

С1: 03-12/1381-8

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
УРАЛЬСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

*На правах рукописи*

Трушников Сергей Сергеевич

ВОЗБУЖДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА  
ПО ДЕЛАМ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ  
В ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКЕ ГЕРМАНИЯ

Специальность 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Научный руководитель -  
доктор юридических наук,  
профессор В. В. Янков

Екатеринбург - 2003

С.Тр -

## ОГЛАВЛЕНИЕ.

<b>Введение</b> .....	5 - 15
<b>Глава 1. Правовой институт несостоятельности в Германии</b> .....	16 - 53
§ 1. Развитие института несостоятельности .....	16 - 26
А. Эволюция германского института несостоятельности в XII-XIX вв. ....	17 - 20
Б. Конкурсный Устав 1877 года .....	20 - 23
В. Реформа института несостоятельности в конце XX века .....	23 - 26
§ 2. Природа дел о несостоятельности .....	26 - 40
А. Понятие и цели института несостоятельности .....	26 - 31
Б. Место конкурсного процесса в правовой системе Германии .....	31 - 40
аа) производство по делам о несостоятельности и гражданский процесс .....	32 - 35
бб) производство по делам о несостоятельности и исполнительное производство .....	35 - 38
вв) производство по делам о несостоятельности как комплексное образование .....	38 - 40
§ 3. О принципах производства по делам о несостоятельности .....	40 - 53
А. Действие конституционных принципов в делах о несостоятельности .....	42 - 45
аа) принцип правового государства .....	42
бб) право на рассмотрение дела надлежащим судом .....	43
вв) право быть выслушанным перед судом .....	44
гг) защита основных прав .....	44 - 44
Б. Принципы гражданского процессуального права в делах о несостоятельности .....	45 - 48
аа) принцип (ограниченной) диспозитивности .....	46 - 47
бб) принцип письменности (факультативной устности) .....	47 - 48
вв) принцип ограниченной гласности .....	48
В. Специальные принципы производства по делам о несостоятельности .....	48 - 53
аа) принцип соразмерности удовлетворения	

требований (равенства) .....	48 - 49
бб) принцип следствия .....	49 - 50
вв) принцип универсальности .....	50 - 51
гг) принцип автономии кредиторов .....	51 - 52
дд) принцип реальности .....	53

## **Глава 2. Порядок возбуждения производства по делам о несостоятельности**

<b>в Германии.</b> .....	54 - 120
§ 1. Подведомственность и подсудность дел о несостоятельности .....	55 - 61
А. Подведомственность дел о несостоятельности .....	55 - 56
Б. Подсудность дел о несостоятельности .....	56 - 61
§ 2. Конкурсоспособность .....	62 - 71
А. О понятии конкурсоспособности .....	62 - 63
Б. Физические лица .....	63 - 66
В. Юридические лица .....	66 - 69
Г. Неконкурсноспособные субъекты. ....	69 - 71
§ 3. Основания возбуждения дела о несостоятельности .....	71 - 88
А. Неплатежеспособность .....	73 - 82
аа) понятие неплатежеспособности .....	73 - 79
ааа) «наступление момента исполнения обязательства» ..	76 - 77
ббб) «неспособность должника» .....	77 - 79
бб) установление неплатежеспособности .....	80 - 82
Б. Угроза неплатежеспособности .....	82 - 83
В. Сверхзадолженность .....	83 - 88
аа) понятие сверхзадолженности .....	83 - 86
бб) установление сверхзадолженности .....	86 - 88
§ 4. Обращение в суд с заявлением о признании	
должника несостоятельным .....	88 - 107
А. Право на обращение с заявлением о признании	
должника несостоятельным .....	88 - 92
Б. Заявление о признании должника несостоятельным .....	92 - 95
В. Рассмотрение заявления. ....	95 - 107
аа) рассмотрение заявления кредитора .....	95 - 104

бб) особенности рассмотрения заявления должника .....	104 - 107
§ 5. Завершение процедуры возбуждения дела о несостоятельности. ....	107 - 120
<b>Глава 3. Взаимодействие российского и германского институтов</b>	
<b>несостоятельности. ....</b>	<b>121 - 160</b>
§ 1. Возможности инкорпорация в российское законодательство	
положений германского института несостоятельности,	
касающихся порядка возбуждения дел о несостоятельности .....	121 - 126
§ 2. Взаимодействие российского и германского законодательства	
в рамках дел трансграничной несостоятельности .....	126 - 160
А. Правовые основы института трансграничной	
несостоятельности в России и Германии .....	128 - 137
Б. Содержание института трансграничной несостоятельности .....	137 - 157
В. Средства регламентации вопросов	
трансграничной несостоятельности .....	157 - 160
<b>Заключение.....</b>	<b>161 - 164</b>
<b>Приложение .....</b>	<b>165 - 166</b>
<b>Список использованной литературы .....</b>	<b>167 - 179</b>
<b>Список сокращений .....</b>	<b>180 - 181</b>

---

---

## Введение.

---

---

Нет темы для юристов актуальнее на свете,  
чем неспособность должников быть за долги в ответе.  
(по следам «Ромео и Джульетты» *Уильяма Шекспира*).

**Актуальность.** Актуальность темы, выбранной для диссертационного исследования – возбуждение производства по делам о несостоятельности – определяется факторами, которые можно разделить на две группы.

Во-первых, это актуальность темы несостоятельности в целом и порядка возбуждения дел о несостоятельности в отдельности. Мы будем недалеко от истины, если скажем, что наша страна в настоящее время переживает бум дел о несостоятельности. *К.-Г. Паулюсом* как-то было отмечено, что институт несостоятельности развивается волнообразно, то есть от полного небытия до всепоглощающего внимания.<sup>1</sup>

В результате коренных преобразований в Российской Федерации в начале 90-х годов прошлого века возникла потребность в возрождении института несостоятельности, являющегося неотъемлемым элементом любой рыночной экономики. Вслед за первым Законом о несостоятельности (банкротстве) предприятий от 1992 года<sup>2</sup> в 1998 году последовало принятие нового закона<sup>3</sup>. Наконец, в ноябре 2002 года вступил в силу третий, ныне действующий Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)».<sup>4</sup> Естественным образом, законотворческая деятельность в данной сфере не ограничилась принятием лишь основных законов. К сегодняшнему дню действует множество других законов, касающихся отдельных вопросов несостоятельности, и подзаконных нормативных

---

<sup>1</sup> *Paulus, Entwicklungslinien des Insolvenzrechts, KTS 1999, Nr. 10, S. 34.*

<sup>2</sup> Закон Российской Федерации «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» от 19 ноября 1992 г.

<sup>3</sup> Федеральный Закон РФ от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

<sup>4</sup> Федеральный Закон РФ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета, № 209-210, 02.11.2002.

актов. Арбитражными судами РФ за данный десятилетний период была наработана достаточная практика, достаточная, чтобы признать ее устоявшейся.<sup>5</sup>

Одним из основных преобразований нового законодательства о несостоятельности стало усовершенствование порядка возбуждения в арбитражных судах производства по делам о несостоятельности. Дело в том, что если первый Закон о несостоятельности 1992 года предъявлял большие требования для инициирования дел о несостоятельности (претензионный порядок, превышение пассивов должника над его активами и другое), то Закон 1998 года, наоборот, предусматривал весьма доступный порядок возбуждения производства по данным делам, что в итоге привело к подмене основных способов взыскания задолженности таким исключительным средством как заявление о признании должника несостоятельным.

В таких условиях, когда законодательство бросается от одной крайности в другую, требуется тщательный концептуальный анализ проблемных вопросов несостоятельности. Следует согласиться с мнением *В.В. Витрянского*, что Россия «не отличается многообразием трудов в области несостоятельности».<sup>6</sup> Это связано, прежде всего, с

---

<sup>5</sup> В связи с этим высказываются опасения, что с принятием нового Закона о несостоятельности от 2002 года будут отвергнуты успешно применяемые наработки арбитражных судов при рассмотрении дел о несостоятельности, в частности, относительно надзора за деятельностью арбитражных управляющих. Об этом см., например: *Витрянский В.* Новое в правовом регулировании несостоятельности (банкротства) // *Хозяйство и право*, 2003, № 1, С. 5.

<sup>6</sup> См.: *Витрянский В.В.*, в: *Степанов В. В.*, Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии, С. 4.

Процессуальные вопросы несостоятельности являются предметом следующих диссертаций:

- *Бакланова И.П.* Особое производство в арбитражном процессе, Автореф. канд. дис. - Екатеринбург, 1999.
- *Федоров С.И.* Некоторые особенности рассмотрения арбитражными судами дел о несостоятельности (банкротстве). Автореф. канд. дис. - М., 2001.
- *Чиркунова Е.В.* Особенности рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) граждан в арбитражных судах. Автореф. канд. дис. - СПб., 2001.
- *Сердитова Е.Н.* Конкурсное производство как форма реализации решения арбитражного суда, Автореф. канд. дис. - Екатеринбург, 2002.

новизной данного института. Именно поэтому большое значение в данный момент приобретает ознакомление с аналогичными институтами за рубежом. Безусловно, этим самым подразумевается не слепое копирование той или иной модели регулирования механизмов несостоятельности, а уяснение сущности института несостоятельности, места в системе национального права, взаимообусловленности его целей и средств регулирования, способов устранения недостатков и пробелов. *Иоганн Вольфганг Гёте* в письме к *Т. Карлейлю* от 15 июня 1828 года писал: «Шотландец стремится проникнуть внутрь произведения, француз – понять его, а русский – сделать своим достоянием. Таким образом, не сговариваясь, эти три автора представляют все виды причастности к художественному

---

- *Бортич А.В.* Правовое регулирование наблюдения в процессе банкротства. Автореф. канд. дис. - М., 2002.

В целом о несостоятельности см. также

- *Шшимарева Т.П.* Правовые основы реорганизации и ликвидации юридических лиц вследствие несостоятельности, Автореф. канд. дис. - М., 1992.
- *Телокина М.В.* Проблемы несостоятельности и банкротства юридических лиц. Автореф. канд. дис. - М., 1997.
- *Каримов А.А.* Правовое регулирование несостоятельности индивидуального предпринимателя, Автореф. канд. дис. - СПб., 1997.
- *Гаврилова В.Е.* Банкротство как институт рыночного хозяйства. Автореф. канд. дис. - М., 1997.
- *Дубинчин А.А.* Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) юридических лиц. Автореф. канд. дис. - Екатеринбург, 1999.
- *Зайцева В.В.* Правовые проблемы конкурсного производства в процессе банкротства банков, Автореф. канд. дис. - М. 1999.
- *Енькова Е.Е.* Проблемы правового регулирования несостоятельности. Автореф. канд. дис. - М., 1999.
- *Степанов В.В.* Правовые системы регулирования банкротства. Автореф. канд. дис. - М., 1999.
- *Краценко Е.А.* Банкротство субъектов предпринимательской деятельности в Российской Федерации: проблемы правового регулирования. Автореф. канд. дис. - Волгоград, 2001.
- *Агеев А.Б.* Банкротство в гражданском праве. Проблемы теории. Автореф. канд. дис. - М., 2001.
- *Суворов А.В.* Банкротство кредитных организаций. Автореферат канд. дис. - М., 2002.

произведению, при этом, разумеется, эти три способа не могут быть решительно разграничены, а каждый постоянно призывает другого на помощь себе».<sup>7</sup>

Поэтому вторую группу факторов, обуславливающих актуальность избранной темы, представляет необходимость изучения иностранного гражданского процессуального права и законодательства, в частности, Германии. *Н.Г. Елисеев* верно подметил, что «изучение гражданского процессуального права зарубежных стран является традицией российской правовой школы. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964 г., несмотря на «осторожное» отношение к капиталистической системе, по своей структуре, формулировкам некоторых статей близок к немецкому Гражданскому процессуальному кодексу (ГПК). Германское, австрийское, французское процессуальное право можно рассматривать в качестве исторического источника российского права».<sup>8</sup>

Особо следует подчеркнуть актуальность для российского права, науки и практики ознакомления с порядком возбуждения производства по делам о несостоятельности именно в Федеративной Республике Германия<sup>9</sup>. Данное государство является ведущим партнером Российской Федерацией по объему товарооборота. В связи с этим в рамках третьей главы диссертационного исследования предпринята попытка проанализировать взаимодействие российского и германского институтов несостоятельности: с одной стороны, в форме возможной инкорпорации отдельных, по мнению, автора, приемлемых и эффективных средств урегулирования порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности, а, с другой стороны, в случае так называемой трансграничной несостоятельности должников.

Для современного германского института несостоятельности сегодня также характерно повышенное внимание и увеличение количества дел о несостоятельности<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Топер П.М.* Перевод в системе сравнительного литературоведения. – М., 2000, С. 74 (приводится по ссылке в книге: *Немецкая поэзия в переводах В.А. Жуковского / Составл. и коммент. А. Гугнина.* – М.: Рудомино, Радуга, 2000, С.16).

<sup>8</sup> См.: *Елисеев Н.Г.*, Гражданское процессуальное право зарубежных стран. Источники, судоустройство, подсудность. М. Статут. 2000, С. 13.

<sup>9</sup> Страноведческий материал о Германии см., например, в: *Павлов Н.В.* Германия на пути в третье тысячелетие. – М.: Высшая школа, 2001; *Россия и Германия, сборник статей. Выпуск 2.* – М.: Наука, 2001.

<sup>10</sup> В 2001 г. в Германии было рассмотрено более 32 000 дел о несостоятельности, было признано несостоятельными около 400 акционерных обществ, совокупная задолженность

Такая параллельность с ситуацией в Российской Федерации лишь увеличивает соответствующий интерес к Германии. *В. Бергманн* прямо пишет о том, что предлагаемые в германском институте несостоятельности решения «могут послужить хорошим стимулом для плодотворной дискуссии о проблемах реформы законодательства о банкротстве в Российской Федерации».<sup>11</sup>

*В.В. Степанов* подчеркивает, что «в настоящее время законодательство о несостоятельности является одной из наиболее дискуссионных областей права, поэтому проведение сравнительного анализа (оценки эффективности, системные качества) современных моделей правового регулирования несостоятельности (российской, американской, французской, германской, английской) и изучение современных тенденций в области регулирования трансграничной несостоятельности весьма актуальны».<sup>12</sup> Однако автор со своей стороны хотел бы указать, что сравнительно-правовой элемент в работе носит вспомогательный характер, что вызвано следующими причинами. Во-первых, с вышеуказанной нестабильностью отечественного законодательства о несостоятельности. Во-вторых, с объемом работы, который хотелось бы максимальным образом использовать для изучения немецкой «terra incognita». Тем не менее, в ходе исследования постоянно производится проецирование к аналогичным институтам в России, их сравнение и анализ, от чего отказаться было невозможно и попросту нельзя.

**Цели и задачи исследования.** Названные факторы предопределили цель диссертационной работы – изучение концепции (модели) порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности в судах Германии. Достижение данной цели обусловило, в свою очередь, необходимость исследования следующих задач:

1. На основе анализа эволюции развития института несостоятельности в Германии, оказавших влияние на установление существующего порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности, исследовать его природу и правовые принципы;

2. Проанализировать условия возбуждения производства по делам о несостоятельности: подсудность дела, конкурсоспособность, наличие основания,

---

по потребительской несостоятельности составила 2,8 млн. немецких марок. Данные NDR 2, 13.03.2002, Nachrichten um 17:00, со ссылкой на Bundesarbeitsamt.

<sup>11</sup> См.: *Пане Г.*, Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству / Перевод с немецкого – М.: БЕК, 2002, С. VII.

<sup>12</sup> См.: *Степанов В. В.*, Указ. соч., С. 10.

уполномоченность заявителя, наличие имущества, необходимого для покрытия процессуальных расходов;

3. Изучить содержание и порядок установления оснований возбуждения: неплатежеспособность, угроза неплатежеспособности, сверхзадолженность;

4. Исследовать порядок возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии: принятие заявления, признание его обоснованным, установление достаточности имущества для покрытия процессуальных расходов; сотрудничество судьи, его помощника и (временного) управляющего;

5. Установить особенности дел трансграничной несостоятельности, которые затрагивают интересы участников делового оборота России и Германии;

6. Определить возможные пути усовершенствования отечественного порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности.

**Теоретико-концептуальную основу диссертационного исследования** составили труды таких германских ученых как *Бальц, Баур, Браун, Валлендер, Ведде, Виммер, Вутцке, Герхардт, Готтвальд, Друкарчик, Зойфферт, Кирхоф, Кун, Кюблер, Люке, Мейли, Мюллер, Обермюллер, Папе, Паулюс, Прюттинг, Смид, Трунк, Уленбрук, Ферстер, Хаармейер, Хаас, Хайнце, Хеземейер, Хенкель, Шмидт, Штюрнер, Ягер* и других.

В сравнительно-правовой части исследования были использованы работы российских и советских ученых и практиков *П. Баренбойма, В.С. Белых, Е.А. Васильева, Н.А. Весеневой, А.П. Вершинина, В.В. Витрянского, А.Х. Гольмстена, Б.М. Гонгало, А.А. Дубинчина, Н.Г. Елисеева, Е.А. Колинченко, В.В. Кулешова, В.Ф. Попондопуло, В.М. Семенова, М.Л. Скуратовского, В.В. Степанова, Е.Н. Сердитовой, М.В. Телюкиной, Н. Тура, С.И. Федорова, Е.В. Чиркуновой, В.М. Шерстюка, Г.Ф. Шершеневича, М.К. Юкова, В.Ф. Яковлева, В.С. Якушева* и других.

Материалы для исследования собирались в период 2000-2002 гг. во время обучения и получения степени магистра права (LL.M.) на юридическом факультете университета «Свободный» (Берлина) под руководством *проф., д.ю.н. Ф.-Ю. Зеккера (Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Saecker)* в рамках гранта «Российского фонда немецкой экономики»; научной стажировки в Институте права стран Восточной Европы Университета им. Христиана Альбрехта (Киль) под руководством *проф., д.ю.н. А. Трунка (Prof. Dr. Trunk)* в рамках гранта «Российского фонда правовых реформ»; стажировки в Берлинском бюро юридической фирмы «Clifford Chance Puender» под руководством *К. фон Бисмарка (Hr. von Bismarck)*; практики в бюро арбитражных управляющих «Schroeder und Partners» (Berlin) под руководством *д-ра К.*

*Шульте-Каубрюггера (Dr. Schulte-Kaubruegger), Ш. Шахта (Hr. Schacht), д-ра Ф. Хаклендера (Dr. Hacklaender).*

**Характеристика методологических основ работы.** При написании работы использовались следующие научные методы исследования:

- 1) системный анализ работ германских ученых-процессуалистов;
- 2) логический метод;
- 3) историко-правовой анализ;
- 4) анализ судебной практики германских судов, прежде всего, Федерального Верховного Суда Германии общей юрисдикции (BGH);
- 5) сравнительно-правовой анализ исследования российского и германского институтов несостоятельности по вопросам возбуждения производства по делам о несостоятельности.

**Новизна работы.** Настоящая диссертационная работа представляет собой одну из первых попыток исследования германской модели возбуждения производства по делам о несостоятельности в свете современной реформы отечественного института несостоятельности.

На защиту выносятся следующие положения, отражающие новизну проведенного исследования:

1. Исследования законодательства, судебной практики и доктрины показало, что производство по делам о несостоятельности представляет собой в Германии подвид исполнительного производства, а именно сводное исполнительное производство, для которого характерно, прежде всего, множественность кредиторов (сообщество терпящих убытки). Данная точка зрения господствовала в период действия Конкурсного Устава 1877 года, она является преобладающей и в настоящее время. Подобная институциональная квалификация производства по делам о несостоятельности имеет существенное практическое значение, проявляющееся, прежде всего, в том, что для его инициирования не признается обязательным взыскание задолженности в рамках обычного исполнительного производства.

Тем не менее, институт несостоятельности обладает сегодня настолько большим количеством особенностей – цели по реабилитации, санации и освобождения должников от долгов, возможность инициирования самим должником, единство конкурсной массы и другое – что недопустимым является категоричное отнесение данного института либо к

сфере исполнительного производства, либо к сфере гражданского процесса. На первый план выходит, в первую очередь, комплексный и одновременно самобытный характер рассматриваемого института.

2. В результате исследования германской доктрины и различных суждений ученых можно отметить, в рамках дел о несостоятельности особенно отчетливо просматривается столкновение публично- и частноправовых интересов большого числа участников. Как следствие такого противоборства и в целях установления разумного баланса между такими интересами в делах о несостоятельности господствует как следственное начало, служащее защите публичных интересов, так и диспозитивное, отражающее частную автономию субъектов делового оборота. Первое находит свое выражение, прежде всего, в обязанности суда установить в силу служебного положения все обстоятельства, имеющие значение для дела, в то время как второе раскрывается в широком спектре прав участников, позволяющих им воздействовать на направление процедур.

3. Исследование стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности показало, что она является по германскому праву отдельной, самостоятельной стадией юрисдикционного процесса, от правильного проведения которой зависит эффективность самого производства, а значит и достижение целей института несостоятельности — максимально возможное удовлетворение требований кредиторов (основная цель) и восстановления платежеспособности должника посредством реабилитационных процедур (факультативная цель, то есть данная цель преследуется только в том случае, если она ведет к более высокой квоте удовлетворения требований кредиторов).

В пользу данного вывода можно привести следующие аргументы. Самостоятельность данной стадии проявляется в четкой регламентации прав и обязанностей заявителя, суда, должника, а также эксперта, временного управляющего, третьих лиц. Первостепенное значение придается конституционно закрепленному праву должника быть выслушанным перед судом, иметь возможность для представления своей позиции относительно поданного заявления о признании его несостоятельным. В таких условиях стадия возбуждения производства по делу о несостоятельности представляет собой квази-судебный процесс, где одна сторона должна обосновать требования, предъявленные в качестве основы заявления, подтвердить наличия основания для возбуждения производства, а другая сторона вправе опровергнуть доводы, представленные первой стороной в названных целях.

4. Диссертант обосновал, что особого внимания заслуживает суть и содержание деятельности суда в рамках процедуры возбуждения производства по делу о

несостоятельности. Судья как лицо, осуществляющее правосудие, должно быть избавлено от обязанности осуществления технических функций. Для этого гражданским процессуальным законодательством Германии предусмотрены правила функциональной подсудности, которые разграничивают соответствующие полномочия между судьей и помощником судьи.

Аналогичным образом разрешена данная проблема и в ходе производства по делу о несостоятельности, где судья не должен осуществлять одновременно и правосудие, и технический контроль за соблюдением правил института несостоятельности.

5. Ключевым моментом рассматриваемой темы являются основания возбуждения производства по делу о несостоятельности, в особенности, их содержание и порядок установления. Следует особо отметить, что для ответа на данные вопросы судье предоставлены довольно широкие дискреционные полномочия, поэтому в условиях, когда законодательством были даны лишь ориентиры признания наличия оснований либо их отсутствия, именно обширная судебная практика разработала соответствующие правила. Каждое из оснований – неплатежеспособность, угроза неплатежеспособности и сверхзадолженность – обладает особенностями относительно их как целевой установки, так и порядка установления.

6. На основе сопоставительного анализа российского и германского законодательства о несостоятельности в диссертации делается вывод о том, что наиболее существенными особенностями германской системы возбуждения дел о несостоятельности являются разрешение вопроса о несостоятельности должника на стадии возбуждения дела, правила установления оснований для возбуждения производства, а российской – содержание признаков несостоятельности.

Выявлены общие черты: структура производства дела о несостоятельности, состоящая из двух стадий. В рамках первой решается вопрос о несостоятельности должника: в Германии – до возбуждения дела о несостоятельности, в России – в результате судебного разбирательства. В рамках второй производится реализация решения суда, принятого в итоге первой стадии: в Германии – в собственно производстве по делу о несостоятельности, в России – при проведении процедур несостоятельности.

7. При совершенствовании российского законодательства о несостоятельности в части возбуждения производства представляется интересным использование порядка установления основания для возбуждения производства по делу о несостоятельности (в России – для признания должника несостоятельным), правил распределения полномочий между судьей и его помощником.

Дана оценка германской модели возбуждения дел о несостоятельности как возможного направления развития отечественного института несостоятельности с учетом общих черт систем законодательства о несостоятельности России и Германии.

8. В диссертации впервые рассмотрены проблемы взаимодействия национальных систем несостоятельности РФ и ФРГ в аспекте международного гражданского процесса, а именно – трансграничной несостоятельности. В частности, выделены и проанализированы принципы универсальности и территориальности института трансграничной несостоятельности, а также основные вопросы, возникающие в случае возбуждения дел о трансграничной несостоятельности – международная подсудность, конкурсоспособность должника, правила о применимом праве, сотрудничество судов и управляющих.

Даны теоретико-прикладные рекомендации по практическому взаимодействию правовых систем РФ и ФРГ при возбуждении дел о несостоятельности в одной из этих стран.

9. Обоснована необходимость разработки проекта международно-правового акта между ФРГ и РФ по урегулированию вопросов, возникающих в случае возбуждения дел о несостоятельности. В форме аналитической записки подготовлена концепция данного международно-правового договора с обозначением его целей и задач, финансовой базы, ожидаемых результатов. В Приложении к диссертационному исследованию представлена структура такого договора.

**Научная и практическая значимость** проведенного диссертационного исследования заключается в возможности использования содержащихся в нем положений и выводов для дальнейшего развития науки арбитражного процессуального права.

Во-первых, результаты исследования могут быть применены в законотворческой деятельности, для совершенствования законодательства о несостоятельности. Значимость заключается, прежде всего, в содействии правильному пониманию сущности основных институтов и категорий в процессе правоприменительной деятельности.

Во-вторых, работа позволяет быть востребованной в рамках международного сотрудничества. В диссертационном исследовании проведен анализ действующего процессуального законодательства России и Германии, являющийся основой для проведения дел о трансграничной несостоятельности.

В-третьих, в диссертации представлена концепция и структура международно-правового договора между Россией и ФРГ об урегулировании производства по делам о

несостоятельности. Данный проект может быть использован при разработке и заключении предложенного договора.

**Апробация результатов исследования.** Диссертация подготовлена на кафедре гражданского процесса Уральской государственной юридической Академии, где проведено ее обсуждение и рецензирование. По теме данного исследования было опубликовано шесть статей. Материалы исследования были использованы для подготовки магистерского курса по конкурсному процессу, для выступления на научно-практической конференции «Актуальные проблемы международного гражданского процесса» (Санкт-Петербург, октябрь 2002 г.), а также при проведении учебных занятий в Уральской государственной юридической Академии.

**Структура исследования.** Структура диссертационной работы построена исходя из поставленных задач. Работа состоит из введения, трех глав, объединяющих десять параграфов, заключения и списков использованной литературы и сокращений. В рамках первой главы представлена эволюция развития правового института несостоятельности в Германии, его природа и правовые принципы. Вторая глава посвящена анализу порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии. В третьей главе рассматриваются формы взаимодействия российского и германского институтов несостоятельности.

---

## Глава 1. Правовой институт несостоятельности в Германии.

---

### § 1. Развитие института несостоятельности.

Несостоятельность в целом и конкурсное производство, в частности, представляют собой институты европейской правовой культуры.<sup>13</sup> И хотя многие немецкие ученые полагают, что «конкурсное производство произрастает из более древнего периода, чем римская эпоха»,<sup>14</sup> большинство ученых, в том числе в России, придерживается первой точки зрения.<sup>15</sup>

В сфере конкурсного производства Германия обладает богатой историей и долгими традициями. Институт несостоятельности Германии претерпел влияние многих правовых систем, но развивался самобытным путем, в результате чего возникла собственная концепция несостоятельности со своеобразным порядком возбуждения дел о несостоятельности.

Поэтому представляется целесообразным в рамках первого параграфа первой главы совершить небольшой исторический экскурс, который бы отразил динамику развития института несостоятельности вначале на территории германских государств, затем Германской империи, а в настоящее время в Федеративной Республике Германия.

Как верно отметил *В.В. Степанов*, «регулирование вопросов банкротства в развитых государствах является той областью законодательства, в которой можно встретить самые различные подходы. Для ответа на вопрос о причинах этих различий необходимо изучить в комплексе историю права соответствующих государств, философско-правовые воззрения в

---

<sup>13</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, *Insolvenzrechts-Handbuch*. - 2. Auflage, 2000, § 1.I. абз. 1.

<sup>14</sup> См.: *Hess, Weis, Wienberg*, *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO*. 2. Auflage, 2001, vor § 1 абз. 15. См. также *Boecker*, *Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient*, 1984; *Trinkner*, *Wiedereinführung der altorientalischen Schuldknechtschaft durch die Insolvenzordnung ?*, BB 1992, 2441.

<sup>15</sup> См. позиции известных русских процессуалистов, например, *Г.Ф. Шершеневича*, в: *Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс*, С. 27.

разные периоды времени, политическую и экономическую историю, взаимопроникновение правовых систем».<sup>16</sup>

#### А. Эволюция германского института несостоятельности в XII-XIX вв.<sup>17</sup>

В средневековом праве господствовали два основных представления о конкурсном производстве. В одних странах отличительной чертой конкурсного права являлась идея об автономном, частноправовом производстве (*Selbsthilfeverfahren*), что было присуще римскому праву, а затем и праву итальянских городов и Франции. В других же странах, в таких как, например, в Испании, строго формализованные конкурсные процедуры проводились государственными судами.

Средневековое германское право (XII-XIII вв.) при регулировании удовлетворения требований неплатежеспособного должника долгое время исходило из принципа приоритета. Требования кредиторов, которым удавалось первым установить обременение на имущество должника в форме ареста, удовлетворялись полностью за счет данного имущества без учета требований других кредиторов.

<sup>16</sup> См.: *Степанов В. В.*, Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. - М.: Статут, 1999, С. 9.

<sup>17</sup> См. также:

на русском языке - *Мальшев К.И.* Исторический очерк конкурсного процесса, СПб, 1871, С. 308-414, а также *Шеришневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 53-59; *Телюкина М.В.* Конкурсное право: теория и практика несостоятельности (банкротства), С. 29-33;

на немецком языке - *Dabelow*, *Lehre vom Concurse der Gläubiger*, 1801; *Endemann*, *Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis der Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877*, ZZP 12 (1888), 24; *Seuffert*, *Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts*, 1888; *Seuffert*, *Deutsches Konkursprozeßrecht*, 1899; *Kohler*, *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, 2. Auflage, 1903; *Hellmann*, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, 1907; *Wach*, *Der Konkursprozess*, Leipzig 1913/1914; *Jaeger*, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, 8. Auflage, 1932; *Thieme*, *Zur Entwicklung des Konkursordnung*, FS 100 Jahre KonkursO, 1977, 35; *Uhlenbruck*, *Einhundert Jahre Konkursordnung*, FS 100 Jahre KonkursO, 1977, 3; *Gottwald, Gerhardt*, *Insolvenzrechts-Handbuch*. 2. Auflage, 2000, § 1 I; *Hess, Weis, Wienberg*, *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO*. 2. Auflage, 2001, T. I, vor § 1 InsO.

Идеи римского конкурсного права и, прежде всего, соразмерность и совместность удовлетворения требований кредиторов (*par condition creditorum*) германскому праву того времени не было известны. Процедура ареста, которая наступала в случае несостоятельности должника, преследовала цели обеспечения прав кредиторов путем ареста должника и его имущества. Лишь в конце XIII века в праве ганзейских городов появляются нормы о соразмерном удовлетворении требований кредиторов в случае смерти либо побега несостоятельного должника, как, например, это нашло отражение в Любекском Кодексе 1294 года. В то же время в Любеке очень рано получили развитие примирительные процедуры, мировая сделка была обязательна для меньшинства, в особенности если оно состояло не из жителей города.

*Колер (Kohler)* пишет о том, что уже с этого времени необходимо признать влияние на законодательство германских стран итальянского права<sup>18</sup>. По мнению *Штоббе (Stobbe)*, «можно предположить, что основные конкурсные принципы обязаны своим распространением содействию крупных торговцев, а распространение в северной Германии - главным образом торговле с Италией. Образование конкурсного права сводится не прямо к римским началам, но, как и во многих иных положениях торгового права, к итальянскому праву, которое само основывается на римском праве»<sup>19</sup>.

*Г.Ф. Шершеневич* в этой связи прямо указывает на отсутствие непосредственного влияния римского права на конкурсное законодательство Германии: «первыми общими началами конкурсного права Германия обязано не римскому праву, а потребностям собственного торгового оборота и связи с итальянскими купцами. Невероятность простого рецепирования обнаруживается из того уже обстоятельства, что основные принципы получили признание в таких местах и в такое время, когда не могло быть и речи о рецепции. Конкурсный процесс вырабатывается ранее на севере, чем на юге».<sup>20</sup>

Примерно в XV-XVI вв. можно признать самое сильное воздействие итальянского конкурсного права на развитие соответствующей отрасли права германских стран. По общему правилу конкурсное производство проводилось только в случае приостановления платежей при полном ухудшении имущественного положения должника. Одним из признаков приостановления платежей признавался побег должника. Конкурс в таком случае проводился как автономная процедура кредиторов, принимавших решение на основе

<sup>18</sup> См.: *Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, 31.

<sup>19</sup> См.: *Stobbe, Zur Geschichte des Konkursprocesses*, С. 21, в: *Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс*, С. 54.

<sup>20</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс*, С. 54.

большинства. Роль суда ограничивалась здесь контрольными и вспомогательными функциями.

Следуя данным идеям, конкурсный процесс в Германии развивался в это время в большей степени на основе практики, став обычным правом европейского торгового оборота – *ius commune* или *der gemeine deutsche Konkursprozess*. Тем не менее, присутствует ряд законов, содержание которых прямо указывает на их преемственность с итальянским правом. Например, Франкфуртское городское право (1578 г.); право земли Вюртемберг (1610 г.); право земли Бавария (1616 г.); Саксонское Процессуальное Уложение 1622 и 1724 гг.; Готтарское судебное Уложение 1670 года; Айзенахское судебное Уложение 1702 года

Однако начиная с конца XVII века во многих германских государствах все большее признание находят принципы испанского конкурсного права, ориентированного на проведение публичных конкурсных процедур при активной роли государственных судов. Выразителем данных идей стал королевский советник из Вальядолида *Сальгадо де Самоза* (*Salgado de Samoza*). В своей книге «Лабиринт конкурса кредиторов в споре по различным требованиям к общему должнику»<sup>21</sup> он рассматривал конкурсное производство как особый вид производства, настолько обладающий публичным характером, что признавал и возможность его открытия самим судом. В таком производстве имущество должника переходит в руки суда. Суд призывает кредиторов предъявить свои требования, устанавливает для этого срок, кроме этого, назначает избранного ими администратора (куратора). Порядок производства, разработанный *Самозой*, отличался крайней степенью формализма, основной задачей становилось не достижение наибольшей квоты удовлетворения требований кредиторов, а соблюдение всех необходимых для этого формальностей, что еще больше увеличивало расходы на проведение производства. Не случайно *Персеру* (*Percerou*) высказал мнение, что отсутствие влияния идей *Самозы* на Францию стало для последней величайшим благом.<sup>22</sup>

Предпосылкой для проникновения принципов испанского конкурсного права стала, прежде всего, раздробленность в те времена германских государств, стремившихся по возможности полностью контролировать имущественный оборот на своей территории, данный процесс «бюрократизации»<sup>23</sup> особенно ускорился после Тридцатилетней войны.

<sup>21</sup> *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, (1646 г.).

<sup>22</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 54.

<sup>23</sup> См.: *Hess, Weis, Wienberg, InsO, vor § 1 InsO, абз. 81.*

Под влиянием испанского права были приняты Баварское Судебное Уложение 1753 года (*Codex Juris Bavarici Judiciarii*); Прусский Устав об ипотеке и конкурсном производстве 1855 года; Конкурсный Устав Липе-Детмольда от 25 декабря 1779 года; Гражданское процессуальное Уложение Брауншвейга от 19 марта 1850 года; Баденское Гражданское процессуальное Уложение от 18 марта 1864 года; Ганноверское Гражданское процессуальное Уложение от 8 ноября 1850 года.

Как отмечают *Уленбрук (Uhlenbruck)*<sup>24</sup> и *Колер*<sup>25</sup>, влияние *Сальгадо де Самозы* в Германии привело к тому, что конкурсное производство стало чрезвычайно затянутым и в итоге чаще всего неэффективным. Лишь во второй половине XIX века в ходе политической и экономической либерализации в германских государствах стали приниматься законы, следовавшие идеям уже французского Торгового Кодекса 1807 года и французского Закона о несостоятельности от 28 мая 1838 года<sup>26</sup>. Речь идет, прежде всего, о Прусском Конкурсном Уставе 1855 года, Баварском Процессуальном Уложении 1869 года (Пятая Книга) и Австрийском Конкурсном Уставе 1869 года. Основной идеей преобразований было усиление автономии кредиторов, ограничение функций судьи, а также расширение прав по конкурсному оспариванию сделок, введению фигуры временного управляющего, регламентации порядка установления требований кредиторов.<sup>27</sup> Тем самым была подготовлена благодатная почва для принятия в 1877 году конкурсного устава, единого для всей объединенной Пруссией Германии.

#### **Б. Конкурсный Устав 1877 года.**

В соответствии со статьей 4 п. 13 Конституции в сферу компетенции Северогерманского Союза входило принятие единых судопроизводственных норм. На основании этого Бундесрат решением от 21 февраля 1870 года поручил Бундесканцлеру инициировать разработку проекта единого конкурсного закона. Такой проект, составленный

<sup>24</sup> См.: *Uhlenbruck*, *Einhundert Jahre Konkursordnung*, 9.

<sup>25</sup> См.: *Kohler*, *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, 35.

<sup>26</sup> Данные акты в свою очередь основывались на «Великом Ордонансе» 1673 года, который следовал идеям конкурсного права итальянских городов. Таким образом, сделав «крюк» в сторону Пиренейского полуострова германское конкурсное право к середине XIX века вернулось к своим основам XV-XVI вв.

<sup>27</sup> Более подробно о данных законах см.: *Gottwald, Gerhardt*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 1 I, абз. 5; *Hess, Weis, Wienberg*, *InsO*, Т. I, vor § 1 InsO, С 18-20.

группой под руководством доктора Гагенса (*Hagens*),<sup>28</sup> в 1873 году был представлен Бундесрату Прусским Министерством юстиции. В течение марта 1873 – июля 1874 гг. проект закона обсуждался на 73 заседаниях комиссии Бундесрата,<sup>29</sup> а в период ноябрь 1875 – май 1876 гг. – на заседаниях специальной комиссии Рейхстага, после чего 21 декабря 1876 года Конкурсный Устав был принят законодательным органом, а 10 февраля 1877 года он был подписан Кайзером Вильгельмом I.<sup>30</sup>

Конкурсный Устав, названный «жемужиной законодательства»<sup>31</sup>, действовал более 120 лет (1877-1998 гг.), пережив всевозможные политические и экономические события того времени. И современники, и юристы нашего времени признают за данным законом последовательное проведение лежащих в его основе принципов, догматически безупречное изложение материи и выверенную законодательную технику.<sup>32</sup>

В основе Конкурсного Устава лежит концепция сводного исполнительного производства, которое в случае неплатежеспособности должника заменяет индивидуальный порядок предъявления кредиторами к нему требований и обращения взыскания, тем самым исключая принцип приоритета, чтобы в рамках принципа равной конкуренции кредиторов исключить бескомпромиссную борьбу каждого против каждого («*bellum omnium contra omnes*»), предотвратить манипуляции и произвол.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Именно *Карл Гагенс (Carl Hagens)* считается автором данного проекта, об этом см.: *Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung*, С. 14.

<sup>29</sup> Данная комиссия, состоявшая из юристов и предпринимателей, внесла ряд изменений в первоначальный проект. Среди них особо следует отметить изменение названия: первоначально проект назывался буквально «Положение о единой задолженности» (*Gemeinschuldordnung*) и имел не столько ликвидационный характер, сколько был направлен на удовлетворение требований кредиторов различными способами, в том числе путем мировой сделки (§§ 233-256 проекта). Однако изменения названной комиссии придали акту сугубо ликвидационный характер, что повлекло соответствующее название закона – «Конкурсный Устав» (*Konkursordnung*). Об этом см.: *Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 16 и сн. 1.

<sup>30</sup> Опубликован в тот же день, *RGBl. 1877*, С. 351.

<sup>31</sup> Считается одним из эпохальных законов, принятых в Германии в конце XIX века, наряду с Гражданским Кодексом (BGB), Торговым Кодексом (HGB) и Гражданским Процессуальным Уложением (ZPO).

<sup>32</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 1 I, абз. 6.

<sup>33</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 1 I, абз. 7.

Помимо своей воли все кредиторы образуют так называемое сообщество терпящих убытки (*Verlustgemeinschaft*),<sup>34</sup> поскольку в связи с неспособностью должника удовлетворить требования в полном объеме все кредиторы получают лишь определенную и, что не менее важно, равную долю удовлетворения своих требований (квота удовлетворения). Идея равенства требований кредиторов послужила основанием для отказа от очередности как порядка удовлетворения требований.

Следуя принципу «самоуправления кредиторов» (при поддержке и контроле со стороны суда), законодатель в Конкурсном Уставе подробным образом урегулировал порядок и формы «самостоятельности» участников и их органов (собрания и комитета кредиторов). Особой фигурой является конкурсный управляющий. «Не как должностное лицо, не как инструмент суда и не как самостоятельное лицо, а как управляющий имуществом без государственной власти конкурсный управляющий должен собрать имущество, управлять им, сформировать конкурсную массу и распределить ее».<sup>35</sup>

Конкурсный суд не являлся больше так называемым процессуальным судом, рассматривающим требования в рамках проводимого им конкурсного производства. Оспаривание требований производится по инициативе участников, установлением требований помимо управляющего занимается суд, определяемый в общем порядке. Данное правило было признано одним из самых прогрессивных,<sup>36</sup> оно действует и по настоящее время.

В отличие от конкурсного права Франции, Италии и других романских стран германский институт несостоятельности предусматривал и предусматривает возможность возбуждения производства по делу о несостоятельности в отношении как предпринимателей, так и граждан. В качестве основания приводится та формула, что «разнообразие экономических отношений не позволяет ... рассматривать долги предпринимательского слоя ... как нечто отдельное».<sup>37</sup>

Между тем даже самый лучший закон о несостоятельности не в силах исключить все те проблемы, которые банкротство влечет для непосредственных участников, а также для других заинтересованных кругов делового оборота. Уже сам факт возбуждения производства снижает стоимость имущества должника, что зачастую ведет к подрыву предпринимательской деятельности и может нанести сильнейший удар по соответствующей

<sup>34</sup> См.: *Pagenstecher, Grimm, Der Konkurs*, 4. Aufl. 1968, С. 2.

<sup>35</sup> См.: *Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 10.

<sup>36</sup> См.: *Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung*, С. 18.

<sup>37</sup> См.: *Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 11.

отрасли и торговле, в особенности, если речь идет о крупном предприятии-должнике. В этих условиях задачей законодателя становится поиск золотой середины с тем, чтобы испытывающее трудности, но жизнеспособное предприятие могло противостоять злонамеренным, направленным против его санации стремлениям кредиторов и чтобы одновременно были исключены возможности для ухода должника от его обязательств.<sup>38</sup>

Конкурсный Устав в течение всего времени своего действия являлся предметом неослабевающей дискуссии. По мере эволюции самого института несостоятельности, когда все большую роль стали играть реабилитационные процедуры, корректировка законодательства производилась уже не путем внесения изменений в Конкурсный Устав, а в форме принятия других конкурсных законов, как, например, Устава о мировых сделках от 5 июля 1927 года, Закона о борьбе с экономической преступностью от 29 июля 1976 года, введения в законы корпоративного права норм об обязанности руководителей предприятий по подаче заявлений о признании предприятий банкротами<sup>39</sup>.

#### **В. Реформа института несостоятельности в конце XX века.**

Несмотря на все корректировки и вносимые изменения, в конце 50-х-начале 60-х XX века годов начинает высказываться позиция о необходимости принятия нового конкурсного закона.<sup>40</sup> Особенно сильно по экономике Германии ударил «нефтяной кризис» 1973 года, когда количество предприятий, признанных несостоятельными, увеличилось вдвое.<sup>41</sup> При этом производство возбуждалось лишь по 30 процентам от всех поданных заявлений о признании должников несостоятельными, остальные 70 процентов заявлений возвращались в связи с недостаточностью имущества должников для покрытия процессуальных расходов.<sup>42</sup> Тем самым институт несостоятельности оказался неспособен выполнять не

<sup>38</sup> См.: *Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 16-17.

<sup>39</sup> Например, § 64 абз. 2 Закона об обществах с ограниченной ответственностью (GmbHG), §§ 42 абз. 2, 48, 53, 86, 88, 89 абз. 2 ГК (BGB); § 92 абз. 2 Закона об акционерных обществах (AktG); § 130a Торгового кодекса (HGB); § 99 абз. 1 Закона о товариществах (GenG).

<sup>40</sup> См.: *Hess, Weis, Wienberg, InsO*, Т. I, vor § 1, С. 31.

<sup>41</sup> См.: *Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, § 38 X. Об этом см. также *Bedde*, Обзор института несостоятельности в Германии, С. 374.

<sup>42</sup> См.: *Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1998*, С. 138.

только реабилитационную, но и первичную ликвидационную функцию. Особое распространение в то время получило выражение «конкурс конкурса».<sup>43</sup>

*Герхард Пане* называет следующие причины, которые привели к изменению соотношения собственного капитала должников и их обязательств, что в конечном счете привело к потере Конкурсным Уставом своей функциональности:<sup>44</sup>

1) подлежащее учету имущество должника было обременено правами на особое удовлетворение привилегированных кредиторов, в результате чего не оставалось массы для распределения между остальными кредиторами<sup>45</sup>;

2) предписания КУ не были сориентированы на рост числа так называемых требований к массе, которые возникали после возбуждения производства и также удовлетворялись в особом порядке;

3) преимущественный порядок удовлетворения требований наемных работников, а также обременение конкурсной массы правами на особое удовлетворение со стороны налоговых органов (*Fiskusvorrechte*).

Другой комплекс причин реформирования института несостоятельности заключался в произошедшем в 1990 году присоединении к ФРГ Германской Демократической Республики, в результате чего было восстановлено не только единство германской государственности и народов, но и правовое единство. На территории ГДР к тому времени действовало Положение об общем исполнительном производстве (*Gesamtvollstreckungsordnung*). Однако для того, что избежать массового банкротства предприятий в новых федеральных землях, было решено оставить в силе данный закон.

К первоочередным целям законодательной реформы, среди прочего, были отнесены «создание «рыночной совместимости» процедур на основе ... гибкости и дерегулирования производства, ... упрощенный порядок и своевременность возбуждения дел о несостоятельности».<sup>46</sup>

В 1985-86 гг. специальной комиссией, назначенной федеральным министром юстиции, было разработано два проекта нового закона, после чего они были представлены общественности для обсуждения. На основе дискуссии в 1991 г. Федеральное

<sup>43</sup> См.: *Kilger*, KTS 1975, 172.

<sup>44</sup> См.: *Пане Г.*, Указ. соч., С. 12.

<sup>45</sup> Средняя квота удовлетворения требований простых кредиторов составляла 3-5 процентов, см.: *Gottwald, Gerhardt*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 1 V, абз. 22.

<sup>46</sup> См.: *Пане Г.*, Указ. соч., С. 19.

Правительство Германии представило Бундестагу окончательный проект.<sup>47</sup> В результате многочисленных дебатов в законодательном органе, которые в особенности были связаны с банкротством потребителей, 21 апреля 1994 г. был принят новый конкурный закон - Положение Германии о несостоятельности (*Insolvenzordnung*, далее по тексту - ПоН),<sup>48</sup> которое вступило в силу 1 января 1999 года.<sup>49</sup>

В качестве новелл Положения о несостоятельности необходимо выделить следующие моменты:

во-первых, это создание единого производства, объединяющего ликвидационные (конкурсное производство) и реабилитационные процедуры (конкурсный план, переносимая санация), их выбор производится после возбуждения производства;

во-вторых, это усиление реабилитационного начала в институте несостоятельности – ликвидация не имеет приоритета перед санацией, основной целью является достижение большей выручки, которая более вероятна при сохранении бизнеса должника;

в-третьих, это дерегулирование производства – посредством конкурсного плана участники вправе самостоятельно определить порядок и форму погашения долгов;

в-четвертых, это введение мер, направленных на предупреждение недостаточности имущества должника для покрытия процессуальных расходов: прежде всего, возможность

<sup>47</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 1 V, абз. 39.

<sup>48</sup> См.: *BGBI. 1994 I S. 2866* в ред. Закона Германии от 19 декабря 1998 г. о внесении изменений в Закон Германии о введении в действие Положения о несостоятельности, *BGBI. 1998 I 3836*, и Закона Германии от 26 октября 2001 г. о внесении изменений в Положение о несостоятельности, *BGBI. 2001 I S. 2710*.

Текст Положения Германии о несостоятельности от 5 октября 1994 года на русском языке см. в: *Германское право. Часть III. ... Положение о несостоятельности: Пер. с немецкого Б.С. Хейфеца / Исследовательский центр частного права. Германский фонд международно-правового сотрудничества; Научн. ред. Р.И. Каримуллин. – М.: Статут, 1999, С. 128-223*. Необходимо лишь отметить, что данный перевод не лишен недостатков, а именно в нем присутствуют пропуски текста закона – см., например, на стр. 133 отсутствие перевода п. 4 ч. 2 § 21 о наложении ареста на почтовую переписку в качестве меры обеспечения.

<sup>49</sup> Такой длительный переходный период должен был предоставить землям, ответственным за организацию судебной системы, время для создания персональных и материальных предпосылок успешного применения документа, см.: *Ведде, Обзор института несостоятельности в Германии, С. 374*.

возбуждения производства на более ранних стадиях финансового кризиса, введение дополнительных оснований возбуждения производства, усиление прав по конкурсному оспариванию;

в-пятых, это детальная регламентация несостоятельности граждан, позволяющая им освободиться от долгов.

Содержание данных новелл и ключевых положений Положения о несостоятельности будут раскрыты в дальнейшем, в основной части диссертационного исследования

## § 2. Природа дел о несостоятельности.

### А. Понятие и цели института несостоятельности.

Для того чтобы верно обозначить сущность института несостоятельности и его место в правовой системе Германии представляется необходимым вначале представить то содержание, которое вкладывается в немецкой научной литературе в данное понятие, а также привести его цели, поскольку именно цели являются основным ориентиром для разрешения вопроса о сущности того или иного явления.

*Эрнст Ягер (Ernst Jaeger)* во времена, когда открытие конкурсного производства исключало возможность реабилитации должника, писал, что «конкурсное производство представляет собой ужаснейший из существующих истребителей ценностей (*Wertvernichter*), а помимо того самую дорогую процедуру погашения долгов».<sup>50</sup>

По мнению *Виммера (Wimmer)*, институт несостоятельности можно обозначить как совокупность «таких правовых норм, которые в случае неплатежеспособности (несостоятельности) (физического либо юридического) лица либо объединения лиц регулируют производство в целях наиболее соразмерного удовлетворения требований всех кредиторов».<sup>51</sup>

При широком понимании данного термина речь идет о «процессуально-правовом инструменте, который законодатель предоставляет кредиторам для реализации их прав в рамках гражданского права, если их индивидуальная реализация – в частности, в форме

<sup>50</sup> См. в: *Lüke, Prütting, Lexicon des Rechts. Zivilverfahrensrecht. 2. Auflage, 1995, С. XXIV.*

<sup>51</sup> См.: *Wimmer, Lexicon des Insolvenzrechts, 1999.*

исполнительного производства – в связи с кризисом должника не может более привести к соразмерному удовлетворению требований кредиторов».<sup>52</sup>

В соответствии с этим конкурсное процессуальное право можно обозначить в двух значениях: в узком смысле слова – это совокупность норм, регулирующих особенности рассмотрения дел о несостоятельности, в широком же смысле они дополнены процессуальными нормами общей процессуальной формы, которые применяются соответствующим образом в конкурсном процессе.<sup>53</sup>

*Зойфферт (Seuffert)* давал следующую оценку конкурсному производству: «конкурсный процесс – это судебная процедура в целях соразмерного удовлетворения требований всех кредиторов за счет имущества их должника, которого предположительно недостаточно для полного удовлетворения требований».<sup>54</sup>

Наконец, институт несостоятельности может быть представлен как «объединение всех норм, которые регулируют финансовое состояние (несостоятельного) должника, угрожающее его существованию, и предотвращение либо ликвидацию ситуации финансового кризиса».<sup>55</sup>

Согласно мнению *Прюттинга (Prütting)* и *Кюблера (Kübler)*, институт несостоятельности – это «сумма материально- и процессуально-правовых норм, которые в рамках установленного государством порядка служат коллективному привлечению к имущественной ответственности должника, который более не в состоянии полностью удовлетворить требования всех кредиторов»<sup>56</sup>. При этом понятие имущественной ответственности необходимо понимать в широком значении. Оно охватывает все виды реализации имущества, то есть наряду с принудительной продажей при ликвидации должника также планомерную продажу при преследовании целей санации, восстановления платежеспособности должника.

*Хесс* приводит следующее понятие института несостоятельности: он охватывает совокупность установленных законом выхода участника хозяйственной жизни с рынка в случае, когда в результате недостаточности имущества должника интересы кредиторов ставятся под угрозу. Институт несостоятельности необходимо отличать от корпоративной

<sup>52</sup> См.: *Heilmann, Smid*, Insolvenzordnung, § 1 абз. 16; § 2 абз. 1.

<sup>53</sup> См.: *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht, С. 3.

<sup>54</sup> См.: *Seuffert*, Deutsches Konkursprozessrecht, С. 1.

<sup>55</sup> См.: *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 11 VI. 1. a.

<sup>56</sup> См.: *Kübler, Prütting*, Insolvenzordnung, 1999, Einleitung, абз. 1.

ликвидации обществ, которая производится по решению их участников при погашении обязательств и распределении имущества в отсутствие признаков несостоятельности.<sup>57</sup>

По своей природе дела о несостоятельности является «квази-спорным производством с участием сторон», ускоренный характер и особенности которого обуславливают обязанность суда произвести в силу служебного долга (*von Amts wegen*) все действия, необходимые для вынесения решения по делу.<sup>58</sup>

Институт несостоятельности как сложное комплексное экономически-правовое образование выполняет в социальной рыночной экономике гораздо большую роль, чем может показаться на первый взгляд. Любая реформа в данной сфере обречена на неудачу, если рассматривать данный институт исключительно как технический механизм распределения активов. Как и каждая правовая отрасль демократического и социального правового государства, институт несостоятельности должен влечь достижение справедливого баланса, защиту слабых и обеспечение социального мира. Правовая политика не должна ограничиваться признанием несостоятельности лишь как наступившего социального конфликта, здесь необходимо стремление к справедливому и законному распределению убытков и бремени.

Институт несостоятельности имеет для функционирования рыночной экономики первостепенное, основополагающее значение. В данном случае речь идет о правильном юридическом построении выбытия либо финансовой реструктуризации разорившихся единиц экономики. Тем самым институт несостоятельности становится центральной частью коммерческого частного права, поскольку он выполняет ориентирующую функцию для всех действий и структур экономики: «лишь относительно небольшое количество должников и предприятий становятся несостоятельными, однако все участники рынка должны соизмерять свои экономические действия с нормами института несостоятельности»<sup>59</sup>. Поэтому законодатель не вправе принимать такие нормы, которые бы препятствовали здоровому деловому обороту.

Несостоятельность на рынке неизбежна, поэтому ее наступление не означает сбой рынка. Это также не дает оснований для вытеснения рыночных механизмов публичными средствами регулирования экономики. Институт несостоятельности должен не только следовать принципам экономического устройства страны, но и усиливать их действие.

<sup>57</sup> См.: *Hess, Weis, Wienberg*, InsO, T. I, vor § 1, абз. 1-11.

<sup>58</sup> См.: *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, InsO/EGInsO, С. 49

<sup>59</sup> См.: *Die neuen Insolvenzgesetze: mit Einleitung; Begründung des Regierungsentwurfs ...* // Dusseldorf: IDW-Verl., 1995, С. 8.

Прежде всего, это касается обеспечения прав собственности, свободы инвестиций, а также свободы профессии, предпринимательской деятельности и объединения граждан.

В условиях рыночной экономики ни одно законодательство о несостоятельности не в состоянии устранить экономические причины краха предпринимательской деятельности. Данные причины находятся «по ту сторону права»<sup>60</sup>. Основная задача института несостоятельности в такой ситуации – минимизация негативных последствий наступления несостоятельности в отношении как экономики в целом, так и кредиторов, должника и иных лиц в отдельности. Выбор приоритета защиты интересов тех или иных субъектов определяется всей системой права отдельной страны.

*Ягер* пишет: «До тех пор, пока должник еще в состоянии своевременно производить платежи, нет никакой причины ограничивать его в господстве над своим имуществом либо его кредиторов при преследовании ими своих требований. Не ограничивать даже в том случае, когда обязательства превышают его собственные силы, и он производит платежи чужими средствами, которые были доверены ему для этой цели. Ведь кредит может сам как таковой помочь в восстановлении должником своего положения, если он вправе свободно использовать свои личные способности. Если законодатель свяжет их, то под угрозой окажутся не только кредиторы должника, но и другие сферы в условиях взаимосвязанности нашей экономической жизни.

Напротив, если неплатежеспособность должника очевидна, то ситуация меняется в противоположную сторону. В этом случае справедливость требует того, чтобы каждый из личных кредиторов нес бы груз ожидаемой несостоятельности в соответствии со своей долей. Поэтому с этого момента должник не вправе более обладать юридической свободой распоряжения имуществом, а его кредиторам должно быть отказано в праве в обращении неограниченного взыскания на его имущество. В обратном случае один кредитор может опередить другого».<sup>61</sup>

Согласно § 1 ПоН «производство по делам о несостоятельности предназначено для совместного удовлетворения требований кредиторов путем реализации имущества должника и распределения выручки или согласования на основе конкурсного плана особого порядка, имеющего своей целью, в частности сохранение предприятия. Добросовестному должнику предоставляется возможность освободиться от обязательств, оставшихся непогашенными».

<sup>60</sup> См.: *Noack: Gesellschaftsrecht.* – Koeln: RWS Verlag, 1999, С.106 (*Kübler, Prütting, InsO; Sonderband 1*)

<sup>61</sup> См.: *Jaeger, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, С. 9.*

Таким образом, при всей альтернативе приведенных выше средств и способов Положением Германии о несостоятельности установлена одна, единственная и единая, основная цель – наиболее эффективного соразмерного удовлетворения требований кредиторов должника, «*par condicio creditorum*». Данная цель названа в самом начале нормативного акта, поскольку она налагает отпечаток на всё контролируемое судом производство, сообразно данной цели производятся действия и принимаются решения другими участниками производства.

Относительно совместности кредиторов (кредиторского сообщества) как отличительного признака конкурсного процесса хотелось бы высказать следующие размышления. Эрнст Ягер, корифей германского конкурсного права начала XX века, отмечал, что в случае открытия конкурса в отношении имущества должника кредиторы должны совместно нести бремя его неплатежеспособности.

Неплатежеспособность должника должна иметь круговое действие, то есть затрагивать интересы всех кредиторов. Подобно тому, как солнечные лучи обжигают поверхность земли, так и неплатежеспособность должника причиняет вред интересам всех кредиторов. «Степень ожога» в данном случае будет зависеть от очередности требования кредитора. Задача института несостоятельности при этом заключается в том, чтобы никто из участников не остался «по ту сторону планеты»: ни кредитор, получающий преимущественное удовлетворение своих требований, ни растратившийся должник, избегающий таким образом полной имущественной ответственности.

По делам о несостоятельности, что характерно, все несут риск и бремя:

- суд обязан в силу служебных полномочий провести производство по делу о несостоятельности;
- в отношении должника речь идет о его существовании;
- над работниками должника нависает угроза увольнения, при котором социальные гарантии существенно ограничены;
- рынок претерпевает временное нарушение экономических связей;
- кредиторы совместно несут лишения, связанные с предпринимательской неудачей должника.

В таком случае конкурс кредиторов принимает ограниченный характер. Конкурс как соревнование требований кредиторов более присущ исполнительному производству, где большую квоту удовлетворения своих требований получает более оперативный кредитор. При несостоятельности ситуация выглядит иным образом. Законодательством заранее определены либо очередность требований кредиторов как в России, либо совместность

удовлетворения при установлении ряда исключительных прав отдельных требований как в Германии. В сфере несостоятельности конкурс как таковой протекает скорее в ходе законодательного процесса, когда устанавливаются различия статуса кредиторов в рамках дела о несостоятельности, состав конкурсной массы, права участников и другие тому подобные вопросы. Например, требования, вытекающие из обязательных платежей, согласно Закону о несостоятельности от 26 октября 2002 г. утратили приоритет, их статус с точки зрения очередности удовлетворения был уравнен с требованиями из денежных обязательств.

### **Б. Место конкурсного процесса в правовой системе Германии.**

По вопросу о месте конкурсного процесса, то есть процессуальной части института несостоятельности, в немецкой литературе существует множество точек зрения. Во-первых, ставится вопрос, в рамках какого производства, искового или особого, рассматриваются дела о несостоятельности. Во-вторых, любой автор, который бы ни обращался в Германии к вопросу о сущности конкурсного производства, словно передвигая гирию на весах, отмечал у него набор признаков, сближающих его, с одной стороны, с гражданским процессом, а с другой – с исполнительным производством и одновременно отличающего его от них.

Менее спорным является вопрос о виде производства. Преобладающая точка зрения<sup>62</sup> относит дела о несостоятельности к спорной юрисдикции (*streitige Gerichtsbarkeit*).<sup>63</sup> В пользу данной позиции говорит то, что данные дела выполняют функцию сводного исполнительного производства. Наиболее отчетливо спорный характер проявляется на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности, где интересы конкурсных кредиторов противостоят как друг другу, так и интересам должника.

Согласно другой точке зрения дела о несостоятельности разрешаются в рамках особого производства (*freiwillige Gerichtsbarkeit*).<sup>64</sup> В качестве довода приводится цель дел о несостоятельности, а именно справедливое удовлетворение требований кредиторов в случае несостоятельности должника. Однако данная позиция прямо противоречит положениям ПонН, согласно § 4 которого в неурегулированной Положением части субсидиарно

<sup>62</sup> Или «господствующая», если переводит соответствующий термин на немецком языке – «*herrschende Meinung*».

<sup>63</sup> См.: *Jaeger, Weber, KO*, § 72 абз. 1; *Kilger, Karsten Schmidt, KO/VglO/GesO*, § 72 KO прим. 1; *Hess, KO*, § 72 абз. 1.

<sup>64</sup> См.: *Gottwald, Heilmann, Klopp, InsO*, § 18 абз. 14; *Heilmann, Smid, InsO*, § 2 абз. 33 и посл.

применяются нормы Гражданского процессуального Уложения (ZPO), а не Закона о добровольной юрисдикции (FGG), которым урегулирован порядок рассмотрения дел в рамках особого производства.<sup>65</sup>

**аа) производство по делам о несостоятельности и гражданский процесс.<sup>66</sup>**

Как отмечалось выше, на германское конкурсное право в средние века большое влияние оказало испанское конкурсное право. Именно с того времени зарождается регламентация дел о несостоятельности в рамках производств в государственных судах. На основе такого соотношения полномочий и задач возникает «публицистическая теория», авторами которой являются *Шенк (Schenk)*<sup>67</sup> и *Фухс (Fuchs)*<sup>68</sup>. Согласно данной теории имущество должника переходит во владение суда. Именно суд в силу судебной власти управляет и отчуждает имущество в интересах кредиторов. Выразителем воли суда становится назначаемый им конкурсный управляющий.

С изменением роли суда, которое было произведено во второй половине XIX века, его функции приобретают лишь контролирующий характер, надзора за соблюдением установленного законодателем «регламентационного минимума» и гарантий в условиях автономии кредиторов и самоуправления со стороны их органов и управляющего. *Хаармейер (Haarmeyer)*, *Вутцке (Wutzke)* и *Фёрстер (Förster)* отмечают, что задача судьи при этом состоит, в первую очередь, в создании процедурных рамок для реализации имущества, проведении надзора за правомерным исполнением управляющим своих обязанностей и за ходом производства.<sup>69</sup>

*Шультце (Schultze)* исходил из того, что конкурсное производство является исковым процессом, где кредиторы выступают истцами, а должник – ответчиком. Он пишет: «Конкурсное производство в его нынешней форме есть гражданский процесс», которым

<sup>65</sup> См.: *Kilger, Karsten Schmidt*, KO/VglO/GesO, § 72 KO прим. 1; *Hess*, KO, § 72 абз.1.

<sup>66</sup> О заявлении о признании должника несостоятельным в России как о конкурсном иске см.: *Вершинин А.П.*, Выбор способа защиты гражданских прав, С. 331-359.

<sup>67</sup> См.: *Schenk*, Über den Übergang des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesamtheit der Concursgläubiger (Z. f. Civ.-Recht und Process, С. 67, 91), см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 104.

<sup>68</sup> См.: *Fuchs*, Beiträge zum Civilprocess, С. 45-52, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 104.

<sup>69</sup> См.: *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, InsO/EGInsO, С. 49

является «формализованная, наделенная законной силой процедура установления права или правоотношения».<sup>70</sup> Тем не менее, и *Шультце* признает особый характер конкурсного производства, которое, по его высказыванию «является искомым производством, но оно должно быть признано особенным процессом, потому что, не говоря об уклоняющейся форме установления правовых отношений, некоторые основные начала обыкновенного процесса не находят в нем применения либо применяются с ограничениями»<sup>71</sup>.

*Зойфферт*, считая конкурсное производство больше производством исполнительным, отмечал в нем черты и гражданского процесса: «если гражданский процесс понимать как судебную процедуру по защите нарушенных либо находящихся под угрозой частных прав посредством признания права и проведения принудительного исполнения, то конкурсное производство подпадает под понятие гражданского процесса»<sup>72</sup>. По его мнению, оно представляет собой производную форму процедуры по защите прав, которая является специальным видом производства по отношению к производству в рамках обычного гражданского процесса. Как и в рамках последнего, защита прав производится путем их признания и принудительного исполнения корреспондирующей обязанности. Признание при отсутствии возражений со стороны управомоченных лиц осуществляется путем внесения требований в реестр. Такое признание является не решением, но последствием вынесения решения. Если требование оспорено, то требуется его особое признание специально вынесенным по этому поводу решением. Даже если данное решение будет выноситься не конкурсным, а другим судом, оно все равно будет находиться во взаимосвязи с конкурсным процессом и являться его составной частью».<sup>73</sup>

Родство производства по делам о несостоятельности и гражданского процесса было признано в Положении о несостоятельности самим законодателем, установившим, что в производстве по делам о несостоятельности соответственно применяются положения Гражданского процессуального Уложения, если Положением не определено иное (§ 4).

В данном случае дела о несостоятельности с гражданским процессом роднит то, что для первых законодателем должна была быть выбрана определенная форма их проведения. Не подвергается сомнению тот факт, что гражданская процессуальная форма по уровню ее процедурных гарантий, возможностей для участников является наиболее оптимальной и

<sup>70</sup> См.: *Schultze*, Das deutsche Concursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1888, С. 148, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 103.

<sup>71</sup> См. там же, С. 154, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 103.

<sup>72</sup> См.: *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht, С. 2.

<sup>73</sup> См.: *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht, С. 2.

эффективной. Тем самым отпадает необходимость разработки особого процессуального акта, в соответствии с которым велись бы дела о несостоятельности. При наличии гражданского процесса основной задачей становится закрепление в специальном законе лишь особенностей, которые проявляют дела о несостоятельности по сравнению с «традиционным» гражданским процессом.

Субсидиарное применение ГПУ ограничено не только нормами Положения, но и характером отдельных гражданско-процессуальных институтов.<sup>74</sup> Так, например, в производстве по делам о несостоятельности в связи с действующим в нем принципом следствия является недопустимым применение §§ 280 и посл. ГПУ, регулирующих порядок признания ответчиком требований.<sup>75</sup>

На мой взгляд, исходя из анализа Положения Германии о несостоятельности и Гражданского процессуального Уложения Германии, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, производство по делам о несостоятельности от общего порядка гражданского процесса отличают:

- следственная модель судопроизводства (§ 5 I 1 ПоН),
- возможность принятия актов без проведения устного заседания (§ 5 II 1 ПоН),
- порядок вручения процессуальных документов (§ 8 ПоН),
- специальный порядок обжалования на стадии возбуждения производства (§ 6 ПоН).

Во-вторых, из общих норм ГПУ Германии и Закона Германии о судостроительстве применяются в частности следующие:

- отвод лиц суда (§§ 41, 42 ГПУ),
- порядок ознакомления с материалами дела (§ 299 ГПУ),
- правила общей территориальной подсудности (§§ 13 и посл. ГПУ),
- соби́рание доказательств (§§ 355 и посл. ГПУ),
- сроки (§§ 217 и посл. ГПУ),
- язык судопроизводства (§ 184 Закона Германии о судостроительстве),
- доказывание (§ 294 ГПУ),
- официальное вручение документов (§§ 203, 204, 208, 270 ГПУ),
- процессуальная право- и дееспособность (§ 50 и посл. ГПУ),
- ведение протокола (§§ 159 и посл. ГПУ),

<sup>74</sup> На это было прямо указано Федеральным Верховным Судом Германии, см.: BGH, NJW 1961, 2016.

<sup>75</sup> См. определение Высшего суда общей юрисдикции земли Рейнланд-Пфальц от 14 июня 2000 года в: OLG Köln, Beschl. v. 14.6.2000 – 2 W 85/00, ZIP 31/2000, С. 1343.

- оказание кредиторам помощи в несении процессуальных расходов (освобождение либо рассрочка или отсрочка уплаты, § 114 ГПУ); здесь же необходимо принимать во внимание положения параграфа 116 I Nr.1 ГПУ, согласно которому управляющий вправе ходатайствовать о предоставлении такой помощи, если издержки не могут быть покрыты за счет имущества должника, а их уплата участвующими кредиторами является для них чрезмерным бременем,

- правила законной силы судебных актов (§§ 332 и посл. ГПУ),

- обеспечение порядка судебных заседаний (§§ 176 и посл. Закона Германии о судоустройстве),

- представительство (§§ 80 и посл. ГПУ),

- восстановление прав на совершение процессуальных действий (§§ 223 и посл. ГПУ).

В-третьих, в производстве по делам о несостоятельности не применяются следующие нормы ГПУ Германии и Закона Германии о судоустройстве:

- о судебных каникулах (§ 202 Закона Германии о судоустройстве),

- о процессуальных расходах, за исключением §§ 91, 269 III 2 ГПУ.

- гласность судебных заседаний (§ 169 ГПУ);

- приостановление производства (§§ 239 и посл., 251 ГПУ),

- об исполнительном производстве (§§ 703 и посл. ГПУ).

Все вышесказанное свидетельствовало о производстве по делам о несостоятельности как о гражданском процессе, однако не меньшее количество сходных черт можно выделить и с исполнительным производством.

#### **бб) производство по делам о несостоятельности и исполнительное производство.**

Наиболее традиционной в Германии является точка зрения, согласно которой производство по делу о несостоятельности представляет собой разновидность исполнительного производства, а именно сводного исполнительного производства. Впервые данная концепция была использована при разработке Конкурсного Устава 1877 года и была сохранена в Положении о несостоятельности 1994 года.

В качестве доводов в пользу данной позиции процессуалистами анализировалась сама природа конкурсного производства. *Ягер* пишет: «данное производство не является процедурой по рассмотрению требований по существу (*Erkenntnisverfahren*). Конкурсный суд как таковой не должен разрешать правовые споры. ... Признание требований является не целью конкурсного производства, а лишь средством его достижения. Выступления

участников на заседаниях в конкурсном суде по выбору управляющего, по проверке требований, по завершению производства не являются судебным разбирательством в «рассматривающем дело по существу» суде, кроме того, отсутствует здесь и гласность»<sup>76</sup>. Много общего имеет конкурсный процесс с исполнительным производством по денежным требованиям согласно §§ 803 и посл. ГПУ, однако как таковой его нельзя квалифицировать подобным образом.

*Фон Шрутка (Von Schrutka)* так оценивал исполнительное производство: «исполнительное производство – это вид судебной процедуры по удовлетворению требований, понятие, под которое подпадает и конкурсное производство»<sup>77</sup>.

«Конкурсное производство, по словам *Канштайна (Canstein)*, не может считаться гражданским судопроизводством, оно только подобно ему. Характерное отличие одного производства от другого состоит в том, что в гражданском процессе иск, служащий к возбуждению его, представляется просьбой о судебном признании права и осуществлении искового требования посредством судебного решения, тогда как в конкурсном производстве заявление (*Anmeldung*), служащее к возбуждению его, представляется просьбой о признании права и осуществлении конкурсного требования (в пределах конкурсного имущества) посредством допущения как конкурсными кредиторами (в случае конкурсного управления), так и самим должником, иначе посредством допущения самими сторонами».<sup>78</sup>

«В настоящее время, - говорит *Эндеманн (Endemann)*, - общепризнано, что конкурсное производство не может считаться видом гражданского процесса. Благодаря изданию Конкурсного устава произошло внешнее отделение. Но и с внутренней стороны, по самому существу своему, конкурсное производство не может считаться гражданским процессом с того времени, как из него исключено судебное признание основательности и порядка удовлетворения предъявленных требований. Конкурсное производство не есть состязательный процесс между сторонами. Понятию о нем как о сокращенном гражданском производстве препятствует то обстоятельство, что германский устав

<sup>76</sup> См.: *Ernst Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung – 7. Auflage, Т. II, § 71, абз. 2.

<sup>77</sup> *V. Schrutka*, GrünhuntsS. Т. 40, С. 609 см. в: *Ernst Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung – 7. Auflage, Т. II, § 71, сн. 1.

<sup>78</sup> *Canstein*, Construction der Concursverhältnisse (Z. f. Pr. u. Of. Recht, 1882, С. 491), см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 104.

гражданского судопроизводства не знает более этого порядка; а причислению его к особым производствам мешает то, что они поименованы в уставе ограничительно»<sup>79</sup>.

Воззрения *Эндеманна* основываются главным образом на действующем германском законодательстве, тогда как возражения *Канштайна* основываются на самой природе конкурса и процесса. «Нельзя, действительно, не заметить существенного отличия между гражданским процессом и конкурсным производством в том обстоятельстве, что в первом, т.е. в гражданском процессе, происходит признание прав ввиду их оспаривания, в конкурсе же спор не составляет условия для признания прав».<sup>80</sup>

*Зойфферт* прямо писал о том, что «конкурсное производство, насколько оно касается описи имущества, управления, отчуждения и раздела активной массы, и является ничем иным, как видом исполнительного производства, которое возникает с открытием несостоятельности»<sup>81</sup>. Такого же взгляда придерживаются другие немецкие процессуалисты, различается порой лишь терминология, с помощью которой они стремятся подчеркнуть специальный характер конкурсного производства. *Колер* (*Kohler*) рассматривает конкурс как «особое исполнительное производство» (*ein qualificirtes Vollstreckungsverfahren*).<sup>82</sup> *Вах* (*Wach*) называет его «общим исполнительным производством» (*Generalexecutionsverfahren*).<sup>83</sup>

*Гельман* (*Hellmann*) приводит еще один довод в отличие конкурсного производства и гражданского процесса: «в конкурсном процессе каждый кредитор лишается той свободы выбора объекта изыскания, какая ему принадлежит в исполнительном процессе. В конкурсном процессе меры взыскания предпринимаются выборным органом из самих кредиторов, тогда как в исполнительном процессе действует постоянный правительственный орган в лице судебного пристава».<sup>84</sup>

<sup>79</sup> *Endemann*, Das deutsche Konkursverfahren, С. 3, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 104.

<sup>80</sup> *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 105.

<sup>81</sup> *Seuffert*, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, 1888, С. 75, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 105.

<sup>82</sup> См.: *Kohler*, Der Process als Rechtsverhältniss, 1886, С. 132; *он же*, Konkursrecht, 1890, С. 3, 67, 517.

<sup>83</sup> См.: *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprocessrechts, 7, 1, 1885, С. 44, 46.

<sup>84</sup> *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, С. 385, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 106.

Г.Ф. Шершеневич, анализируя взгляды немецких ученых, относительно конкурсного и исполнительного производств, делал следующий вывод: «Цель обоих институтов - изменение фактического состояния отношений согласно с правом. Если в конкурсном производстве имеет место также признание требований, то это не составляет его существенного условия, а может произойти вне его, общим судебным порядком. Если в конкурсном производстве допускается признание требований кредиторов, это объясняется исключительно практическими удобствами, какие представляет такой способ. Устранение этой возможности не лишило бы конкурсного производства присущей ему в настоящее время юридической природы».<sup>85</sup>

Кюблер и Прюттинг отмечают, что в рамках процессуальных норм производство по делу о несостоятельности «не представляет собой разрешения дела по существу, а по своей сути является формой принудительного исполнительного производства»<sup>86</sup>. Виммер рассматривает производство по делам о несостоятельности в качестве «особой формы исполнительного производства, а именно как сводное исполнительное производство» (Gesamtvollstreckung).<sup>87</sup>

#### **вв) производство по делам о несостоятельности как комплексное образование.**

В современную эпоху вопрос о том, чем же является производство по делу о несостоятельности – либо гражданским процессом, либо исполнительным производством, не стоит столь категорично. Одного факта включения в Положение реабилитационных процедур достаточно, чтобы признать его самобытность по отношению к названным понятиям.

Уже в конце XIX века высказывалось мнение об особой третьей форме, существующей наряду с гражданским процессом и исполнительным производством: *Откер* (*Oetker*) ввел в отношении конкурса такое специальное понятие как «производство по удовлетворению требований» (*Befriedigungsverfahren*)<sup>88</sup>, не отграничив его, однако, полностью от исполнительного производства.

<sup>85</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс, С. 105

<sup>86</sup> См.: Kübler, Prütting, Insolvenzordnung, 1999, Einleitung, абз. 2.

<sup>87</sup> См.: Wimmer, Stenner, Lexicon des Insolvenzrechts, 1999, «Ziele».

<sup>88</sup> См.: Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, T. I, 1891.

По верному замечанию *Герхарда Пана (Gerhardt Pape)*, «однозначное определение области права, к которой можно было бы отнести совокупность норм, регламентирующих проблемы несостоятельности, неприемлимо».<sup>89</sup>

Сторонники теории конкурсного производства как производства исполнительного выявили множество признаков, отличающих первое от гражданского процесса (см. выше). В то же время не меньшее количество отличий существует между конкурсным и непосредственно исполнительным производством.

От исполнительного производства конкурсный процесс отличается тем, что он охватывает все имущество должника в качестве единой конкурсной массы, в то время как исполнительные действия направлены в отношении отдельных имущественных объектов должника. Кроме этого, конкурсный процесс служит удовлетворению требований всех существующих в определенный момент кредиторов, когда каждое исполнительное производство ведется в интересах одного кредитора. В этом случае успех исполнительного производства для одного кредитора не ставится в зависимость от аналогичных действий другого кредитора, все кредиторы ставятся в равное положение.

Его особенность заключается и в том, что проведение конкурсного процесса возможно по инициативе самого должника, что исключено в исполнительном производстве. Преследуя цель освобождения должника от бремени долгов, возможности возобновления предпринимательской деятельности, законодательство о несостоятельности предусматривает столь специфичное основания для возбуждения производства по делу о несостоятельности.

Как указывает *Эндеманн*, «конкурсное производство соединено со значительной долей управления в отношении разделения, сохранения, реализации и разделения имущества, которое совершенно почти чуждо исполнительному порядку».<sup>90</sup> *Фиттинг (Fitting)* также признает конкурсное производство как понятие, находящееся посередине между исполнительным и охранительным производством.<sup>91</sup>

Необходимо повторить, что производство по делам о несостоятельности отличаются от исполнительного производства принципом реальности, поскольку в последнем

<sup>89</sup> См.: *Pape Г.*, Указ. соч., С. 15.

<sup>90</sup> *Endemann*, Das deutsche Konkursverfahren, С. 4, см. в: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс, С. 105.

<sup>91</sup> См.: *Fitting*, Das Reichsconcursrecht, С. 6, абз. 1

господствует принцип натурального исполнения в зависимости от предъявленного взыскателем (истцом) требования.<sup>92</sup>

Кроме этого, если процедуру исполнительного производства ведут государственные служащие – судебные исполнители (Gerichtsvollzieher), то проведение процедур несостоятельности вверено независимым лицам, занимающимся этим в качестве профессиональной предпринимательской деятельности – арбитражным управляющим.

Но самое главное, что нельзя упускать из виду при сравнении производства по делу о несостоятельности и исполнительного производства, это четкое разделение законодателем данных институтов с наделением первого приоритетом и верховенством: после возбуждения производства по делу о несостоятельности удовлетворение требований кредиторов возможно только в его рамках (но не предъявление требований, для признания их установленными требованиями могут быть рассмотрены в общем порядке и после возбуждения дела о несостоятельности), а все исполнительные действия приостанавливаются.

На основании вышеизложенного мы можем сделать следующий вывод относительно природы института несостоятельности: данный институт находится на стыке гражданского процесса и исполнительного производства, причем преобладание последнего нашло свое выражение в специальном термине «сводное исполнительное производство». Однако в результате комплексного характера действующие в данных сферах принципы приобретают в производстве по делу о несостоятельности особое содержание и специальные формы выражения, анализу которым посвящен следующий параграф.

### § 3. О принципах производства по делам о несостоятельности.

Общее построение любого судебного производства находит свое выражение в процессуальных принципах, которые относятся к фундаментальным элементам любой процессуальной отрасли. «Судебное производство нацелено на достижение справедливости, но в отсутствие лежащих в его основе идей оно превращается в набор технических правил».<sup>93</sup> Тем самым установление процессуальных принципов дает конкретные масштабы справедливости в понимании законодателя и общего уяснения процессуального регламента.

<sup>92</sup> См.: Prütting, Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung; Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, абз. 67.

<sup>93</sup> См.: Prütting, Указ. Соч., абз. 5.

Кроме этого, процессуальные принципы служат основой для трактовки отдельных положений закона и разрешения спорных ситуаций. Безусловно, данное положение нельзя воспринимать буквально в том смысле, что с помощью принципов возможно решение любых проблем.<sup>94</sup> В большей степени здесь речь идет о правильной оценке столкнувшихся интересов в особых условиях (в данном случае в делах о несостоятельности), о средствах оптимального поиска компромисса между ними.<sup>95</sup>

Значение процессуальных принципов состоит и в том, что они служат базисом для дальнейшего развития права. В данном случае речь идет как о применении в допустимых пределах аналогии права, так и усовершенствовании законодательства в заданном принципами направлении.

В связи с этим тема процессуальных принципов в Германии требует отдельного в рамках данной главы освещения. Данной теме в Германии уделяется все большее внимание. Один из параграфов Положения о несостоятельности прямо регламентирует процессуальные принципы (§ 5). Главной причиной тому служит признание особого места (процессуального) института несостоятельности между собственно гражданским процессом и исполнительным производством. Хотя в немецкой литературе преобладающим мнением является то, что дела о несостоятельности рассматриваются как сводное исполнительное производство - *Gesamtvollstreckung* (об этом см. выше), однако одновременно признается, что они обладают слишком большим количеством особенностей, чтобы на них можно было безусловно переносить все принципы исполнительного производства либо гражданские процессуальные принципы.<sup>96</sup>

В соответствии с этим вначале будет освещено, как конституционные и гражданские процессуальные принципы проявляются в делах о несостоятельности, а затем будут

---

<sup>94</sup> Ограниченность принципов проявляется и в их лексическом значении. Даже самое меткое определение принципа является одновременно его ограничением. «Процессуальные принципы – не панацея (*Zaubermittel*), но обязательное средство для ответа на неурегулированные законом вопросы» (см. в: *Baur, Stürner, Zwangsvollstreckung, Konkurs- und Vergleichsrecht*, Т. II. *Insolvenzrecht*, 12. Auflage, 1990, С. 17).

<sup>95</sup> На это было указано уже в: *Baur, Stürner*, Указ. Соч., С. 17. С философско-правовой точки зрения можно привести мысль, которую *Gёте* выразил в своем письме к *Экermannу*: «Человек рожден не для того, чтобы решить проблемы мира, однако определенно для того, чтобы отыскать все, что касается проблемы, и держать себя в границах постигнутого», см. в: *Radbruch, Rechtsphilosophie*, 8. Auflage, Koehler Verlag, 1973, С. 93.

<sup>96</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 1.

рассмотрены специальные принципы производства по делам о несостоятельности, их действие на его начальной стадии – стадии возбуждения.

#### **А. Действие конституционных принципов в делах о несостоятельности.**

Отметим то обстоятельство, что в Германии статус конституционных принципов имеют не только те положения, которые прямо закреплены в Основном Законе Германии от 23 мая 1949 года (далее – ОЗ),<sup>97</sup> но и те процессуальные гарантии, которые предусмотрены ее международно-правовыми обязательствами. Наибольшее значение здесь имеет статья 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года,<sup>98</sup> регулирующая право на справедливое судебное разбирательство.

**аа) принцип правового государства.** Несмотря на то, что данный принцип имеет обобщающий характер, его содержание применительно к делам о несостоятельности вполне определено. Здесь необходимо выделить следующие элементы:

- подчинение судей только закону (ст. 20 абз. 3, ст. 97 абз. 1 ОЗ) играет первостепенную роль для правоприменительной практики;

- стабильность права и предсказуемость производства. В данном случае речь идет о недопустимости обратной силы не только закона, но и изменения правоприменительной практики;<sup>99</sup>

- эффективная защита прав. Данное положение понимается, прежде всего, как право на равный доступ к правосудию, в рамках которого соответствующим судом проводится контроль любых актов, влекущих юридические последствия. Данная идея рассматривается также как право на судебную защиту в течение соразмерного времени.<sup>100</sup> Именно поэтому

<sup>97</sup> Текст Основного Закона Германии на русском языке см., например, в: Конституции зарубежных стран: Учебное пособие – М., БЕК, 2002, С. 68.

<sup>98</sup> Она является прямо действующим в Германии нормативно-правовым актом, даже если по статусу приравнивается к простому федеральному закону.

<sup>99</sup> Данная мысль была высказана Федеральным Верховным Судом Германии по одному из гражданских дел (см. *BGH ZIP* 1996, С. 745), когда в его решении было указано, что изменение правоприменительной практики точно также подлежит ограничению со стороны принципа защиты веры и добросовестности (*Treu und Glauben*).

<sup>100</sup> См.: *Smid, InsO*, § 5 абз. 7. См. статью 6 абзац 1 ЕКПЧ.

на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности детально урегулированы сроки совершения всех действий с тем, чтобы в результате затягивания данной процедуры не пострадали интересы ни одной из сторон.

- справедливое судебное разбирательство. Относительно гражданского процесса данное положение было разработано Федеральным Конституционным Судом Германии (далее - ФКС Германии) как требование к судье об особом предупреждении стороны о ее правовом положении, когда ей грозит наступление крупных материальных убытков<sup>101</sup> (в первую очередь, здесь речь идет о праве должника на уведомление о поданном в отношении него заявлении о возбуждении дела о несостоятельности).

**бб) право на рассмотрение дела надлежащим судом** (ст. 101 абз. 1 ОЗ). Понятие надлежащего суда означает рассмотрение дела таким судом, который обладает к тому компетенцией в соответствии с точно сформулированными правилами подведомственности, подсудности, функционального разделения полномочий и планом распределения дел в суде.<sup>102</sup> В результате заинтересованным лицам должно гарантироваться рассмотрение их дела профессиональным и беспристрастным судьей.

Только судья вправе осуществлять судебную власть (ст. 92 ОЗ). Такая судебная монополия исключает выполнение судебных задач административными органами.

С другой стороны, рассмотрение дела ненадлежащим судьей вследствие процессуальной ошибки не означает нарушения данного принципа, так как оно предполагает совершение злоупотребления, например, злонамеренное применение норм о подведомственности (подсудности), злонамеренный отказ в удовлетворении ходатайства о признании неподведомственности.<sup>103</sup>

Помимо правил подведомственности (подсудности) данный принцип касается такого аспекта как беспристрастность судьи. На основании § 4 Положения основания к отводу и самоотводу лиц, выполняющих судебные функции, названы в §§ 41, 42 ГПУ. ФКС Германии отметил, что основание считать судью пристрастным может быть учтено только тогда, когда оно касается участников, права которых затрагиваются производством в

<sup>101</sup> См. *BVerfGE* 42, 64; *BVerfGE* 46, 325; *BVerfGE* 49, 220; *BVerfGE* 451, 150.

<sup>102</sup> Данные правила в делах о несостоятельности являются предметом анализа первого параграфа второй главы.

<sup>103</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 18.

конкретном случае. Одного факта разногласий между конкурсным управляющим и конкурсным судом недостаточно для признания последнего пристрастным.<sup>104</sup>

**вв) право быть выслушанным перед судом.** Данное право признается центральным процессуальным правом, а потому оно нашло свое закрепление в статье 103 абз. 1 ОЗ. По мнению ФКС Германии, данный принцип не только служит заявлению фактических основ для принятия решения, но и служит защите человеческого достоинства. В соответствии с этим любая сторона в столь важной ситуации, которую для нее создает проведение юрисдикционного производства, должна обладать правом на защиту посредством фактических и правовых аргументов. Таким образом, право быть выслушанным перед судом предстает естественным процессуальным правом, которое является обязательным для любого судебного процесса.<sup>105</sup>

Конкретными проявлениями данного права в институте несостоятельности являются право на уведомление о производстве, право на выступление, представление доказательств, право на уведомление о заявлениях и доказательствах, представленных другими участниками, право на ознакомление с материалами дела (данным правом обладают только участники производства,<sup>106</sup> а до возбуждения производства – только кредитор-заявитель и должник).<sup>107</sup>

**гг) защита основных прав.** Первостепенное значение в любом юрисдикционном производстве имеют гарантии, вытекающие из материально-правовых основных прав, которые закреплены в ОЗ. Это было прямо подчеркнуто в ряде решений ФКС Германии.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> *BVerfG*, KTS 1988, С. 309, 310.

<sup>105</sup> *BVerfGE* 55, 106.

<sup>106</sup> В отличие от гражданского процесса, где таким правом обладают третьи лица, § 299 абз. 2 ГПУ.

<sup>107</sup> *Vallender*, *Das gerichtliche Gehör im Insolvenzverfahren* Schrift zur *Insolvenzordnung*, 2. Aufl., 2000, С. 254.

<sup>108</sup> См., например, в *BVerfGE* 35, 348 – льготы при несении процессуальных расходов как следствие гарантии права на собственность согласно ст. 14 ОЗ; *BVerfGE* 51, 97; *BVerfGE* 75, 318 – форма совершения исполнительных действий как следствие права на неприкосновенность жилища согласно ст. 13 абз. 2 ОЗ; *BVerfGE* 37, 67 – требования к допуску адвоката в процесс. В решении ФКС Германии от 23 июля 2001 года были сформулированы конкретные условия пользования права на осуществление профессии

Между тем, особый характер дел о несостоятельности, их цели служат основанием для ограничения отдельных конституционно-правовых основных прав.

Например, ограничена тайна переписки должника, гарантируемая статьей 10 абз. 2 ОЗ, если судом по делу о несостоятельности в соответствии со ст. 21 абз. 2 п. 4, ст. 99 Положения в качестве меры обеспечения будет наложен арест на переписку должника.

Кроме этого, существенно ограничены возможности предоставления должнику льгот при несении процессуальных расходов (Prozesskostenhilfe - §§ 117, 118 ГПУ), которые основаны на статье 14 ОЗ. Данный вопрос чрезвычайно спорен. Согласно позиции одних авторов и практиков предоставление такой льготы по делам о несостоятельности недопустимо,<sup>109</sup> поскольку в соответствии с § 26 Положения в возбуждении производства должно быть отказано, когда имущества должника предположительно будет недостаточно для покрытия процессуальных расходов. По мнению других, вопрос о предоставлении льгот прямо не урегулирован Положением, поэтому исходя из положений ОЗ и на основе § 4 Положения оно является допустимым,<sup>110</sup> по меньшей мере, в отношении процедуры освобождения от долгов (§§ 301-305 ПоН).<sup>111</sup>

#### **Б. Принципы гражданского процессуального права в делах о несостоятельности.**

Согласно § 4 Положения в производстве по делам о несостоятельности соответственно применяются положения Гражданского процессуального Уложения, если Положением не определено иное. В результате в данных делах действуют все принципы гражданского процесса, то есть не только те, которые прямо предусмотрены в ГПУ, но и

---

управляющего в соответствии со ст. 12 ОЗ, см. *BVerfGE* v. 23.7.2001, Az: 22-08-070-02/01-R3, в: <http://www.dstv.de/dstveingaben/r2001-07-23-3.pdf>.

<sup>109</sup> *Beule*, Die Umsetzung der Insolvenzrechtsreform in die Justizpraxis, *öJdK Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Auflage, 2000, С. 86; *Heyer*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, 1997, С. 42; из практики см., например, *LG Saarbrücken ZInsO* 1999, С. 353; *LG München ZInsO* 1999, С. 481.

<sup>110</sup> См., например, *Pape ZIP* 1997, С. 190; *Obermüller*, в: *Hess, Obermüller, Insolvenzplan, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz*, 2. Aufl., 1999, абз. 907; *LG Göttingen ZIP* 1999, С. 294; *LG Oldenburg ZIP* 1999, С. 586.

<sup>111</sup> См., например, *Bork ZIP* 1998, С. 1209; *LG Hamburg ZIP* 1999, С. 299; *LG Baden-Baden NZI* 1999, С. 234.

которые вообще известные гражданскому процессу, но с теми особенностями, которые закреплены в Положении.

**аа) принцип (ограниченной) диспозитивности.** Принцип диспозитивности понимается в процессуальном праве как право определения сторонами того, будет ли возбуждено дело («Ob»), право распоряжения предметом процесса (материальными правами) с помощью предоставленных им процессуальных средств защиты («Wie»).<sup>112</sup> Германский институт несостоятельности следует гражданскому процессуальному принципу диспозитивности в ограниченном объеме, в чем отражается определенная необходимость ограничения частной автономии по делам о несостоятельности вследствие их особого (коллективного) характера.<sup>113</sup>

Тем не менее, одним из основополагающих начал производства по делам о несостоятельности в Германии является возможность его возбуждения только по заявлению кредитора либо должника. Суд по своей инициативе (по долгу службы, vom Amts wegen) возбудить такое дело не вправе, как не вправе предпринимать какие-либо процессуальные действия в преддверии возбуждения производства.<sup>114</sup> На стадии возбуждения производства заявление может быть отозвано его заявителем. Согласно § 13 абз. 2 ПоН «заявление может быть отозвано до возбуждения производства по делу о несостоятельности или отклонено на законных основаниях», то есть до его разрешения по существу.

В большей степени диспозитивные права участников производства – должника, кредиторов – ограничены при пользовании своими материальными правами. Так, Положением императивным образом установлены:

- порядок предъявления (§§ 28, 174 ПоН) и установления требований кредиторов (§§ 174 и посл. ПоН). Однако кредиторы свободны в возможности предъявления своих требований, в размере предъявляемых требований и в отказе от предъявления требований;
- состав конкурсной массы (§§ 35 и посл. ПоН);

Диспозитивные права должника в отношении своего имущества исключены.<sup>115</sup>

Тесно переплетаются диспозитивные права и публичные нормы по вопросу о видах окончания (прекращения) производства по делу о несостоятельности.

Некоторые из них предполагают заявление (ходатайство) участника, а именно

<sup>112</sup> Baur, Stürner, Указ. Соч., С. 39.

<sup>113</sup> Stürner, в: FS für Hannisch, 1994, С. 257 и посл..

<sup>114</sup> См.: Prütting, Указ. Соч., абз. 38.

<sup>115</sup> См.: Prütting, Указ. Соч., абз. 41.

- прекращение производства в связи с отпадением основания несостоятельности (§ 213 ПоН);

- прекращение производства с согласия всех кредиторов (§ 214 ПоН);

Однако самым главным проявлением диспозитивности является возможность принятия конкурсного плана. Данное право тесно связано со специальным по отношению к нему принципом автономии кредиторов (самоуправления кредиторского сообщества – см. далее п. «г» вопроса 3 данной главы). Различие при этом состоит в субъекте, который обладает соответствующими правами: или это отдельный кредитор, или все кредиторское сообщество в совокупности как лицо, участвующее в деле о несостоятельности, интересы которого представляют его органы, а именно собрание и комитет кредиторов.

Другие же виды окончания (прекращения) производства по делу о несостоятельности основаны на инициативе и соответствующем решении суда, например, в случае обнаружения недостаточности конкурсной массы для покрытия процессуальных расходов (§ 207 ПоН), что является безусловным основанием для отказа в удовлетворении заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (§ 26 ПоН), а после его возбуждения – для прекращения такового.

**бб) принцип письменности (факультативной устности).** В соответствии с действующим в гражданском процессе принципом устности (§ 128 абз. 1 ГПУ) суд вправе принять решение только на основе устного судебного разбирательства и только на основе тех фактов, которые на нем были представлены суду. По делам же о несостоятельности суд может принимать решения без устного разбирательства (§ 5 абз. 2 ПоН). В основе данного правила лежат идеи целесообразности и эффективности производства.<sup>116</sup> Законодателем особое значение здесь придается не обязательности проведения устного разбирательства, а возможности участников быть выслушанными в суде (в любой пригодной для этого форме, большей частью письменной) и получения решения суда. Поэтому в данной области действует принцип письменности (в широком смысле слова, то есть включая использование иных коммуникационных средств, например, электронная почта, отдельные переговоры, телефонные звонки)<sup>117</sup>.

На основании указанных доводов высказывается идея об ограниченности действия в производстве по делам о несостоятельности и принципа непосредственности.<sup>118</sup> Как было

<sup>116</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 48.

<sup>117</sup> См.: *Becker*, Kommentar zur InsO, 1999, § 5 абз. 38.

<sup>118</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 49.

указано выше, обязательного проведения устного судебного заседания не требуется, тем самым исключается обязательность непосредственного доказывания в суде. Суд по делам о несостоятельности ведет производство, но перестает быть в центре его, что связано, во-первых, с передачей отдельных функций судьи его помощнику, во-вторых, с широкими полномочиями управляющего и, в-третьих, с надзорным характером деятельности суда.

**вв) принцип ограниченной гласности.** Принцип гласности означает право каждого на свободный доступ, присутствие на устных судебных заседаниях, включая присутствие при доказывании по делу и оглашении решения (§ 169 Закона Германии о судостроительстве, GVG, статья 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод).<sup>119</sup> Однако опять же в связи с необязательным проведением по делам о несостоятельности устных заседаний суда, действие данного принципа ограничивается.<sup>120</sup>

Кроме этого, и параграф 169 Закона Германии о судостроительстве, и статья 6 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод предусматривают возможность исключений их принципа гласности для защиты и охраны более значимых ценностей.

В отличие от судебного заседания заседание собрания кредиторов не является открытым по общему правилу.<sup>121</sup> В данном случае друг другу противостоят две группы интересов: с одной стороны, это интерес общественности к действиям участников собрания кредиторов, с другой стороны, это интерес кредиторов в возможности разрешения поставленных перед ними вопросов без воздействия извне.

## **В. Специальные принципы производства по делам о несостоятельности.**

**аа) принцип соразмерности удовлетворения требований (равенства).** Данный принцип является главенствующим в делах о несостоятельности. Свое непосредственное выражение он нашел в § 1 ПоН: «Производство по делам о несостоятельности предназначено для совместного удовлетворения требований кредиторов ...». Кроме этого, в этой связи из других норм Положения также следует, что, во-первых, запрещено проведение исполнительных действий в индивидуальном порядке (§ 89 абз. 1, § 294

<sup>119</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 51.

<sup>120</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., 2000, § 17.III. абз. 39.

<sup>121</sup> См.: *Kuhn, Uhlenbruck*, КО, 11. Auflage, 1994, § 72 абз. 1, *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 1998, С. 531.

ПоН), и, во-вторых, речь идет о **частичном удовлетворении требований кредиторов** (см. §§ 38, 187, 188, 195, 196 ПоН).

Данный принцип был известен в средневековые времена под латинским выражением «*par conditio creditorum*». Свое развитие и всеобщее распространение он получил в XIX веке. Эрнст Ягер писал, что «... справедливость требует того, чтобы каждый из личных кредиторов должника нес груз ожидаемой несостоятельности в соответствии со своей долей».<sup>122</sup>

С другой стороны, немецкому институту всегда было известно ранжирование требований кредиторов: проводится различие между требованиями на изъятие (§ 47), на обособленное удовлетворение (§ 49), требованиями к конкурсной массе (§ 53), требованиями конкурсных кредиторов (§ 38) и прочими требованиями (§ 39). Однако рядом специалистов данное обстоятельство по праву отвергается как исключение или даже отказ от принципа соразмерности удовлетворения кредиторов: «содержащаяся в данном принципе идея равенства требует не только того, чтобы по-равному регулировалось равное, но и того, чтобы неравное регулировалось по-неравному».<sup>123</sup> Неравенство по материально-правовым основаниям необходимо там, где на основании соглашения сторон либо в силу закона существуют преимущественные права на имущественные объекты, и в результате этого одни требования должны удовлетворяться после других.

**6б) принцип следствия.** В отличие от гражданского процесса, для которого более свойственен принцип состязательности (*Verhandlungsmaxime*), дела о несостоятельности носят контрольный и надзорный характер. Это нашло отражение в § 5 абз. 1 ПоН, согласно которому «суд по делам о несостоятельности обязан в силу служебных полномочий (*von Amts wegen*) установить все обстоятельства, имеющие значение для производства по делам о несостоятельности». Суд по делам о несостоятельности вправе по собственной инициативе допросить свидетелей либо провести экспертизу.<sup>124</sup>

Основание для введения в рассматриваемой области принципа следствия заключается в том, что в производстве с участием множества сторон (*Mehr-* или

<sup>122</sup> См.: *Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 9.

<sup>123</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 58; *Baur, Stürner*, Указ. Соч., С. 49.

<sup>124</sup> См. § 5 абз. 1 п. 2. «В этих целях он может, в частности, допросить свидетелей и экспертов». Положение «в частности» указывает на то, что суд на основе соответствующих норм ГПУ (см. § 4 ПоН) вправе также истребовать любые документы либо провести осмотр на месте, если он считает это необходимым.

Vielparteiverfahren) сбор фактического материала и представление доказательств участниками в силу их противоположных, а иногда и взаимоисключающих интересов могут вести к необоснованным результатам. Поэтому и суд как надзорный орган, и управляющий как гарант баланса интересов должны обладать обширными полномочиями на установление любых фактов, в том числе и тех, которые затрагивают личную (например, тайна переписки) либо коммерческую сферу (например, коммерческая тайна). Именно поэтому по сравнению с Конкурсным уставом положение «может»<sup>125</sup> было заменено на «обязан», более точно выражающее при этом сохраненный принцип следствия.

Выделяются два вида ограничений данного принципа: подлинные и только видимые ограничения.

К первым относится обязанность кредитора-заявителя подтвердить наличие оснований для возбуждения производства по делу о несостоятельности, свой правовой интерес и обосновать свои требования (см. § 14 ПоН).

Ко вторым причисляется, во-первых, разрешение оспоренных управляющим требований кредиторов в общем порядке, не судом по делу о несостоятельности;<sup>126</sup> во-вторых, обязанности участников производства по содействию суду.<sup>127</sup> Названные во второй группе обстоятельства в действительности не ограничивают принцип следствия, так как суд по делу о несостоятельности и в этих случаях остается единственным субъектом, несущим ответственность за установление всех фактов, имеющих значение для дела.

**вв) принцип универсальности.** Данный принцип рассматривается в двух аспектах: по кругу лиц и в международно-правовом плане.

Универсальность по кругу лиц означает, что в деле о несостоятельности должны участвовать все кредиторы должника независимо от статуса их требований, удовлетворение требований в индивидуальном порядке запрещено<sup>128</sup>. Предмет обеспечения требований кредиторов по обособленному удовлетворению (Absonderung, § 49-52 ПоН) также входит в конкурсную массу, так как их реализация проводится управляющим (§ 165 ПоН). Институт изъятия (Aussonderung, § 47 ПоН – исключение из конкурсной массы имущества, не принадлежащее должнику) не является исключением из данного принципа, поскольку

<sup>125</sup> См. § 75 Конкурсного Устава 1877 года.

<sup>126</sup> См. § 180 Положения.

<sup>127</sup> Например, обязанности должника в соответствии с §§ 20, 97 ПоН.

<sup>128</sup> Особо см. §§ 87-89 Положения.

имущественный объект должника в этом случае не входит в конкурсную массу, и соответствующий кредитор не может быть принужден к участию в конкурсном процессе.<sup>129</sup>

Международно-правовой аспект универсальности включает следующие положения. Во-первых, возбуждение производства по делу о несостоятельности в Германии влечет наступление связанных с этим последствий и за рубежом,<sup>130</sup> охватывает все имущество должника, находящееся как на территории Германии, так и за границей, § 35 ПоН. Во-вторых, признается возможность действия последствий иностранного производства по делу о несостоятельности на территории Германии, § 102 Вводного закона Положения (подробнее о данном принципе и о его противоположности, принципе территориальности, см. третью главу).

гг) принцип автономии кредиторов. После того, как германская система законодательства о несостоятельности с середины XIX века стала ориентироваться на французскую, а не испанскую модель несостоятельности, все большее значение стала приобретать идея о самоуправлении кредиторов, пусть и под контролем суда. Непосредственно впервые данный принцип был назван *Эрнстом Ягером*, который писал: «... в Конкурсном Уставе 1877 года ... был выбран принцип **самоуправления, осуществляемого под государственным надзором**. В соответствии с ним конкурсное производство открывается и проводится не по долгу службы (*von Amts wegen*), а только по инициативе участников и их представителей».<sup>131</sup>

Данный принцип отражает диспозитивные права кредиторского сообщества по делам о несостоятельности.<sup>132</sup> Сообщество кредиторов является «хозяйном» возбужденного производства,<sup>133</sup> суд принимает решение о возбуждении и прекращении производства, но все основные вопросы, в особенности экономического характера, вверены органам сообщества кредиторов.

<sup>129</sup> См.: *Prütting*, Указ. Соч., абз. 65.

<sup>130</sup> Данное положение необязательно для иностранного государства, оно выражает направленность последствий за пределы территории Германии, этот вопрос подлежит решению по правилам международного частного права.

<sup>131</sup> См.: *Jaeger*, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, С. 10.

<sup>132</sup> См. также выше о принципе диспозитивности.

<sup>133</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 17.III. абз. 18.

Необходимо выделить собственно органы сообщества кредиторов: собрание и комитет кредиторов - как самостоятельных участников дела о несостоятельности, обладающих широкими полномочиями (§§ 67-79 ПоН).

Кроме этого, непременно нужно назвать возможность составления конкурсного плана как выражение автономии и диспозитивности сообщества кредиторов, которое несет в себе элементы мирового соглашения и реорганизационной процедуры (§ 235 ПоН).<sup>134</sup> Уже в параграфе 1 ПоН закреплено, что «производство по делам о несостоятельности предназначено для совместного удовлетворения требований кредиторов путем реализации имущества должника и распределения выручки *или согласования на основе конкурсного плана особого порядка* (выделено С.Т.), имеющего своей целью, в частности, сохранение предприятия». В данном случае может быть установлена специальная очередность удовлетворения требований и (или) специальная квота удовлетворения требований отдельных кредиторов.

**дд) принцип реальности.** Рассмотренный выше принцип соразмерности удовлетворения требований неразрывно связан с принципом реальности, что значительным образом отличает производство по делам о несостоятельности от исполнительного производства (об этом см. далее). Институт несостоятельности исходит из идеи соразмерного и частичного удовлетворения требований кредиторов, а потому он закономерным образом предполагает преобразование всех требований кредиторов в денежные требования.<sup>135</sup> Только при помощи данной операции требования кредиторов становятся сопоставимыми, а соразмерное удовлетворение – возможным.

Общее правило преобразования требований закреплено в параграфе 45 Положения, согласно которому «требования, не выраженные в денежных единицах или денежное выражение которых является неопределенным, предъявляются в суммах, поддающихся оценке на момент возбуждения дела о несостоятельности».

Правда, Положение предусматривает ряд исключений из принципа реальности. Во-первых, это покупка вещи несостоятельным должником при оговорке продавца о моменте перехода права собственности (Eigentumsvorbehalt, § 107 ПоН). Во-вторых, это выбор

<sup>134</sup> Отличие прекращения с согласия всех кредиторов от прекращения в связи с принятием конкурсного плана состоит в том, что в первом случае удовлетворение предъявленных требований производится в общем порядке, в то время как конкурсный план предполагает специальный, в нем предусмотренный порядок удовлетворения.

<sup>135</sup> См.: Prütting, Указ. Соч., абз. 67.

управляющим исполнения договора, если он не был выполнен либо был выполнен не полностью обеими сторонами (§ 103 абз. 1 ПоН).

На основе вышеизложенного сделаем следующий вывод: институт несостоятельности в Германии представляет собой комплексное правовое образование, регулирующее порядок удовлетворения требований кредиторов в случае несостоятельности должника в рамках сводного исполнительного производства, используя для этого гражданскую процессуальную форму.

Следует отметить историчность и глубокую преемственность ныне действующего германского института несостоятельности, наряду с этим стремящегося соответствовать новым требованиям современной эпохи. В основе института несостоятельности лежат конституционные идеи, закрепленные в Основном Законе Германии.

Сочетание исполнительного характера производства и гражданской процессуальной формы повлекло действие в рамках института несостоятельности различных процессуальных принципов, пределы действия которых меняются в зависимости от стадии производства. Особенно ярко это нашло выражение на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности, которая подробно рассматривается в следующей главе.

---

## Глава 2. Порядок возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии.

---

Возбуждение производства по делу о несостоятельности является одной из ключевых стадий. Важность данной стадии заключается в том, что в зависимости от структуры предусмотренной в законе ее конструкции, с одной стороны, и от правильного и своевременного ее применения, точного анализа фактических обстоятельств дела, иными словами верной «расстановки акцентов»,<sup>136</sup> зависит эффективность всего производства, а вместе с ним и степень защиты прав и интересов многочисленного круга участников дел о несостоятельности.

Следуя узловым компонентам стадии возбуждения данных дел, а именно

- подведомственность и подсудность дел о несостоятельности;
- конкурсноспособность должника;
- основания возбуждения дела о несостоятельности;
- право на обращение в суд с заявлением о признании должника несостоятельным;
- заявление о признании должника несостоятельным;
- рассмотрение заявления;
- завершение стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности,<sup>137</sup>

данная глава призвана раскрыть лежащую в основе порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности концепцию, практические проблемы, которые связаны с этим, их догматическую оценку и способы решения, выбранные в современном институте несостоятельности Германии.

---

<sup>136</sup> См.: *Hess, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO, vor § 1, абз. 3.*

<sup>137</sup> Вне рамок данного исследования оставлен вопрос о мерах обеспечения, принимаемых судом на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности. Несмотря на его практическую важность, в особенности, для обеспечения большей квоты удовлетворения требований кредиторов, рамки работы не позволяют включить его в предмет исследования, не сузив основные вопросы рассматриваемой темы.

## § 1. Подведомственность и подсудность дел о несостоятельности.

Обращаясь к вопросам подведомственности и подсудности в германском процессуальном праве, всегда необходимо делать ряд весьма важных терминологических оговорок. Здесь речь идет не просто о поправке, а об особом понимании института распределения юрисдикционных дел и его выражении в отличных от российских дефинициях.

Термин «die Zuständigkeit» в зависимости от контекста может переводиться на русский язык и как подведомственность, и как подсудность. Вопрос подведомственности в данной главе будет анализироваться как соотношение производства по делу о несостоятельности в целом, то есть совокупности всех процедур, (das Insolvenzverfahren) и судебного производства по этому же делу (das Gerichtsverfahren).

Кроме этого, относительно понятия территориальной подсудности (die örtliche Zuständigkeit) существует специальный термин «Gerichtsstand», который означает *отнесение лица к юрисдикции определенного звена судов* (см. §§ 12 и посл. ГПУ Германии) и в свою очередь определяется посредством места жительства или нахождения лица, но не идентичен ему.<sup>138</sup>

### А. Подведомственность дел о несостоятельности.

В качестве исходной посылки вопроса о подведомственности дел о несостоятельности можно отметить следующее. Для дел о несостоятельности в Германии крайне характерна автономия сообщества кредиторов (о данном принципе см. выше). Исходя из цели производства по делу о несостоятельности (совместное соразмерное удовлетворение требований кредиторов, § 1 Положения), построены полномочия кредиторского сообщества, суда, управляющего и иных субъектов процесса. Именно сообществу кредиторов вверяется принятие центральных решений для указанной цели (продажа имущества, ликвидация должника, его санация, принятие конкурсного плана) в предусмотренных законодательством формах (собрание кредиторов, комитет кредиторов, сотрудничество с управляющим).

Суд по делам о несостоятельности принимает решения лишь в отдельных, пусть и весьма значимых случаях (возбуждение производства, его прекращение или приостановление), выполняя также функции по надзору, проверке и подтверждению. Задача

<sup>138</sup> Об этом см.: Zöller *u др.*, ZPO, 21. Auflage, § 1 абз. 7, § 12 абз. 1.

суда по делам о несостоятельности состоит в выполнении процессуальных задач производства. Суд не является экспертным органом в случае несостоятельности, не представляет экономические или социальные интересы, он является хранителем законности дела о несостоятельности. На основе авторитета своей власти он должен содействовать урегулированию кризисной ситуации на приемлемых для всех участников процесса условиях.

Здесь опять возникает вопрос об определении места производства по делам о несостоятельности в системе судопроизводства: является ли оно квази-исковым производством, или бесспорным, либо сводным исполнительным. Все это свидетельствует о том, что производство по делам о несостоятельности слишком самобытное, в высокой степени комплексное образование, чтобы его можно было бы безусловно отнести к тому или иному виду (судо-)производства.

#### Б. Подсудность дел о несостоятельности.<sup>139</sup>

Согласно § 2 ПоН участковый суд, в округе которого расположен земельный суд, имеет исключительную компетенцию на рассмотрение дел о несостоятельности в качестве суда по делам о несостоятельности (Insolvenzgericht) на территории округа земельного суда.<sup>140</sup> В отличие от прежнего законодательства (§ 71 Конкурсного Устава) в новом законе был выбран вариант так называемой *концентрации компетенции* (Zuständigkeitskonzentration).<sup>141</sup>

В пользу такого правила говорит, прежде всего, установление большей определенности в распределении среди судов низшего звена дел о несостоятельности. Кроме этого, тем самым достигается большая специализация судов, а вместе с ней более эффективное ведение судами данных дел. Даже если правительство земли либо по его поручению министерство юстиции земли вправе определить иной участковый суд, которому были бы подсудны дела о несостоятельности, для их скорейшего и компетентного разрешения (§ 2 II ПоН), тем не менее, в результате определяется единственный надлежащий суд.

<sup>139</sup> О международной подсудности дел о несостоятельности см. в работе третью главу.

<sup>140</sup> О судебной системе Германии см.: *Елисеев Н.Г.*, Гражданское процессуальное право зарубежных стран. Источники, судоустройство, подсудность. М.: Статут. 2000.

<sup>141</sup> См.: *Landfermann*, ВВ 1995, С. 1649, 1651.

С другой стороны, немецкий законодатель отказался от абсолютной концентрации компетенции судов. Если в Российской Федерации арбитражные суды, в производстве которых находится дело о несостоятельности, не рассматривают в рамках данных дел требования кредиторов по обязательствам, не являющимся денежными,<sup>142</sup> то в Германии функции судов по делам о несостоятельности ограничены в еще большей степени: они не рассматривают и споры, связанные с установлением конкурсных требований (§§ 180, 202 ПоН, относительно трудовых споров см. §§ 122, 126 ПоН). Такие требования рассматриваются судами в общем порядке. Причина этого лежит в следующем.

Как будет представлено далее, в основе заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности могут лежать нетитулированные требования<sup>143</sup> – они могут подтверждаться различным образом, в том числе деловой документацией сторон. Однако возбуждение производства по делу о несостоятельности является, так сказать, «скоростной» процедурой («Eilverfahren»), процедурой, сроки которой невелики и жестко регламентированы законом. Поэтому при оспаривании должником требований, на которые ссылается заявитель, задачей суда по делу о несостоятельности не может быть их установление, иными словами разрешение требований по существу, для чего предусмотрен общий порядок.

Общим правилам следует также подсудность дел о конкурсном оспаривании, дел, возбужденных к моменту подачи заявления должником либо в отношении должника. Нововведением здесь является правило, согласно которому иски управляющего, которые касаются конкурсной массы, подаются не по месту его жительства (нахождения), а по месту нахождения суда по делам о несостоятельности, см. § 18 Закона Германии о введении в действие Положения о несостоятельности.

В случае территориальной подсудности речь идет об исключительной подсудности, которая не может быть изменена соглашением сторон (§ 40 II ГПУ).

Территориально дело о несостоятельности подсудно суду

- по месту жительства физического лица (§ 3);
- по месту нахождения юридического лица или неправопособного образования;

---

<sup>142</sup> См. ст. 4 ч. 5 Федерального Закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 года.

<sup>143</sup> Под нетитулированными требованиями здесь понимаются требования, которые не подтверждены актом судебного либо иного юрисдикционного органа.

- в отношении наследственной массы в соответствии с § 315 Положения по месту нахождения центра предпринимательской деятельности наследодателя либо, при отсутствии такового, по месту жительства наследодателя.

Внесение юридического лица в торговый реестр само по себе не влечет признание территориальной подсудности дела о несостоятельности суду по указанному в реестре месту нахождения лица, если центр его экономической деятельности находится в другом месте. Внесение в торговый реестр означает лишь опровержимое предположение о месте нахождения лица в указанном месте.<sup>144</sup> Если центр самостоятельной предпринимательской деятельности (основное подразделение) должника находится в другом месте, то надлежащим является именно тот участковый суд, в округе которого находится данное место (§ 3 I 2 ПоН).

Если заявитель придет к мнению, что участковый суд, в который было подано заявление, согласно правилам о территориальной подсудности не является уполномоченным на возбуждение производства по делу о несостоятельности, то в соответствии с § 4 ПоН, § 281 ГПУ за ним должно быть признано право на обращение с ходатайством о передаче заявления в конкретный надлежащий суд.<sup>145</sup> Поданное ходатайство о передаче дела «в надлежащий суд» без его конкретизации является недопустимым. Участковый суд в своем определении указал, что согласно § 3 I 2 ПоН дело о несостоятельности подсудно исключительно суду по месту нахождения центра самостоятельной экономической деятельности. Поиск суда по делу о несостоятельности, который в соответствии с данным критерием является надлежащим, не может быть задачей участкового суда.<sup>146</sup>

Для случаев, когда надлежащими являются несколько судов,<sup>147</sup> Положением установлен объективный критерий определения единственного суда, который будет уполномочен на возбуждение производства по делу о несостоятельности - оно возбуждается тем участковым судом, в который раньше всего было подано соответствующее заявление (§ 3 II ПоН).

<sup>144</sup> См.: *Uhlenbruck, Delhaes*, Handbuch, абз. 146.

<sup>145</sup> См.: *Kuhn, Uhlenbruck*, КО, § 71 абз. 7а.

<sup>146</sup> *Определение участкового суда г. Геттинген от 5 января 2001 г.*, 74 IN 275/00 - ZIP 2001, С. 387.

<sup>147</sup> В большинстве это случаи двойного места жительства граждан, не являющихся предпринимателями.

Территориальная подсудность определяется на момент поступления заявления о возбуждении производства.<sup>148</sup> Последующее изменение места жительства либо места нахождения не изменяет подсудности дела о несостоятельности.

Ведение производства по делу о несостоятельности в Германии построено на тесном сотрудничестве множества его субъектов: судьи и его помощника, а также арбитражного управляющего. Поэтому наряду с вышеприведенной родовой и территориальной подсудностью выделяют еще один вид подсудности по делам о несостоятельности – функциональной, *funktionelle Zuständigkeit*. Правила функциональной подсудности регулируют распределение полномочий между должностными лицами и служащими суда по делу о несостоятельности, а именно между судьей, его помощником (*Rechtspfleger*) и канцелярией суда<sup>149</sup>. Критерием распределения полномочий является вид деятельности, является ли она судебной, правосудием, или нет.<sup>150</sup> Данная подсудность также носит исключительный характер и не подлежит изменению ни по решению названных лиц, ни по соглашению сторон.

Судья решает наиболее важные вопросы, связанные с движением производства по делу: его возбуждение, возвращение заявления, признание должника несостоятельным и другие. Обязанностью помощника является обеспечение беспрепятственного хода производства по делу, ведение собрания кредиторов, разрешение предусмотренных Положением жалоб.

Конкретным образом распределение полномочий выглядит следующим образом.

Полномочиями и задачами судьи являются:

- проверка наличия оснований для возбуждения производства по делу о несостоятельности (§§ 16 и посл. ПоН);
- вызов и заслушивание должника (§ 14 II ПоН)
- принятие обеспечительных мер (§ 21 ПоН)
- отказ в возбуждении производства в связи с недостаточностью массы (§ 26 ПоН)
- возбуждение производства по делу о несостоятельности (§ 27 ПоН)
- назначение управляющего (§ 27 I 1 ПоН)

<sup>148</sup> См.: *Gottwald, Heilmann, Klopp*, § 18 абз. 3.

<sup>149</sup> Канцелярией суда выполняются технические функции: прием заявлений, вывеска на доске объявлений суда документов для ознакомления с ними участников дел, содействие опубликованию судебных решений, ведение листов голосования и др. – однако они также охватываются функциональной подсудностью в ее понимании в Германии.

<sup>150</sup> См.: *Rosenberg, Schwab, Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 31 I.1.

- установление срока для предъявления кредиторами своих требований (§ 28 ПоН)
- определение даты проведения собраний кредиторов для принятия решения о продолжении производства по делу о несостоятельности и для рассмотрения заявленных требований (§ 29 ПоН)
- обращение с поручением о регистрации возбуждения дела о несостоятельности (§§ 32, 33 ПоН)
- отказ в освобождении от остатка непогашенных долгов (§§ 296, 297, 300 ПоН)
- отмена освобождения от остатка непогашенных долгов (§ 303 ПоН)
- проведение производства по плану освобождения от долгов (§§ 305 и посл. ПоН).

В свою очередь помощник судьи обладает следующими полномочиями и выполняет следующие задачи:

- назначение другого, выбранного собранием кредиторов управляющего или отказ в его назначении (§ 57 ПоН)
- надзор за управляющим (§ 59 ПоН)
- отзыв управляющего (§ 59 ПоН)
- установление вознаграждения управляющему (§ 64 ПоН)
- проверка итогового отчета управляющего (§ 66 II ПоН)
- назначение комитета кредиторов (§ 67 ПоН)
- освобождение члена комитета кредиторов от выполняемых функций (§ 70 ПоН)
- установление вознаграждения членам комитета кредиторов (§§ 73 II ПоН по аналогии с § 64 ПоН)
- созыв собрания кредиторов (§ 74 ПоН)
- руководство собранием кредиторов (§ 76 I ПоН)
- отмена решений собрания кредиторов (§ 78 ПоН)
- наложение на должника обязанности по выдаче справок и оказанию содействия (§ 97 I ПоН)
- наложение и отмена ареста почтовой переписки (§ 99 ПоН)
- проведение и руководство заседанием по проверке требований (§ 176 ПоН)
- внесение требований в реестр (§ 178 II ПоН)
- утверждение плана окончательного распределения выручки (§ 196 II ПоН)
- определение даты проведения заключительного заседания (§ 197 I 1 ПоН)
- прекращение производства по делу о несостоятельности (§ 200 I ПоН)
- приостановление производства по делу о несостоятельности (§§ 207, 211, 212, 213, 258 ПоН)

- разрешение ходатайства об освобождении от остатка непогашенных долгов (§ 289 ПоН)
- объявление об освобождении от остатка непогашенных долгов (§ 291 ПоН)
- установление вознаграждения доверительному управляющему (§ 293 II ПоН по аналогии с § 64 ПоН)
- решение об освобождении от остатка непогашенных долгов (§ 300 ПоН)
- проведение упрощенного производства по делу о несостоятельности (§ 311 и посл. ПоН)

Однако судья обладает так называемой скрытой абсолютной компетенцией (*latente Allzuständigkeit*)<sup>151</sup>: если решение, принятое помощником судьи, но входящее в предмет полномочий самого судьи, является ничтожным, то в обратной ситуации, когда судья разрешает вопрос, отнесенный к компетенции помощника, в силу положений § 18 Закона Германии о помощниках судей (RpflG) такие действия являются законными и действительными. Судья вправе оставить за собой право на совершение любого действия, на совершение которого уполномочен суд по делам о несостоятельности.

Следует отметить, что участие судьи в деле о несостоятельности весьма ограничено, основное бремя здесь несет его помощник. Судья принимает лишь те решения, от которых зависит все производство - его возбуждение, направление, прекращение – то есть носящие юрисдикционный, а не технический либо экономический характер. С помощью конструкции функциональной подсудности в Германии было выбрано решение той проблемы, которая актуальна на сегодняшний день в нашей стране – выполнением арбитражными судами в делах о несостоятельности зачастую административных, несовместимых с осуществлением правосудия функций. Кроме этого, тем самым решается вопрос о разгрузке судей и специализации служебного состава судов.

---

<sup>151</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., 2000, § 17.I. абз. 14.

## § 2. Конкурсоспособность.

### А. О понятии конкурсоспособности.

Конкурсоспособность является обязательным формальным условием возбуждения производства по делу о несостоятельности в отношении имущества должника. Под конкурсоспособностью понимают возможность привлечения должника-физического лица либо должника-предприятия к имущественной ответственности в отношении его имущества как единого имущественного и правового объекта в пользу всех его кредиторов в рамках сводного исполнительного производства.<sup>152</sup> Конкурсоспособность – это возможность, но независимая от воли ее носителя, быть должником в деле о несостоятельности. Конкурсоспособность в целом соответствует процессуальной правоспособности ответчика в гражданском процессе.<sup>153</sup>

Здесь необходимо сделать одну оговорку относительно носителя конкурсоспособности. Параграф 11 ПоН, который регулирует рассматриваемый вопрос, именуется как «Допустимость производства по делу о несостоятельности» и касается не только лиц, которые могут выступать в качестве должников, но и имущества, которое может являться объектом производства по делу о несостоятельности.

*Хаармейер, Вутцке и Фёрстер* по праву указывают на то, что конкурсоспособным могут быть только лица, но не имущество.<sup>154</sup> Иными словами, наряду с конкурсоспособностью существует объект производства, а именно определенное имущество, которое является средством исполнения имущественной ответственности должника. Существует объект исполнительного производства, то есть имущество, на которое оно может быть направлено, в свою очередь существует и объект производства по делу о несостоятельности, или в Германии сводного исполнительного производства. Кроме этого, в рамках последнего можно выделить специальные объекты производства – наследственная масса и совместное имущество, которые будут рассмотрены в рамках конкурсоспособности физических лиц.

Необходимо также назвать другую особенность конкурсоспособности в институте несостоятельности Германии. Немецкий законодатель стремился в случае несостоятельности должника достигнуть наиболее эффективной защиты интересов всех

<sup>152</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч. § 8 абз. 1.

<sup>153</sup> См.: *Kirchhof*, Handkommentar, § 11 абз. 4.

<sup>154</sup> См.: *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 1/51.

кредиторов. В связи с этим Положением о несостоятельности принципиально предпринята попытка допустимости процедуры несостоятельности в отношении как можно более широкого круга субъектов и объектов. Согласно ст. 11 Положения производство по делу о несостоятельности по общему правилу может быть возбуждено в отношении всех физических и юридических лиц, включая публично-правовые объединения, если законодательством земель не предусмотрено их исключение из этого числа (в этом случае требования из трудовых правоотношений, которые удовлетворялись бы в случае несостоятельности должника, могут быть предъявлены к земле).

### **Б. Конкурсоспособность физических лиц.**

Производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено в отношении любого физического лица, а именно, независимо от того, является ли оно индивидуальным предпринимателем или нет, является ли оно дееспособным или нет. Тем самым в круг конкурсоспособных включаются все физические лица, включая недееспособных, находящихся под опекой уполномоченных лиц, и несовершеннолетних.<sup>155</sup>

Рамки настоящей работы не позволяют обратиться более подробно к данному вопросу, который по своей сущности и особенностям достоин отдельного исследования. Здесь хотелось бы указать на ряд обстоятельств, имеющих концептуальное и политико-правовое значение.

Уже из вышеприведенных положений мы опять же можем заключить, что основной целью немецкого института несостоятельности является защита интересов кредиторов, стремление к установлению эффективных инструментов для наиболее максимального удовлетворения их требований. С другой стороны, нельзя упускать из виду интересы должника, особенно это касается дел о несостоятельности физических лиц. При гиперболизации цели защиты интересов кредиторов по данным делам на алтарь «долговой ямы» приносится индивидуальная судьба, должник лишается опоры во всех смыслах. По сути такая ситуация и существовала в ФРГ в периода действия Конкурсного Устава и Положения о мировом соглашении, поскольку даже после завершения производства по делу о несостоятельности каждый из кредиторов, требования которых не были удовлетворены в полном объеме, мог снова инициировать процедуры взыскания долгов<sup>156</sup> в тех

<sup>155</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч. § 5 абз. 2.

<sup>156</sup> Данное право признавалось ранее абсолютно справедливым, см., например: *Scholz*, ВВ 1992 2233 и посл.

благоприятных для него условиях когда, срок давности исполнительных действий согласно § 209 ГК Германии составляет тридцать лет, при совершении исполнительного действия его течение начинается заново. Таким образом, долги, приобретенные в юношеские года, например, для оплаты учебы, могут привести к пожизненному закабалению. Разумеется, здесь, как и везде, необходимо искать золотую середину, предотвращая возможность сокрытия недобросовестным лицом своего имущества при освобождении от долгов посредством процедур несостоятельности. Только в этом случае можно исходить из положительных последствий грядущего в будущем института «потребительского банкротства» в России. Здесь должна быть приведена тщательная проработка урегулирования аналогичных институтов за рубежом,<sup>157</sup> их сравнения, выявления принципиальных различий для анализа модели выбранной в Федеральном Законе «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 года с тем, чтобы в условиях российской действительности спрогнозировать и предупредить использование института несостоятельности в чуждых ему целях, что стало настоящим бичом института несостоятельности предприятий.

Выбранная в Положении о несостоятельности модель «потребительского банкротства» также подверглась жесткой критике. Во-первых, отмечалось, что не были должным образом дифференцированы процедуры несостоятельности физических лиц. В угоду принципу единства производства была создана схема, ориентированная в целом на несостоятельность

---

<sup>157</sup> Потому как часто барьеры, на которые наталкивается российская практика, зачастую уже были много лет известны аналогичным зарубежным институтам. Например, до 1970 г. итальянские трибуналы, суды первого звена, были вправе возбуждать производство по делам о несостоятельности без заслушивания должника, что могло быть проведено по усмотрению суда. Однако после признания *Решением Конституционного Суда Итальянской Республики от 2 июля 1970 г. № 140* данного положения неконституционным, суды стали обязаны заслушивать должника до возбуждения производства для соблюдения его права на защиту от данного производства. Об аналогичной ситуации в РФ см. *Постановление Конституционного суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П* «По делу о проверке конституционности ряда положений ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 АПК РФ в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц».

предприятий, правила которой порой просто несовместимы в рассматриваемом институте «потребительского банкротства».<sup>158</sup> Кроме этого, уже первая статистика дел о несостоятельности после 1999 года показала, что упрощение допуска к процедурам несостоятельности физических лиц повлекло повышение интенсивности работы судов по делам о несостоятельности, порой на грани их возможностей.<sup>159</sup>

В Положении о несостоятельности были закреплены две процедуры, посвященные несостоятельности физических лиц, а именно производство по освобождению от долгов (*Restschuldbefreiung*) и производство по потребительской несостоятельности (*Verbraucherinsolvenzverfahren*).<sup>160</sup> Последняя выступает в качестве подкатегории первой. Согласно § 304 I производство по делу о потребительской несостоятельности может быть возбуждено также в отношении индивидуального предпринимателя, осуществляющего незначительную самостоятельную предпринимательскую деятельность. Таковой признается деятельность, по своей сущности и форме не требующая введения хозяйственного производства (малое индивидуальное предприятие).<sup>161</sup>

Интересным представляется возможность производства по делу о несостоятельности в отношении наследственной массы. Еще раз необходимо подчеркнуть, что в этом случае наследственная масса не выступает в качестве конкурспособного субъекта, она является объектом производства.

---

<sup>158</sup> В литературе часто также указывалось на то, что порядок «потребительского банкротства» был чрезмерно усложнен. Только при обращении в суд должник должен заполнить заявление, превышающее порой 40 страниц. Другим острым вопросом является возможность предоставления должнику льгот в несении процессуальных расходов. Эти и многие другие вопросы нашли отражение в изменениях, внесенных в Положение о несостоятельности Законом Германии от 26 октября 2001 г. о внесении изменений в Положение о несостоятельности, BGBl. 2001 I S. 2710.

<sup>159</sup> См. статистику дел о несостоятельности в Германии в Приложении 2.

<sup>160</sup> В ходе реформы 1978-1994 гг. данный институт «освобождения потребителей из долговой ямы» стал одним из основных направлений нововведений. Подробнее об этом см., например: *Balz, Die Ziele der Insolvenzordnung*, в: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Auflage, 2000, С. 3; *Gottwald, Gerhardt, Insolvenzrechts-Handbuch*. 2. Auflage, 2000, раздел V; *Schmidt-Räntsch, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung*, в: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Auflage, 2000, С. 1177.

<sup>161</sup> См. решение участкового суда г. Кёльн от 31 марта 1999 года, DStR 1999, 1159.

Данное производство обладает рядом специфических особенностей. Здесь речь идет о специальной несостоятельности наследников, ограниченной полученным ими в наследство имуществом по обязательствам умершего лица. Конкурсными кредиторами являются только кредиторы с требованиями к умершему лицу, в свою очередь, происходит четкое разделение наследственной массы и личного имущества наследников.<sup>162</sup>

Помимо наследственной массы производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено также в отношении других категорий особой имущественной массы, а именно совместного имущества супругов. В Положении о несостоятельности разделяются 1) общее имущество, оставшееся после смерти одного из супругов, и 2) совместно управляемое общее имущество супругов. Основная цель данного института состоит с четком разграничении имущественных масс супругов, является ли имущество общим или личным, управляется ли оно совместно либо только одним супругом. В зависимости от этого соответствующим образом разделяются и требования кредиторов.<sup>163</sup>

### **В. Конкурсоспособность юридических лиц**

Конкурсоспособность как способность быть должником по делу о несостоятельности является процессуальным понятием, которое, однако, подобно любым процессуальным формам и категориям по общему правилу основано на материально-правовых понятиях. Оно представляет собой форму привлечения юридического лица к имущественной ответственности, которая в качестве составляющего элемента входит в его материальную правоспособность. Тем самым при урегулировании вопроса о конкурсоспособности юридических лиц и иных образований разработчики Положения о несостоятельности исходили из признания ее за тем кругом субъектов, которые вправе принимать на себя обязательства и обладают для этого своим обособленным имуществом. Поэтому здесь особое внимание будет уделено конкурсоспособности на так называемых пограничных стадиях существования юридических лиц и иных образований, а именно учреждения, признания их учреждения ничтожным, преобразования и ликвидации.

Однако, как уже указывалось, немецкий законодатель стремится максимальным образом защитить интересы кредиторов. Исходя из этой цели и основываясь на исключительном характере дел о несостоятельности круг конкурсоспособных субъектов был расширен, в него вошли и те образования, которые согласно гражданскому и

<sup>162</sup> См. §§ 315-331 ПоН.

<sup>163</sup> См. нормы семейного права в ГК Германии, §§1410-1424, а также §§ 37, 332-334 ПоН.

коммерческому праву Германии не являются правоспособными, но которые выступают в деловом обороте в качестве самостоятельных субъектов и также обладают собственным имуществом. Таким образом, устанавливая исключение из общего правила, согласно которому должник в процессе является должником в материально-правовых отношениях, здесь вместе с интересами кредиторов защищаются интересы всего делового оборота, когда процедуры несостоятельности не ставятся в зависимость от малоочевидных для контрагентов обстоятельств.

На стадии учреждения юридического лица узловым вопросом является определение момента, когда возникает конкурсоспособность юридического лица. По общему правилу юридическое лицо признается право- и конкурсоспособным с момента его учреждения, принятия учредительных документов, и внесения соответствующей записи в торговый реестр (§ 123 абз. 1, § 161 абз. 2 ТК Германии). Однако отсутствие записи в торговом реестре, то есть правоспособности, не исключает, как отмечалось выше, признание за объединением его конкурсоспособности.<sup>164</sup> В § 11 I 1 ПоН прямо было внесено правило, что по вопросу о конкурсоспособности неправоспособное объединение приравнивается к юридическому лицу. