

Юридические лица в стадии создания и прекращения деятельности как субъекты несостоятельности в законодательстве Германии и России

Т. П. Шишмарева

Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина,
Российская Федерация, 125993, Москва, Садовая-Кудринская, 9

Для цитирования: Шишмарева, Татьяна П. 2019. «Юридические лица в стадии создания и прекращения деятельности как субъекты несостоятельности в законодательстве Германии и России». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 110–123. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.108>

В статье анализируются проблемы наделения конкурсной способностью предварительных хозяйственных обществ, обособленных имущественных масс в стадии ликвидации юридического лица, а также имущества недействительных юридических лиц. На основе метода компаративистики произведено сравнение правового регулирования круга субъектов несостоятельности в законодательстве Германии и России в стадии создания и прекращения деятельности юридических лиц. Особое внимание уделено понятию конкурсной способности должника как предпосылке введения процедуры несостоятельности над его имуществом в Германии. Исследованы доктрина и судебная практика Германии, относящиеся к понятию предварительного общества как стадии создания юридического лица, видам предварительных обществ, правовой природе предварительного общества как общества гражданского права или общества торгового права, а также к обособленной имущественной массе при ликвидации и недействительности юридических лиц. Сделан вывод об ответственности предварительного общества, общества в стадии ликвидации, недействительного общества по долгам перед кредиторами и наделении конкурсной способностью предварительных обществ в целях участия в процедуре несостоятельности при недостаточности имущества для удовлетворения требований кредиторов, а также о конкурсной способности обособленных имущественных масс при ликвидации юридических лиц и при недействительности юридических лиц. Проанализировано российское законодательство, регулирующее процесс создания хозяйственных обществ, выделены стадии создания обществ, исследована правовая природа договора, заключаемого учредителями в целях создания хозяйственного общества. Сделан вывод об ответственности по долгам создаваемого юридического лица его учредителями и о возможности использования иной юридической конструкции ответственности посредством включения простого товарищества в число субъектов, которые могут быть признаны несостоятельными в целях защиты прав кредиторов создаваемого, ликвидируемого, недействительного юридического лица.

Ключевые слова: несостоятельность, банкротство, хозяйственное общество, предварительное общество, общество в стадии ликвидации, недействительное юридическое лицо, простое товарищество, торговое общество, конкурсная способность, процедура несостоятельности.

1. Введение. В российском законодательстве и доктрине общепризнано включение в число субъектов, которые могут быть признаны несостоятельными, только тех, которые обладают материальной гражданской правосубъектностью. Между тем субъектами предпринимательской деятельности могут быть и образования, не наделенные материальной правосубъектностью. В частности, весьма дискуссионной в этом смысле остается проблема несостоятельности крестьянского (фермерского) хозяйства, не имеющего статуса юридического лица. Наряду с крестьянским хозяйством предпринимательской деятельностью могут заниматься простые товарищества, различные объединения предпринимателей, также не наделенные юридической личностью.

В этом смысле представляет научный интерес изучение опыта правового регулирования несостоятельности неправосубъектных образований, сложившегося в законодательной практике Германии. В законодательстве о несостоятельности Германии в ходе реформы расширен круг конкурспособных субъектов. Одной из проблем защиты прав контрагентов юридического лица при его несостоятельности является стадия создания и прекращения деятельности юридического лица.

В судебной практике и доктрине Германии выделены особые образования: предварительное общество, общество в стадии прекращения деятельности, недействительное общество. Проблема несостоятельности таких неправосубъектных в материально-правовом смысле образований представляет особый интерес, поскольку подобные образования существуют и в российском законодательстве, однако в российской доктрине отсутствуют исследования, посвященные этой проблеме.

2. Основное исследование. Понятие предварительного общества и его способность быть субъектом несостоятельности. В Германии процедура несостоятельности может быть введена над имуществом юридического лица частного права в процессе его создания.

Несостоятельным субъектом может быть признан только субъект, обладающий способностью быть признанным несостоятельным, или конкурспособностью (*Insolvenzfähigkeit*). Конкурсспособность является предпосылкой для введения процедуры несостоятельности. Термин «конкурспособность» содержится в § 11 Положения о несостоятельности¹ (*Insolvenzordnung* — InsO). При этом для наделения субъекта этим качеством особое значение имеет, во-первых, пассивная процессуальная правоспособность субъекта, обеспечивающая ему возможность участия в судебной процедуре, и, во-вторых, наличие у него имущества, на которое можно обратить взыскание по его долгам в процедуре несостоятельности. Процессуальной правоспособностью в Германии согласно § 50 Гражданского процессуального кодекса² (*Zivilprozessordnung*, далее — ZPO) наделяются и субъекты, не обладающие материально-правовой правоспособностью, среди которых следует назвать общества гражданского права (*die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* — GbR) и открытые торговые общества (*offene Handelsgesellschaft* — OHG), которые в силу соглашения, заключаемого между учредителями, появляются на стадии создания юридических лиц определенной организационно-правовой формы.

¹ Insolvenzordnung (InsO) vom 5. Oktober 1994 // BGBl. I. S. 2866. FNA 311-13.

² Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 // BGBl. I. S. 3302, ber 2006 S. 431 u. 2007. S. 1781 FNA 310-4.

