the effect of the implementation of directives into French company law on the one hand, the adaptation of companies to the crisis of the 1970s on the other hand and finally to ensure the modernisation of French company law in the face of globalisation in the 1990s.

In its only intervention before 1900, the French legislator of the second half of the 19th Century had not addressed the question of the application of the law over time. He had remained silent. In fact, this meant that the old law continued to apply to companies incorporated before its promulgation. This situation was not surprising as French company law was dominated by a contractualist approach. This liberal vision determined the legislator not to amend the law retroactively and therefore to maintain different regimes depending on the date of incorporation of companies. Shareholders remained subject to the law under which they had contracted. Moreover, the French legislator is marked by a strong hostility towards retroactivity. The unfortunate experience of the French Revolution with regard to retroactive reforms of the inheritance regime and the spirit of the Enlightenment had led the drafters of the Civil Code to proclaim in the Preliminary Title the absence of retroactive effect of the law. Thus, Article 2 of the Civil Code, unchanged since 1804, provides that “The law provides only for the future; it has no retroactive effect”.

In fact, the scope of this principle is not absolute and its exact meaning needs to be clarified. As the authoritative authors Aubry and Rau noted, “*In principle, any new law applies even to legal situations or relationships established or formed prior to its enactment. This principle is a consequence of the sovereignty*

¹ Professor at the University of Luxembourg and Max Planck Fellow, MPI Luxembourg.

*of the law and the predominance of public interest over private interests. However, this principle must give way to the opposite rule, that of the non-retroactivity of laws, if its application would be such as to lead to the infringement of the rights that individuals would have individually acquired, with regard to their state or their patrimony. It is this rule that the drafters of the Civil Code intended to formulate in Article 2 of the Code*¹. Thus, the new law, unless otherwise provided for, must only respect “acquired rights”, i.e. those that are irremediably vested in individuals, that are part of their patrimony, that cannot be taken away from them, that it can transmit or alienate. Subject to this reservation, which depends essentially on the interpretation of the notion of “acquired rights”, the new law may apply to companies incorporated before its entry into force. Moreover, since the principle of non-retroactivity is of a legislative nature, the legislator may, except in criminal matters, make exceptions thereto. Finally, interpretative laws are by nature retroactive. However, they are very rare.

In the 19th century, the French legislator had a liberal and therefore extensive conception of the notion of “acquired rights” in company law. It wished to avoid an immediate application of the law to companies incorporated before the promulgation of a reform. However, this vision quickly showed its limits. Indeed, if the law only applied to companies incorporated after the entry into force of a reform, this implied the creation of a multiplicity of company law. There would have been as many company laws as there were reforms. This was a source of complexity and dangerous for third parties. Moreover, this approach would have created inequality since companies incorporated before a reform would not benefit from it although it could be useful to them. Finally, the public interest should lead to the imposition of a reform to all companies.

The French legislator therefore quickly descended from the “paradise of concepts”, dear to Christian Gavalda, to the real world and to a more pragmatic approach. Thus, the law of 16 November 1903, reforming the law of 9 July 1902 which had recognised the validity of priority shares, declared that this regime was applicable to companies created before its promulgation². This was desirable since it was in particular a matter of confirming a creation of practitioners. Then, in order to put an end to a controversy which the Court of Cassation had created in a contractualist but unsuitable sense, the law of 22 November 1913 on joint stock companies specified that a provision from the law of 1 August 1893 reducing the quorum in extraordinary general

¹ Aubry and Rau, Cours de droit civil, Tome I § 30, p. 96, 6th ed.

² Article 2 of the law of 16 November 1903.

meetings applied to companies incorporated prior to that date. The 1893 reform had been intended to facilitate the operation of companies and the absence of retroactivity, enshrined by the Court of Cassation, had deprived previously incorporated companies of this benefit. To justify himself, the rapporteur of the law noted that the acquired rights that would be violated by retroactivity were more inconvenient than favourable for those who owned them, which was not false. Thus, as early as before the First World War, the French legislator had already accepted the limited “retroactivity” of certain provisions when it considered it particularly useful and affecting only a few vested rights. Beyond the obvious practical reasons, which alone justified this form of retroactivity, it was to pave the way for genuine retroactivity whenever the general interest, which is always easy to invoke in a country like France with a strong centralising and authoritarian tradition, so required.

