

**ЗАЩИТА ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ  
КРЕДИТОРОВ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА  
(сравнительный анализ)**

**Б.В. Шуба**  
*докторант МАУП,  
кандидат юридических наук*

**Постановка проблемы.** Хозяйственные общества играют все возрастающую роль в системе рыночной экономики. На нынешнем этапе ее развития предпринимательская деятельность осуществляется, как правило, с использованием того или иного вида хозяйственного общества. Такое распространение хозяйственных обществ объясняется преимуществами, которые они содержат в себе по сравнению с осуществлением частной предпринимательской деятельности без создания юридического лица, а именно: возможностью аккумуляции значительных объемов капитала, объединения персональных ресурсов, обеспечение постоянства в ведении предпринимательской деятельности независимо от изменений в составе участников и, прежде всего, возможность ограничения ответственности участников.

Вместе с тем, на современном этапе становления предпринимательства значительную опасность экономической системе составляют злоупотребления со стороны недобросовестных предпринимателей. Эти злоупотребления сводятся, в основном, к недобросовестному использованию некоторых норм хозяйственного законодательства как материального, так и процессуального (хозяйственно-процессуального). При этом в последний период злоупотребления со стороны недобросовестных предпринимателей приобрели массовый характер, что приводит к огромным потерям в самой финансовой системе и в экономике государства в целом. Все это и актуализирует задачу совершенствования хозяйственно-правовых средств защиты интересов кредиторов хозяйственного общества, в частности, на основе имеющегося соответствующего опыта передовых стран Европы, в частности, Германии.

**Анализ последних результатов исследования.** Теме защиты имущественных интересов кредиторов хозяйственного общества посвящено значительное число отечественных научных исследований. Этой проблемой занимались, в частности: Е. Богданов, Е. Кибенко, О. Винник, М. Кулагин. Она является также одним из направлений развития корпоративного права в Украине. Украинское право обладает рядом средств, предназначенных для уменьшения рисков, связанных с ограничением ответственности участников по обязательствам общества. Эффективное усовершенствование существующей в украин-

ском праве системы защиты кредиторов от недобросовестного использования участниками хозяйственного общества категории юридического лица представляется, однако, невысказанным без изучения и детального анализа зарубежного опыта в сфере корпоративного права.

Представителями юридической науки предпринимаются попытки освещения положений зарубежного законодательства, направленных на защиту прав кредиторов хозяйственных обществ и отличающихся актуальностью для развития отечественного права. Особо выделить в этом контексте стоит работы М. Кулагина, О. Винник, Е. Кибенко.

Наиболее близко к раскрытию данной темы подошла О. Винник [1]. Однако и в трудах этих исследователей не в полной мере освещается правовой институт капитализированных займов, существующий в германском праве и представляющий особый интерес в свете исследуемой проблематики. В то же время, этот правовой институт является предметом неугасающих научных дискуссий таких видных немецких исследователей в области корпоративного права, как: Х. Альтмешен, К. Шмидт, М. Хаберзак, М. Лютер, В. Гётте.

**Целью** данной публикации является раскрытие содержания правового института капитализированных займов, изложение научной дискуссии по проблемам его применения и решение возникающих при этом спорных вопросов.

**Основные результаты исследования.** Будучи порождением судебной практики, положения о капитализированных займах нашли свое (частичное) закрепление в § 32 «а», § 32 «б» Германского Закона об обществах с ограниченной ответственностью (далее – ЗООО). Они дополняют положения закона об образовании уставного капитала общества как фонда, предназначенного для обеспечения исполнения обязательств общества перед его кредиторами. Основопологающей идеей данного правового института является ограничение выплаты хозяйственным обществом средств участнику, предоставившему их на условиях займа [2]. Данные положения представляют собой, по существу, ограничение принципа свободы финансирования хозяйственного общества, предоставляющего на усмотрение участника решение вопросов о внесении дополнительных вкладов и конкретного порядка осуществления дополнительных финансовых вливаний в общество [3]. Таким образом, заемные средства хотя и остаются привлеченным капиталом в отношениях между обществом и участником [4], но в его отношениях с кредиторами приобретают положение так называемого «функционального капитала», в связи с чем и идет речь об их «капитализации» [5].