К. Шмидт (*Karsten Schmidt*) в учебнике по корпоративному праву выводит всеобщий постулат предпринимательского права, выражающийся в том, что каждый носитель предприятия должен быть конкурспособным субъектом, будь он физическим лицом, корпорацией или объединением лиц (Schmidt, К. 2002, 321). Однако этот принцип в законодательстве о несостоятельности Германии до его реформы не обеспечивался в полной мере. Общества гражданского права (GbR), которым принадлежали предприятия, согласно господствующему мнению, не признавались конкурспособными субъектами (Schmidt, К. 1997, 1816). Только с 1999 г., когда вступило в силу действующее Положение о несостоятельности, субъектом, над имуществом которого может быть введена процедура несостоятельности, признается общество гражданского права (*die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts*) согласно предл. 1 абз. 2 § 11 Положения о несостоятельности. В действовавшем ранее Уставе о несостоятельности (*Konkursordnung*) подобной нормы не было, хотя в доктрине признавалась конкурспособность простого товарищества, у которого имелось предприятие (Schmidt, К. 1997, 1816).

Особенность корпоративного права Германии состоит в выделении при создании юридического лица частного права особых образований, которые возникают на разных стадиях создания юридического лица.

При учреждении юридического лица в доктрине различают несколько стадий. По мнению Х. Прюттинга (H. Prütting), при создании юридического лица следует различать две фазы: предварительное учредительное общество (*Vorgründungsgesellschaft*) и предварительное общество (*Vorgesellschaft*) (Kübler, Prütting und Bork 2012, 7). Г. Биттер (*Georg Bitter*) и С. Хайм (*Sebastian Heim*) выделяют три стадии создания общества с ограниченной ответственностью: 1) решение о создании общества (*Gründungsentschluss*), которому соответствует заключение предварительного договора (*Vorvertrags- bzw. Vorgründungsgesellschaft*); 2) заключение договора о создании общества, когда появляется предварительное ООО (*VorGmbH*); 3) регистрация общества в реестре (*“fertige” GmbH* — «готовое» ООО) (Bitter und Heim 2013, 80).

Первой стадией при создании юридического лица — с момента принятия решения учредителями о создании до заключения договора между учредителями — является предварительное учредительное общество (*Vorgründungsgesellschaft*). Одновременно в немецкой доктрине признается, что между учредителями юридического лица заключается предварительный договор о создании юридического лица, именуемый предварительным договором общества (*Vorvertragsgesellschaft*) (Bitter und Heim 2013, 16, 76)

Анализируемое общество возникает на основе заключаемого между учредителями соглашения, которое рассматривается в качестве предварительного договора о создании юридического лица (*Gründungsvorvertrag, Vorgründungsvertrag*), который одновременно является и обязательно-правовым, и корпоративным предварительным договором (Schmidt, К. 2002, 291). К. Шмидт выделяет в нем прежде всего вид гражданско-правового договора, для которого характерны все признаки предварительного договора (Schmidt, К. 2002, 292). На практике этот договор учредители часто не заключают в предписанной законом нотариальной форме, установленной § 2 Закона об обществах с ограниченной ответственностью (*GmbHG*)³,

³ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 // RGL. S. 846 (BGBL. III/FNA 4123-1).

поэтому он, как правило, является недействительным, не порождающим обязанность участников этого договора заключить договор о создании юридического лица, что не исключает привлечения их к ответственности за вред, причиненный их неправомерными действиями. Что же касается проблем корпоративной части, то в немецкой доктрине выделяют возможность создаваемого на основе корпоративного договора объединения быть субъектом, которому принадлежат права на предприятие, а также проблему ответственности участников, заключивших корпоративный предварительный договор.

Вопрос о том, что представляет собой *Vorgründungsgesellschaft* (предварительное учредительное общество) в немецкой доктрине остается дискуссионным. *Vorgründungsgesellschaft* по своей юридической сущности, как правило, выступает обществом гражданского права (*eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts*), единственной целью которого является создание юридического лица (Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2010, 269). Между тем такую стадию Г. Рот (*Günter H. Roth*) и М. Веллер (*Marc Philippe Weller*) выделяют только для обществ, основанных на капиталах (*Kapitalgesellschaften*), и признают, что оно может быть создано исключительно в форме общества гражданского права (*eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts*), деятельность которого регулируется § 705–740 Германского гражданского уложения⁴ (Roth und Weller 2010, 208).

Если юридическое лицо учреждается несколькими лицами, то это предполагает достижение договоренности между ними о правовой форме создаваемого юридического лица, заключение договора между учредителями, т. е. в этом случае речь идет об объединении лиц, преследующем вполне определенные цели.

Указанное объединение лиц, характеризующееся в немецкой доктрине как внутреннее общество (*innere Gesellschaft*) (Jäger 2004, 305), деятельность которого не направлена на совершение сделок, на этой стадии создания юридического лица действует до заключения нотариально удостоверенного договора между учредителями согласно § 2 Закона об ООО (*GmbHG*) и, как правило, не может быть признано несостоятельным субъектом (Gottwald 2010, 124; Jäger 2004, 305).