In this field as in so many others, the 1929 crisis and the subsequent economic depression brought about this paradigm shift. It led to a sharp decline in the contractual approach in French company law in favour of an institutional approach and the primacy of public policy. Indeed, if a company is governed more by law than by contract, the partners cannot complain about a change in the law applicable to it. The company escapes them. Henceforth, the application of the new law would therefore be universal, i.e. also applicable to previously incorporated companies unless “vested rights” were prejudiced. This was in fact simply a return to the spirit of Article 2 of the Civil Code as perfectly analysed by Aubry and Rau. This change was enshrined in the legislation of the 1930s, notably by the numerous decree-laws of 8 August and 30 October 1935¹, then by the laws of 18 September 1940² and 16 November 1940³ on public limited companies (*sociétés anonymes*).

¹ See in particular: *Bosvieux H.* Du droit de souscription préférentiel des actionnaires en cas d'augmentation de capital (Décret-Loi du 5 août 1935) // *Journal de Sociétés civiles et commerciales*, 1936, p. 6; *Bosvieux H.* Des nouvelles relatives à l'établissement des comptes et au droit de communication des actionnaires dans les sociétés anonymes (Décrets-lois des 8 août et 30 oct. 1935) // *Journal de Sociétés civiles et commerciales*, 1936, p. 22; *Kramata G.J.* La protection de l'Epargne dans les sociétés (avant et après les décrets-lois de 1935), *Revue des sociétés*, 1936, p. 22. 77; *Cantenot G.*, Le droit préférentiel de Souscription, *Revue des sociétés*, 1936, p. 226; *Kramata G.J.* La protection de l'Epargne dans les sociétés (avant et après les décrets-lois de 1935), *Revue des sociétés*, 1936, p. 77; *Moliérac J.* Considérations sur l'inventaire et le bilan dans les Sociétés anonymes, *Revue des sociétés*, 1936, p. 141.

² Demontès, “La loi du 18 septembre 1940”: *Sem. Jur.*, 23 Nov. 1940; ANSA, *Commentaire de la loi du 18 septembre 1940*, 1940.

³ Demontès, “La loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes”: *Sem. Jur.* 21 Dec. 1940; Esmein, *Gaz. Pal.* 19 Dec. 1940; J. Michel, *Gaz. Pal.*, 13 Nov. and 7 Dec. 1940.

The legislator therefore retains the principle of universal and non-retroactive application of its reforms in company law (I). However, due to political or practical considerations, these principles sometimes support exceptions that remain very limited (II).

I. Universal and non-retroactive application of a new law

The general principle is the universal (to all companies) and immediate entry into force of the company law reforms (A). However, for practical reasons, provisions contained in reforms have frequently been subject to deferred application (B).

A. The immediate application of the new law

The legislator provides in principle for the immediate application of a new law both to companies incorporated after its entry into force (1°) and to those incorporated before (2°).

1°) Immediate application to companies incorporated after the enactment of a law

The legislator generally provides for the immediate application of the new law in the field of company law. Under general principles, the entry into force of the law occurs after a short period of time after its publication in the Official Gazette. This is ordinary law and the legislator does not provide any particular indication.

2°) Immediate application to companies incorporated prior to the enactment of a law

Similarly, where the law also applies to companies incorporated before its entry into force, which is the general case, the legislator has tended to impose immediate application. This was the case even before the change of approach in the 1930s and 1940s. Thus, the law of 22 November 1913 was of immediate application to companies incorporated prior to that date.

This “retroactive” application, which is not really a retroactive in Aubry and Rau’s analysis, was first justified by the interest it would represent for the parties concerned. This is the case of the law of 22nd November 1913, which

made it possible to facilitate the functioning of companies. However, once a more institutional approach to companies was adopted, the public interest justified immediate application even to previously incorporated companies.

However, due to practical considerations the legislator has in many cases postponed the application of the new law.

B. DEFERRED APPLICATION OF A NEW LAW

The deferred application of the new law is explained either by the need to wait for the publication of implementing decrees (1°), or by the concern to give companies the necessary time to comply with the new legislation (2°).

1°) Waiting for the application decrees

Pursuant to Article 34 of the French Constitution of 4 October 1958, the law only determines the “fundamental principles” relating to the regime of property, real rights and civil and commercial obligations. As a result, an important part of company law is governed by regulatory provisions which complete and specify the law. In practice, the distinction is not so clear-cut. Indeed, the articles relating to companies included in the legislative part of the Commercial Code are often very detailed. Nevertheless, many articles of law refer to a decree. As a result, they cannot, in principle, be applied if the decree has not been adopted.

The need to postpone the entry into force of a reform until the publication of the decrees is unavoidable in the case of a global reform. Thus, with the exception of three articles, the entry into force of the major law of 24 July 1966 on commercial companies had been postponed to the 1st of February 1967 in order to take into account the preparation of the implementing decrees¹. Because of the magnitude of the task, the date was even postponed to the 1st of April 1967, shortly after the publication of decree no. 67-236 of 23 March 1967. Even in the case of smaller laws, the need to provide for implementing decrees often means postponing the entry into force of certain provisions.

Moreover, a deferred application of the new law is often justified by the need to give companies time to comply.

¹ Article 509 of the law of 24th July, 1966 on commercial companies.

2°) Giving time for ensuring smooth compliance

The postponement in time of the entry into force of a reform or of certain provisions may be explained by the legislator's concern to enable companies to comply with the law.

Thus, the laws of 18 September 1940¹ and 16 November 1940² on public limited companies had given the latter until 31 December 1940 to merge the functions of chairman of the board of directors and chief executive officer in the hands of a single person who took the title of chairman and chief executive officer (P-DG)³. This period was intended, among other things, to give enough time to choose who would hold the newly created position of Chairman and Chief Executive Officer. The same was true of the law of 4 March 1943 which modified the system of agreements concluded between a *société anonyme* and its directors, known as “regulated agreements”. Indeed, Article 16 of the law provided that the new regime of Article 40 of the law of 24 July 1867 would be applicable to companies incorporated prior to its promulgation starting from the first financial year beginning one month after the date of publication in the *Journal Officiel*.

Sometimes, the law requires the articles of association of the company to be amended. In such cases, the extraordinary general meeting must be given enough time to meet unless, as in the laws of 18 September and 16 November 1940, a delegation is given to the board of directors to amend the articles of association in order to speed up the implementation of the reform. However, in cases where the legislator deems that there is an emergency, it generally prefers to wait until the next annual general meeting in order to avoid unnecessary costs related to calling a special meeting. Thus, the Act of 4 January 1978 on civil partnerships (*sociétés civiles*) had given a two-year period to companies incorporated before its entry into force to amend their articles⁴.

¹ Demontès, “La loi du 18 septembre 1940”: Sem. Jur, 23 Nov. 1940; ANSA, Commentaire de la loi du 18 septembre 1940, 1940.

² Demontès, “La loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes”: Sem. Jur. 21 Dec. 1940; Esmein, Gaz. Pal. 19 Dec. 1940; J. Michel, Gaz. Pal., 13 Nov. and 7 Dec. 1940.

³ Conac V. P. -H. The dissociation of the functions of the chairman of the board of directors and the managing director of public limited companies according to the law on new economic regulations, Law 21, 2001, ER 052 Copyright Transactive, 2000-2001, available at https://www.unil.lu/fdef/departement_droit/equipe/pierre_henri_conac.

⁴ Art. 3 para. 4 of the law of 4 January 1978. Bézard V.P. Sociétés civiles, Litec Droit, 1979, 572, p. 23.