В качестве целесообразности использования данного правового института можно привести следующие аргументы.

В случае финансовых затруднений общества поведение участников в отношении вопроса финансирования общества определяется тремя факторами: свободой финансирования, принятием на себя риска негативных последствий решения о финансировании (ответственностью за финансирование) и защитой интересов кредиторов общества. Два последних фактора представляют собой ограничения первой категории, причем не самого решения о финан-

сировании, а способов его осуществления. Так, в случае финансовых затруднений общества, ведущих к необходимости привлечения дополнительного капитала, участники общества поставлены перед выбором: вдохнуть в него новую жизнь, предоставив необходимый капитал, или же начать ликвидацию. В первом случае они свободны в выборе средств для осуществления поставленной цели, однако этот выбор не должен перекладывать взятый ими на себя риск на плечи кредиторов общества [6]. Выбор правовой формы предоставления займа сам по себе не наносит ущерба интересам последних, однако возврат данного займа в тот период, когда хозяйственное общество является без него нежизнеспособным, не является безупречным с правовой точки зрения сразу по ряду аспектов. Во-первых, судебная практика усматривает в подобных действиях участников противоречивое поведение, несообразное с принципом добросовестного и порядочного исполнения обязательств (§ 242 Германского гражданского кодекса), так как займ изымается из имущественной сферы общества, прежде чем могла быть достигнута преследуемая им цель [7]. Во-вторых, предоставление займа ведет к тому, что факт наличия финансовых средств, поступивших в результате предоставления участником займа, вводит в заблуждение участников делового оборота насчет финансовой жизнеспособности общества [8]. В-третьих, оно оттягивает начало ликвидации общества и тем самым объективно уменьшает шанс кредиторов получить удовлетворение по уже существующим обязательствам [9]. Кроме того, участник хозяйственного общества имеет информационные преимущества перед иными кредиторами последнего, позволяющие ему предъявить требование по возврату займа, когда хозяйственное общество еще обладает необходимыми для его удовлетворения средствами [10]. Указанные моменты и позволяют в своей совокупности говорить о необходимости обязывания участника нести имущественный риск, связанный с принятием решения о финансировании общества, в форме определения особого режима для истребования им выданного хозяйственному обществу займа.

Рассматриваемый правовой институт позитивно урегулирован для обществ с ограниченной ответственностью. Кроме того, в соответствии с § 129 «а» и § 172 «а» Германского торгового кодекса его действие распространяется на полные и коммандитные общества, в которых ни один из комплементариев (полных участников) не является физическим лицом или персональным обществом, в составе которого есть хотя бы один участник – физическое лицо (так называемые «нетипичные персональные общества»). Кроме того, судебная практика применяет § 32 «а», § 32 «b» ЗООО по аналогии к акционерным обществам. Таким образом, сфера действия данного правового института охватывает все общества, для которых характерно ограничение ответственности их участников [11]. Вопрос о распространении его действия на типичные персональные общества, поднимаемый некоторыми исследователями [12], не может быть решен положительно. Специалисты, стоящие на противоположной точке зрения указывают, в частности, на случаи, в которых комплементарием коммандитного общества становилось лицо, не обладающее каким-либо значимым имуществом. Бесспорно, для персональных обществ тоже характер-

но образование собственного капитала и в связи с этим, что особо подчеркивают критики существующей судебной практики, возможность замены собственного капитала общества заемными средствами [13]. Однако собственный капитал (типичных) персональных обществ (что демонстрирует отсутствие гарантированной законом минимальной величины данного капитала и ответственности за невнесение средств в него) не несет на себе той компенсационной функции, которая присуща в случаях ограничения ответственности участников общества по его обязательствам. В связи с этим отсутствует необходимость придания подобным займам особого правового статуса. При этом имущественная несостоятельность участника относится к неизбежным имущественным рискам кредиторов персонального общества. Именно доверие кредитора к кредиту участника выступает определяющим моментом при принятии первым решения о вступлении в договорные отношения с обществом.

Описанное выше расширение имущественного риска участника общества применяется, в то же время, не ко всем займам, выдаваемым обществу его участниками. Иное решение вело бы к неоправданному сужению свободы хозяйствования как общества, так и его участников. В связи с этим действие правил о капитализированном займе связано с наличием ряда условий.

Интересно, прежде всего, понятие участника общества, выдавшего капитализированный займ. Оно рассматривается в судебной практике и комментаторской литературе довольно широко. Во-первых, под него подпадают случаи выдачи займов в случаях так называемого опосредованного представительства, то есть правовых отношений, при которых займодавец действует от своего имени, но за счет и в интересах участника общества. Во-вторых, оно охватывает как обладателей формальной правовой позиции, так и субъектов, которых можно приравнивать к участникам с экономической точки зрения, к примеру, в случае решающего участия в обществе-участнике заемщика. Для констатации такого участия достаточно доли, которая позволяет давать указания исполнительному органу последнего.

Следующим важным моментом, касающимся раскрытия понятия «участник» в понимании § 32 «а» ЗООО, является ответ на вопрос, предусматривает ли оно определенный минимальный размер доли в обществе. Данный вопрос получает неоднозначный ответ в зависимости от конкретного вида общества.

Ответственность за финансирование общества с ограниченной ответственностью (далее – ООО) возлагается на каждого из участников (что следует из § 24, абз. 3 § 31 ЗООО), в связи с чем не существует определенного размера участия, с которого займ подлежит квалификации как капитализированный, кроме указанного в предложении 2 абз. 3 § 32а ЗООО минимального 10%-ного барьера [14]

Учитывая сущностное и структурное различие акционерного общества и ООО (с присущим ему личностным элементом), судебная практика и представители юридической науки сходятся во мнении о необходимости определения минимального размера участия (как индикатора предпринимательского интереса в участии в обществе), начиная с которого акционера можно сравни-

вать с участником ООО. Разногласия существуют относительно размера данной величины, однако судебная практика и господствующее научное мнение придерживаются взгляда о необходимости обладания 25% акций, то есть блокирующим пакетом [15]. При этом предоставление займа участниками, объединенными общим интересом, или обществами, связанными отношениями контроля-подчинения, вменяется им как объединению.

В связи с тем, что (достаточным) основанием распространения правил о капитализированном займе на персональные общества является отклонение от типичного режима ответственности участников, то наличие определенного минимального размера участия не требуется.

Предложение 3 абз. 3 § 32 «а» ЗООО изымает из персональной сферы действия рассматриваемого правового института участников, приобретших свои доли в обществе с целью преодоления уже существующего кризиса. Причем это касается займов, предоставленных как до, так и после такого вступления в общество. Цель данной нормы права – облегчить привлечение капитала для санации хозяйственного общества, находящегося в сложном финансовом положении [16].

Согласно абз. 1 § 32 «а» ЗООО займ должен быть выдан обществу в тот момент, когда участники как порядочные предприниматели предоставили бы последнему средства для пополнения собственного капитала. Данное хозяйственное положение общества в германском законодательстве называется «кризисом общества», а предоставление ему в этот период финансовых средств – кризисным финансированием. В качестве критерия для уточнения понятия «кризис общества» судебной практикой была выбрана некредитоспособность общества, определяемая как невозможность получения обществом кредита на характерных для данного рынка кредитных услуг условиях без предоставления обеспечения обязательства по возврату кредита со стороны участников общества [17].

Правовой режим функционального капитала, закрепляемый за капитализированными займами, распространяется при этом согласно предложению 1 абз. 3 § 32 «а» ЗООО и на все правовые действия, соответствующие займу в экономическом плане: факторинг, направленный на переуступку требований с целью инкассации; предоставление отсрочки исполнения обязательства; фактическое непредъявление требований к исполнению; финансовый лизинг; предоставление обеспечения по займам, получаемым обществом от третьих лиц и, несмотря на распространенную критику, предоставление участником имущественных ценностей в пользование обществу.

Кризисное финансирование может происходить также в форме неизъятия займа, предоставленного в период стабильного финансового положения общества, при наступлении кризиса. В этом случае судебная практика предоставляет участнику определенный срок для принятия решения об истребовании средств, длина которого зависит от конкретных обстоятельств дела и составляет приблизительно 2–3 недели [18]. Возложение невыгодных имущественных последствий вследствие бездеятельности субъекта ответственности наступает, однако, лишь в случае возможности вывода финансовых

ресурсов из общества (например: вследствие истечения срока, указанного в договоре).

Особое место занимает вопрос о субъективной стороне. В то время как по вопросу о необходимости наличия особых мотивов или целей (в частности, ущемления интересов кредиторов) со стороны участника, наукой и судебной практикой дается однозначно негативный ответ [19], спорным является вопрос о том, требуется ли знание или виновное незнание участника насчет существования кризиса общества. Традиционно господствующее мнение отрицает необходимость установления субъективной стороны как таковой [20]. С таким воззрением, однако, сложно согласиться. Учитывая, что капитализация займа является проявлением ответственности за решение участника о финансировании общества и что каждое решение, имеющее правовое значение, имеет волевой и сознательный характер, становится очевидной необходимость проверки наличия у участника в момент предоставления займа возможности получения сведений о кризисе общества (сравни [21]).

Значительную роль в понимании всего правового института капитализированных займов играют правовые последствия, приурочиваемые к наступлению вышеуказанных условий. Их можно разделить на последствия, позитивно закрепленные в законе (и связанные с проведением процедуры по делу о несостоятельности) и применяемые как результат толкования положений о создании и сохранении уставного капитала. В результате такого толкования судебная практика делает вывод о существовании запрета на выплату капитализированных займов в сумме, необходимой для сохранения уставного капитала (абз. 1 § 30 ЗООО по аналогии), и требования общества по возврату средств, выплаченных вопреки этому запрету (абз. 1 § 31 ЗООО по аналогии). Эти правовые последствия приобретают особое значение в связи с тем, что они не связаны с фактом открытия процедуры по делу о несостоятельности, хотя подлежат применению и на этом этапе, однако, без ограничений, определяемых формальностями конкурсного процесса.

При проведении процедуры по делу о несостоятельности § 32 «а» ЗООО, цифра 5 абз. 1 § 39 Положения о несостоятельности (далее по тексту – ПН) предписывают, что требования участников по возврату капитализированных займов подлежат удовлетворению в последнюю очередь.

В случае удовлетворения требования участника по возврату капитализированного займа в течение одного года, а также при предоставлении обществом обеспечения исполнения вышеуказанного требования в течение 10 лет до подачи заявления об открытии процедуры по делу о несостоятельности или после его подачи соответствующее действие общества может быть обжаловано конкурсным управляющим в соответствии с § 135, абз. 1 § 129 ПН. Те же самые последствия наступают и вне конкурсного процесса в том случае, если кредитор не может (или предполагается, что не сможет) получить удовлетворение путем принудительного взыскания (§ 6, § 2 Закона об обжаловании сделок должника вне процедуры по делам о несостоятельности).

**Выводы.** Обобщая вышесказанное, можно заключить, что правовой институт капитализированных займов в германском праве является

ефективним інститутом захисти інтересів кредиторів господарського товариства від конкуренції їх вимог до господарському товариству і вимог учасників-кредиторів.

Статус функціонального капіталу, присваюваний таким займам, веде до заборони повернення позичених коштів, необхідних для збереження статутного капіталу, і вимогу товариства про їх повернення в разі виплати; присвоєння вимоги учасника останньої черговості при задоволенні вимог в процедурі банкрутства; можливості оскарження дій по виплаті таких позичок конкурентним управлінням або кредитором.

### СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. *Витник О.* Господарські товариства і виробничі кооперативи: правове становище. – К., 1998. – С. 174-175.
2. *Banerjea, Nirmal Robert.* Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern // ZIP 1999, 1153, 1157.
3. *Ulmer, Peter.* Umstrittene Fragen im Recht der Gesellschafterdarlehen (§ 32a GmbHG) // ZIP 1984, 1163, 1166.
4. *Priester, Hans-Joachim.* Sind Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen Eigenkapital? // DB 1991, 1917, 1924; BGHZ 124, 282, 284.
5. *Goette, Wulf.* Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht // ZHR 162 (1998), 223, 224.
6. *Hommelhoff, Peter*// Hartwin von Gerkan, Peter Hommelhoff. Handbuch des Kapitalersatzrechts. – 2. Auflage. – Köln, 2002. – С. 30; BGHZ 90, 381, 388.
7. BGHZ 90, 381, 388-389.
8. *Goette, Wulf.* Die GmbH: Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH. – 2. Auflage. – München, 2002. – С. 89.
9. *Ulmer, Peter* // Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Großkommentar/ Hrsg. Ulmer, Peter. – 1. Band. – 8. Auflage. – Berlin, New-York, 1992. – § 32a, b Rn.8; BGHZ 109, 55, 57.
10. BGHZ 75, 334, 336-337.
11. *Goette, Wulf.* Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht // ZHR 162, 223, 224; Huber, Ulrich. Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft // ZGR 17 (1988), 1, 40.
12. *Schmidt Karsten* // Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch/ Hrsg. K.Schmidt. – Band 3. – München, 2002. – § 172a, Rn.5.
13. *Schmidt, Karsten.* Eigenkapitalersatz bei unbeschränkter Haftung // ZIP 1991, 1, 2.
14. *Gerkan, Hartwin von.* Schwerpunkte und Entwicklungen im Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen// GmbHR 1986, 218, 221; Ullrich, Hanns. Gesellschafterdarlehen der Banken in der Finanzkrise der GmbH// GmbHR 1983, 133, 144.
15. *Bayer, Walter* // Münchener Kommentar zum Aktiengesetz / Hrsg. Bruno Kropff, Johannes Semler. – Band 2. – 2. Auflage. – München, 2003. – § 57 Rn. 165 ff.; Lutter, Markus//Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/ Hrsg. Zöllner. – Band 1. – 2. Auflage. – Köln, 1988. – § 57 Rn. 93; BGHZ 90, 381, 390-391.
16. Regierungsentwurf Kapitalaufnahmeleichterungsgesetz (KapAEG), BT-Drucks. 13/7141 v. 6.3.1997// ZIP 1997, 706, 710.

17. BGHZ 121, 31, 38.

18. BGHZ 127, 336, 341; BGH, NJW 1995, 658.

19. *Habersack, Mathias*. Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht: Überlegungen zum Anwendungsbereich der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen// ZHR 162 (1998), 201, 203; BGHZ 105, 168, 176.

20. *Altmeyden, Holger*. Anmerkung zum BGH-Urteil v.7.11.1994–II ZR270/93// ZIP 1994, 1939, 1941; Schmidt, Karsten. Gesellschafterdarlehen als Insolvenzproblem// ZIP 1981, 689, 691.

21. *Markus Lutter, Peter Hommelhoff*. GmbH-Gesetz: Kommentar. – 15. Auflage. – Köln, 2000. – § 32a/b Rn.5.

### **Шуба Б.В. Захист майнових інтересів кредиторів господарського товариства (порівняльний аналіз)**

*У статті розглядаються положення про капіталізовані позики Німецького Закону щодо товариства з обмеженою відповідальністю, проаналізовані точки зору, висловлювані в ході наукової дискусії з проблем його застосування, пропонуються деякі рішення, що виникають при розгляді спірних питань.*

**Ключові слова:** господарські товариства, Німецький Закон про товариства, капіталізовані позики, статутний капітал, учасник товариства.

### **Шуба Б.В. Защита имущественных интересов кредиторов хозяйственного общества (сравнительный анализ)**

*В статье рассматриваются положения о капитализированных займах Германского Закона об обществах с ограниченной ответственностью, анализируются точки зрения, высказываемые в ходе научной дискуссии по проблемам его применения, предлагаются решения некоторых возникающих при этом спорных вопросов.*

**Ключевые слова:** хозяйственные общества, Германский Закон об обществах, капитализированные займы, уставной капитал, участник общества.

### **Shuba B.V. Protection of property interests of the creditors of the economic society (comparative analysis)**

*The article reviews the provisions of capitalized borrowing German Law on Limited Liability Companies, analyzes point of view, expressed in the course of scientific debate on its use, offered solutions have arisen in this dispute.*

**Keywords:** business entities, the German Societies Act, capitalized loans, share capital, member of society.

Стаття надійшла до редакції 15.05.2013.