По мнению К. Шмидта, внутреннее общество (*innere Gesellschaft*) не может быть владельцем предприятия, которое уже в этот момент ему может быть передано учредителями, поэтому должно быть создано наряду с внутренним внешнее общество (*Außengesellschaft*); именно его и следует обозначить термином *Vorgründungsgesellschaft*, поскольку оно и является субъектом несостоятельности, что первоначально признано решением Верховного Суда ФРГ от 09.03.1981 N II ZR 54/80 (Schmidt, K. 2002, 293, 321–322). Если на этой стадии создания юридического лица общество гражданского права не имеет собственного имущества, то оно не вступает в гражданский оборот, а следовательно, не является конкурспособным субъектом, так как в этом случае создается исключительно внутреннее общество (*innere Gesellschaft*) (Schmidt, K. 2002, 305), деятельность которого не может быть квалифицирована как коммерческая, сопряженная с возможностью причинения убытков третьим лицам.

В доктрине торгового права Германии под коммерческой деятельностью (промыслом) понимают такую деятельность, которая отличается следующими призна-

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 // BGBL. I. S. 42, ber. S. 2909 und BGBL. 2003. I. S. 738 (FNA 400-2).

ками: 1) открытая (*offene*); 2) планомерная (*planmäßige*); 3) дозволенная (*erlaubte*); 4) направленная на получение прибыли (*auf Gewinnerzielung gerichtete*); 5) самостоятельная (*selbständige*) (Brox und Henssler 2011, 15–17). Деятельность является открытой, если она направлена вовне. Поэтому неизвестная третьим лицам внутренняя деятельность не признается коммерческой (Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2010, § 1. Rn. 28).

Если же *Vorgründungsgesellschaft* (предварительное учредительное общество) уже приобрело собственное имущество, то оно по своей юридической сущности может рассматриваться в качестве открытого торгового общества (OHG), поскольку вступает в правоотношения с третьими лицами, способно причинить своими действиями им убытки, следовательно, может быть субъектом несостоятельности, так как его деятельность направлена вовне; открытое торговое общество упоминается законодателем в предл. 1 абз. 2 ст. 11 Положения о несостоятельности как конкурсноспособный субъект.

Так, в решении Верховного Суда ФРГ от 26.04.2004 N II ZR120/02 указывается, что *Vorgründungsgesellschaft* может быть квалифицировано как открытое торговое общество (OHG), если оно согласно абз. 2 § 105 Торгового кодекса Германии⁵ своими сделками начинает и при этом осуществляет в полном объеме коммерческую деятельность в смысле § 1 Торгового кодекса.

Правовой статус коммерсант приобретает вследствие: а) осуществления коммерческой деятельности (промысла); б) регистрации в торговом реестре в качестве коммерсанта; в) создания организации в определенной организационно-правовой форме. Для *Vorgründungsgesellschaft* приобретение статуса коммерсанта, по мнению Верховного Суда ФРГ, зависит от наличия в его деятельности признаков коммерческой деятельности.

Таким образом, *Vorgründungsgesellschaft* (предварительное учредительное общество) рассматривается в качестве общества гражданского права или открытого торгового общества в зависимости от того, осуществляет ли оно коммерческую деятельность. Совершение им сделок с третьими лицами в объеме, характерном для коммерческого промысла, свидетельствует об изменении его статуса и подчинении его деятельности нормам Торгового кодекса (*Handelsgesetzbuch*).

По мнению К.Шмидта, возникающее на основе обязательственной сделки предварительное учредительное общество (*Vorgründungsgesellschaft*) не является обязательным при создании юридического лица, поскольку далеко не во всех случаях в нем имеется потребность, а иногда даже и не представляется возможным его появление, например в случае создания «компании одного лица» (Schmidt, K. 2002, 291). В немецкой доктрине основой предварительного учредительного общества признается учредительный предварительный договор (*Gründungsvorvertrag*) (Schmidt, K. 2002, 291).

Итак, предварительное учредительное общество (*Vorgründungsgesellschaft*) — одна из возможных стадий создания хозяйственного общества. При этом для несостоятельности *Vorgründungsverein* и для *Vorgründungsgenossenschaft* применяются правила, аналогичные для субъектов, не обладающих правоспособностью. Заявления о признании их несостоятельными могут быть поданы учредителями и будущими органами создаваемого юридического лица.

⁵ Hafndelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 // RGL. S. 219 (BGBL. III/FNA 4100-1).

Аналогичные правила о несостоятельности действуют для предварительных учредительных союзов и для предварительных учредительных товариществ при их учреждении.

Во второй фазе создания юридического лица появляется иной субъект. До приобретения правоспособности будущим юридическим лицом уже существует организация с собственным имуществом, которое отделено от имущества учредителей, так называемое *Vorgesellschaft* (предварительное общество) (Kirschhof, Lwowski und Stürner 2007, 268; Kübler, Prütting und Bork 2012, § 11. Rz. 18, 19). Эта организация возникает с момента заключения договора между учредителями и существует до внесения записи в соответствующий реестр, участвует в гражданском обороте, выступает при этом как самостоятельный носитель прав и обязанностей, соответственно, уже до внесения записи в реестр обладает самостоятельным имуществом, по общепризнанному мнению является конкурсоспособным субъектом (Kübler, Prütting und Bork 2012, 268).

Так, при создании АО и ООО требуется нотариально удостоверить договор о создании согласно абз. 1 § 23 Закона об акционерных обществах (AktG)⁶, абз. 1 § 2 Закона об ООО (GmbHG); для товариществ используется простая письменная форма согласно § 5 Закона о товариществах (GenG)⁷ и § 77 Германского гражданского уложения — для зарегистрированного союза (*eingetragener Verein*).

При этом не имеет значения, характеризуется ли предварительное общество в качестве простого товарищества (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) или открытого торгового общества (OHG). По мнению Г. Рота и М. Веллера, обе эти формы могут быть применены для предварительного общества создаваемых личных объединений в зависимости от того, заняты ли они коммерческой деятельностью (Roht und Weller 2010, 76). Обе формы обществ наделены конкурсоспособностью (Kübler, Prütting und Bork 2012, § 11. Rz. 19).

В судебной практике закрепилось признание *Vorgesellschaft* (предварительного общества) правоспособным субъектом, поскольку оно согласно абз. 1 § 50 ZPO наделено процессуальной правоспособностью, в силу этого может быть участником правовых споров в соответствии с правовой позицией, высказанной Верховным Судом ФРГ⁸.

В немецкой доктрине, наряду с традиционным учением о правоспособности, существует и теория относительной правоспособности (*Theorie von der Relativität der Rechtsfähigkeit*) (Schmidt, К. 2002, 212–213), с помощью которой обосновывается участие неправосубъектных в материально-правовом смысле образований в качестве субъектов в коммерческом обороте. Концептуальные положения об относительной правоспособности связаны прежде всего с тем, что в Германии в обороте участвуют неправосубъектные в материально-правовом смысле образования, наделенные законодателем процессуальной правоспособностью для защиты своих прав и законных интересов как предпринимательской общности.

Основанием для введения процедуры несостоятельности является неплатежеспособность, а абз. 1 § 19 Положения о несостоятельности при этом применяется по аналогии.

⁶ Aktiengesetz vom 6. September 1965 // BGBl. I. S. 1089 FNA 4121-1.

⁷ Genossenschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541) geändert worden ist.

⁸ BGH, Urteil vom 28 November 1997 V ZR-178/96 // ZIP. 1998. S. 109.

Должником в данном случае выступает организация учредителей, а имущество, входящее в конкурсную массу, составляет все, что было передано этой организации при создании юридического лица его учредителями.

В качестве требований конкурсных кредиторов (*Insolvenzgläubiger*) рассматриваются требования об оплате сборов и налогов, возникших при учреждении юридического лица.

Конкурсоспособность простого товарищества обосновывалась также тем обстоятельством, что его имущество особым образом распределяется между кредиторами товарищества, а, следовательно, конкурс над имуществом простого товарищества представляет собой особый вид конкурса, как конкурс над наследственной массой или совместно управляемым имуществом (Neumann 1986, 92). На этой основе признавалась возможность введения конкурсного производства над имуществом простого товарищества как над обособленной имущественной массой, которой простое товарищество отвечает перед своими кредиторами (Pelz 1999, 10).

В немецкой доктрине спорной является правовая природа простого товарищества, что отражается и на проблеме ответственности участников простого товарищества по долгам товарищества, и, соответственно, на возможной конкурсоспособности такого объединения лиц.

Одной из наиболее распространенных теорий выступает та, представители которой считают, что участники простого товарищества обладают долей на имущество простого товарищества, причем доля не находится у них непосредственно, а у товарищества как их единства (Pelz 1999, 4–5). Сущность простого товарищества оценивается иногда не с точки зрения объединения лиц, — исходным пунктом признается его обособленное имущество, которое служит цели товарищества (Pelz 1999, 4–5).

По мнению Х. Пельца, законодатель, устанавливая возможность введения процедуры несостоятельности над имуществом общества гражданского права, не закрепляет какого-либо различия между внутренним и внешним обществом, а именно между обществом, которое занимается предприятием, и обществом, представляющим обычное частное соединение (Pelz 1999, 9).

Начало конкурсоспособности общества гражданского права связано с формированием особого имущества и с первыми шагами общества вовне (Kübler, Prütting und Bork 2012, § 11. Rz. 26).

Если отсутствует договор о создании общества или оно создается только для вида, то такое общество не признается конкурсоспособным (Kübler, Prütting und Bork 2012, § 11. Rz. 26).

Процедура несостоятельности вводится над обособленным имуществом общества гражданского права, а не участника общества, и наоборот — процедура несостоятельности над имуществом участника не означает процедуры несостоятельности над имуществом общества, она охватывает при этом имущественную ценность участника в таком товариществе (Schmidt, A. 2009, 120). Имущество участника отделено от имущества объединения.

В России при создании хозяйственных обществ в организационно-правовой форме акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью также выделяют несколько стадий этого процесса. Так, В. В. Долинская выделяет три стадии создания акционерного общества: на первой стадии происходит выражение

частной воли независимого субъекта (субъектов), на второй — согласование воли учредителей в форме принятия учредительных документов, на третьей — государственная регистрация акционерного общества (Долинская 2006, 354). На первой стадии создания акционерного общества при условии создания его несколькими учредителями между ними заключается договор о создании акционерного общества, который не является учредительным документом акционерного общества.

Сравнивая законодательное регулирование создания хозяйственных обществ в России и Германии, необходимо отметить, что в России создание хозяйственного общества в организационно-правовой форме акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью также предполагает совместную деятельность учредителей по созданию юридического лица согласно абз. 2 ч. 3 ст. 50¹, ч. 10 ст. 67² Гражданского кодекса РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ⁹, ч. 5 ст. 9 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО), согласно ч. 5 ст. 11 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО).

Однако в российской доктрине, в отличие от немецкой, совместная деятельность по созданию юридического лица не всегда квалифицируется в качестве договора простого товарищества (договора о совместной деятельности), регулируемого гл. 55 ГК РФ; высказываются мнения о нетождественности договора простого товарищества и договора о создании хозяйственного общества (Семивеличенко 2015, 22).

Так, В. К. Андреев и В. А. Лаптев подчеркивают: «Вместе с тем природа договора о совместной деятельности и решение об учреждении (в том числе договор об учреждении) ничего общего не имеют, разве что в обоих случаях объединяются действия лиц для достижения соответствующих целей (в первом случае — реализация проекта в целях получения прибыли; во втором — создание корпорации)» (Андреев и Лаптев 2017, 198).

В то же время весьма распространена и позиция о правовой природе этого договора в качестве договора о совместной деятельности (Зайцев и др. 2009, 78).

М. Ю. Тихомиров признает, что договор учредителей о создании акционерного общества является по своей природе договором о совместной деятельности (Тихомиров 2008, 23).

В. В. Долинская считает, что «деятельность учредителей по созданию акционерного общества опосредуется в договорной форме. Это разновидность организационных договоров в рамках обязательств по совместной деятельности с целью создания (организации) юридического лица» (Долинская 2006, 364).

Г. Д. Отнюкова выделяет в договоре о создании общества (акционерное общество) и в договоре об учреждении общества (общество с ограниченной ответственностью), содержание которых составляет совместная деятельность, две группы организационных отношений: 1) отношения участников между собой по поводу распределения (оплаты) долей (акций); 2) совершение участниками фактических и юридических действий, направленных на возникновение нового субъекта права (Ершова 2017, 108).

⁹ Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 25 марта, 2018. <http://www.consultant.ru>.

И. С. Шиткина также квалифицирует договор об учреждении общества как договор о совместной деятельности (Шиткина 2016, 103).

В судебной практике следуют правовой позиции о сущности договора о создании хозяйственного общества. Эта позиция выражена в п. 6 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.11.2003 № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона “Об акционерных обществах”», в котором правовая природа договора, заключаемого между учредителями акционерного общества, рассматривается вполне определенно — это договор о совместной деятельности.

Российский законодатель в ч. 10 ст. 67² ГК РФ установил, что к договорам о создании юридического лица применяются правила о корпоративном договоре. Анализируемая норма не носит императивного характера, поскольку иное может быть предусмотрено законом или существом достигнутого между учредителями соглашения.

Заключение договора о создании юридического лица в России, как и в Германии, не является обязательным, поскольку нормы ГК РФ, Законов об АО, об ООО в этой части не являются императивными нормами; в Федеральном законе от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (далее — Закон о государственной регистрации) не содержится оснований для отказа в регистрации при непредставлении договора о создании хозяйственного общества.

Признание несостоятельным общества, исключенного из реестра (*Nachgesellschaft*), и процедура распределения имущества ликвидированного юридического лица. В законодательстве Германии признается несостоятельным также общество, исключенное из реестра (*Nachgesellschaft*). В немецкой доктрине разграничивают несостоятельность ликвидируемого юридического лица и несостоятельность исключенного из реестра юридического лица — недействительного юридического лица.

Основания ликвидации юридических лиц предусмотрены в § 262 Закона об АО (AktG), § 60 I Закона об ООО (GmbHG).

Полная ликвидация юридического лица предполагает наличие двух юридических фактов: исключения из реестра и отсутствия какого-либо имущества, что получило подтверждение и в судебной практике, в частности в решении Верховного Суда ФРГ от 11.09.2000¹⁰. Общеизвестным является установление этих двух юридических фактов и в доктрине (Kübler, Prütting und Bork 2012, 8).

По мнению П. Готтвальда, конкурсоспособность общества или иного юридического лица существует до тех пор, пока общество полностью не ликвидировано (Gottwald 2010, 125).

До полной ликвидации имущества юридического лица сохраняется обязанность обращения с заявлением о признании такого юридического лица несостоятельным. До начала процедуры ликвидации эта обязанность возложена на органы юридического лица. После назначения ликвидатора обязанность обратиться с заявлением в суд о признании юридического лица несостоятельным переходит к ликвидатору. Соответственно, конкурсоспособным субъектом признается юридическое лицо, уже исключенное из реестра, если его имущество не полностью распределено (Kübler, Prütting und Bork 2012, § 11. Rz. 21).

¹⁰ BGH, Beschl. vom 11. 2000 // II ZR 370/99, ZIP, 2000, 1896.

Если юридическое лицо исключено из реестра, то оно признается недействительным.

В российском законодательстве следует разграничивать процедуру ликвидации юридического лица согласно ст. 61–64 ГК РФ, ликвидацию в порядке конкурсного производства согласно гл. VII Федерального закона от 26.10.2002 «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о несостоятельности (банкротстве)), процедуру исключения недействующего юридического лица из ЕГРЮЛ согласно ст. 64² ГК РФ и гл. 21.1 Закона о государственной регистрации. Процедура исключения недействующего юридического лица не является процедурой ликвидации, так как в ходе этой процедуры ликвидации дел и имущества не происходит, по своей юридической сущности она представляет собой административную процедуру, целью которой служит исключение из реестра юридического лица в целях прекращения его правоспособности.

В России, как и в Германии, не может происходить ликвидации конкурсного юридического лица, имеющего признаки несостоятельности, вне процедуры несостоятельности — конкурсного производства. Выявление ликвидационной комиссией (ликвидатором) признаков несостоятельности (банкротства) у конкурсного юридического лица в ходе обычной ликвидации влечет обязанность обращения в арбитражный суд о признании этого юридического лица несостоятельным (банкротом) и введения упрощенной процедуры банкротства в соответствии со ст. 224–226 Закона о несостоятельности (банкротстве).

В российском законодательстве, в отличие от немецкого, отсутствуют нормы о возможной ликвидации обособленного имущества в процедуре несостоятельности (банкротства), оставшегося после ликвидации юридического лица. После исключения юридического лица из ЕГРЮЛ процедура его ликвидации признается завершенной.

Однако российский законодатель регулирует процедуру распределения имущества должника, если у юридического лица осталось нереализованное имущество после окончания процедуры ликвидации. По мнению Банка России, к числу нереализованного имущества следует отнести денежные средства на счете юридического лица (Письмо Банка России от 17.07.2014 № 31-2-11/3653).

Заинтересованные лица и уполномоченные органы вправе обратиться с заявлением в суд о введении процедуры распределения имущества в течение пяти лет с момента внесения сведений в ЕГРЮЛ о прекращении деятельности юридического лица. Судом назначается арбитражный управляющий, который и осуществляет распределение имущества между кредиторами. Указанная процедура вводится и после завершения процедуры конкурсного производства.

В данном случае речь идет об обособленном имуществе, оставшемся после ликвидации юридического лица. Верховным Судом РФ высказана правовая позиция о том, что если у ликвидированного должника-организации осталось нереализованное имущество, за счет которого можно удовлетворить требования кредиторов, то взыскатель, не получивший исполнения по исполнительному документу, иное заинтересованное лицо или уполномоченный государственный орган вправе обратиться в суд с заявлением о назначении процедуры распределения обнаруженного имущества среди лиц, имеющих на это право, в соответствии с п. 5.2 ст. 64 ГК РФ (п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О при-

менении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства»).

Таким образом, российский законодатель допускает распределение оставшегося имущества при недостаточности имущества по правилам ГК РФ, а не Закона о несостоятельности (банкротстве).

Признание несостоятельным недействительного общества (юридического лица). Если юридическое лицо будет объявлено недействительным согласно § 275 Закона об АО (AktG), § 75 Закона об ООО (GmbHG), § 94 Закона о товариществах (GenG), то его конкурентоспособность продолжает сохраняться (Jager 2004, 306). Эти правила действуют независимо от того, объявлено о недействительности юридического лица или нет. Поскольку в Германии производится как предварительный, так и последующий контроль за созданием юридических лиц, в частности акционерных обществ, то законодательством допускается объявление юридического лица недействительным в целях защиты прав кредиторов. М. И. Кулагин отмечал: «Сфера учредительной деятельности традиционно признавалась самым “слабым местом” акционерного права, объявление акционерных компаний в связи с пороками образования в Германии производится крайне редко» (Кулагин 1997, 75–76).

Таким образом, законодательство о несостоятельности Германии допускает введение процедуры несостоятельности над имуществом юридического лица, регистрация которого признана недействительной.

В России государственная регистрация юридического лица также может быть признана недействительной. Согласно п. 6 ст. 51 ГК РФ основаниями признания государственной регистрации юридического лица недействительной являются допущенные при его создании грубые нарушения, которые носят неустранимый характер. Юридическое лицо, регистрация которого была признана недействительной, подлежит согласно п. 3 ст. 63 ГК РФ ликвидации, хотя признание регистрации недействительной влечет утрату юридическим лицом правоспособности, и вести речь о ликвидации юридического лица, на наш взгляд, не представляется возможным. По сути, речь идет об оставшемся обособленном имуществе недействительного юридического лица и его распределении между кредиторами.

Е. В. Трофимова отмечает, что до внесения соответствующих изменений в ГК РФ в 2014 г. существовала правовая неопределенность по вопросу о последствиях признания государственной регистрации недействительной (Трофимова 2015, 44).

Если у недействительного юридического лица имущества для удовлетворения требований кредитора будет недостаточно, то возникает проблема признания его несостоятельным (банкротом) по Закону о несостоятельности (банкротстве), поскольку юридическая личность им утрачена. Недействительное юридическое лицо вследствие утраты юридической силы акта его государственной регистрации, признаваемого правообразующим юридическим фактом, не может быть признано субъектом; можно говорить лишь об обособленном имуществе, оставшемся у недействительного юридического лица.

В таком случае необходимо наделить ролью должника какого-то субъекта. Представляется, что таким субъектом может быть организация учредителей этого юридического лица с правами простого товарищества, которое следует наделить конкурентоспособностью. Предпринятый законодателем подход к ликвидации недействительного юридического лица нельзя признать вполне удачным.

3. Выводы. Правовое регулирование удовлетворения требований кредиторов создаваемого, ликвидируемого, недействительного юридического лица при недостаточности у него имущества осуществляется в России и Германии на разных началах.

В доктрине и судебной практике Германии созданы понятия «предварительное общество», «общество в стадии ликвидации», «недействительное общество», которые наделены конкурентоспособностью, что позволяет им выступать субъектами ответственности по долгам юридического лица и ограничивать ответственность учредителей (участников) пределами внесенных ими вкладов.

В России ответственность по долгам создаваемого юридического лица возложена на учредителей, которые несут солидарную ответственность, не ограниченную какими-либо пределами, хотя в российском законодательстве используются аналогичные правовые конструкции при создании юридических лиц, как и в Германии. Правовое регулирование ответственности по долгам создаваемого и недействительного юридического лица при недостаточности имущества в России отсутствует; законодатель неудачно регулирует процедуру распределения имущества ликвидированного юридического лица.

Библиография

- Андреев, Владимир К., Лаптев, Василий А. 2017. *Корпоративное право современной России: монография*. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект.
- Долинская, Владимира В. 2006. *Акционерное право: основные положения и тенденции: монография*. М.: Волтерс Клувер.
- Ершова, Инна В. (ред.). 2017. *Предпринимательское право. Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров*. М.: Проспект.
- Зайцев, Олег Р. и др. 2009. «Практика рассмотрения коммерческих споров». *Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Вып. 9*. М.: Статут.
- Кулагин, Михаил И. 1997. *Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо*. М.: Статут.
- Семивеличенко, Евгений А. 2015. *Гражданско-правовые договоры, обеспечивающие создание, управление и прекращение деятельности юридических лиц: системный подход*. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань.
- Тихомиров, Михаил Ю. 2008. «Порядок учреждения акционерного общества». *Право и экономика* 8: 21–34.
- Трофимова, Елена. В. 2015. «Государственная регистрация юридических лиц в свете реформы гражданского законодательства». *Законы России: опыт, анализ, практика* 6: 40–46.
- Шиткина, Ирина С. 2016. *Корпоративное право в таблицах и схемах*. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юстицинформ.
- Bitter, Georg, Heim, Sebastian. 2013. *Gesellschaftsrecht*. 2. neu bearb. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen.
- Brox, Hans, Henssler, Martin. 2011. *Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapiersrechts*. 21 neu bearb. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Gottwald, Peter (Hrsg.). 2010. *Insolvenzrecht*. 4. neu bearb. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Jäger, Ernst. 2004. *Insolvenzordnung. Großkommentar Erster Band (§ 1–55)*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Kirschhof, Hans-Peter, Lwowski, Hans-Jürgen, Stürner, Rolf. 2007. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. Band 1. 2. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Kübler, Bruno M., Prütting, Hanns, Bork, Reinhard (Hrsg.). 2012. *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung*. Bd. I. Köln.

- Neumann, Dieter. 1986. *Der Konkurs der BGB-Gesellschaft*. Bielefeld.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 2010. 3 Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Pelz, Christian. 1999. *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechte der Rheinischen Friedrich-Wilhelms. Universität Bonn.
- Roht, Günter H., Weller, Marc-Philippe. 2010. *Handels- und Gesellschaftsrecht*. 7, neu bearb. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen.
- Schmidt, Andreas (Hrsg.). 2009. *Hamburger Kommentar zur Insolvenzrecht*. 3, überarb. und erw. Auflage. Münster.
- Schmidt, Karsten. 2002. *Gesellschaftsrecht*. 4, völlig neu bearb. und erweiter. Auflage. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Schmidt, Karsten. 1997. *Gesellschaftsrecht*. 3 Auflage. Köln.

Статья поступила в редакцию 21 мая 2018 г.,
рекомендована в печать 15 ноября 2018 г.

Контактная информация:

Шушмарева Татьяна Петровна — канд. юрид. наук, доц.; tpshi@mail.ru

Legal entities in the state of creation and termination as insolvency subjects under German and Russian law

T. P. Shishmareva

Kutafin Moscow State Law University,
9, Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 125993, Russian Federation

For citation: Shishmareva, Tatiana P. 2019. "Legal entities in the state of creation and termination as insolvency subjects under German and Russian law". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 110–123. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.108> (In Russian)

This article analyzes the problems of giving competition ability to the preliminary legal entities, to the property of the legal entities in the state of their liquidation, as well as problems of the isolated property of insolvent legal entities. Comparative method was used to study a group of insolvency subjects in the state of creation and termination of legal entities. German legal doctrine and precedents were examined to define competition ability of the debtor as a prerequisite for the enactment of insolvency proceedings and to discern legal nature of legal entities in the state of their creation, types and legal nature of preliminary legal entities as subjects of civil and trade law, and isolated property of insolvent legal entities during their liquidation and insolvency. Conclusions were reached about the liability of insolvent legal entities, preliminary legal entities and legal entities in the state of liquidation. Conclusions were also made on the subject of competitive ability of preliminary legal entities and isolated property during the insolvency proceedings. Russian legislation was analyzed on the topic of the creation of legal entities, stages of their creation and the legal nature of the founder's agreement. Conclusions were made on the topic of liability of the legal entity in the state of its creation and the possibility of using a legal construct of liability by means of including the general partnership in the list of subjects that can be considered insolvent in order to protect creditor's rights during creation, termination and insolvency of legal entities.

Keywords: insolvency, bankruptcy, legal entity, preliminary legal entity, a legal entity in the state of liquidation, insolvent legal entity, general partnership, commercial association, competition ability, insolvency procedures.

References

- Andreev, Vladimir K., Laptev, Vasilii A. 2017. *Korporativnoe pravo sovremennoi Rossii: monografiia*. [Corporate law of modern Russia: monograph]. 2nd ed., revised and expanded. Moscow: Prospekt Publ. (In Russian)
- Bitter, Georg, Heim, Sebastian. 2013. *Gesellschaftsrecht*. 2. neu bearb. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen.
- Brox, Hans, Henssler, Martin. 2011. *Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapiersrechts*. 21 neu bearb. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Dolinskaia, Vladimira V. 2006. *Aksionernoe pravo: osnovnye polozeniia i tendentsii: monografiia* [Company law: fundamental principles and tendencies: monograph]. Moscow: Volters Kluver Publ. (In Russian)
- Ershova, Inna V. (ed.). 2017. *Predprinimatel'skoe pravo. Pravovoe soprovozhdenie biznesa: uchebnik dlia magistrrov* [Business law. Legal support of business: textbook for masters]. Moscow: Prospekt Publ. (In Russian)
- Gottwald, Peter (Hrsg.). 2010. *Insolvenzrechtshandbuch*. 4. neu bearb Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Jager, Ernst. 2004. *Insolvenzordnung. Großkommentar*. Erster Band (§ 1–55). Berlin: De Gruyter Recht.
- Kirschhof, Hans-Peter, Lwowski, Hans-Jürgen, Stürner, Rolf. 2007. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. Band 1. 2 Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Kulagin, Mikhail I. 1997. *Gosudarstvenno-monopolisticheskii kapitalizm i iuridicheskoe litso* [State monopoly capitalism and legal entity]. Moscow: Statut Publ. (In Russian)
- Kübler, Bruno M., Prütting, Hanns, Bork, Reinhard (Hrsg.). 2012. *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung*. Bd. I. Köln.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 2010. 3 Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Neumann, Dieter. 1986. *Der Konkurs der BGB-Gesellschaft*. Bielefeld.
- Pelz, Christian. 1999. *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechte der Rheinischen Fridrich-Wilhelms. Universität Bonn.
- Roht, Günter H., Weller, Marc-Philippe. 2010. *Handels- und Gesellschaftsrecht*. 7. neu bearb. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen.
- Schmidt, Andreas (Hrsg.). 2009. *Hamburger Kommentar zur Insolvenzrecht*. 3. überarb. und erw. Auflage. Münster.
- Schmidt, Karsten. 2002. *Gesellschaftsrecht*. 4. völlig neu bearb. und erweít. Auflage. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Schmidt, Karsten. 1997. *Gesellschaftsrecht*. 3 Auglage. Köln.
- Semivelichenko, Evgenii A. 2015. *Grazhdansko-pravovye dogovory, obespechivaiushchie sozdanie, upravlenie i prekrashchenie deiatel'nosti iuridicheskikh lits: sistemnyi podkhod* [System of the civil contracts providing creation, management and the termination of legal entities: concepts and value]. PhD thesis in Law Science. Kazan'. (In Russian)
- Shitkina, Irina S. 2016. *Korporativnoe pravo v tablitsakh i skhemakh* [Corporate law in tables and figures]. 2nd ed., revised and expanded. Moscow: Iustitsinform Publ. (In Russian)
- Tikhomirov, Mikhail Iu. 2008. Poriadok uchrezhdeniia aksionernogo obshchestva [The establishment of joint-stock company]. *Pravo i ekonomika* [Law and Economy] 8: 21–34. (In Russian)
- Trofimova, Elena. V. 2015. Gosudarstvennaia registratsiia iuridicheskikh lits v svete reformy grazhdanskogo zakonodatel'stva [State registration of legal entities in the light of the reform of civil legislation]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* [Russian laws: experience, analysis, practice] 6: 40–46. (In Russian)
- Zaitsev, Oleg R. et al. 2009. “Praktika rassmotreniia kommercheskikh sporov” [“Commercial court practice”]. *Analiz i kommentarii postanovlenii Plenuma i obzorov Prezidiuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*. Vyp. 9 [Analysis and comments of the decisions of Plenum and reviews of Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. Vol. 9]. Moscow: Statut Publ. (In Russian)

Received: May 21, 2018

Accepted: November 15, 2018

Author's information:

Tatiana P. Shishmareva — PhD, Associate Professor; tpshi@mail.ru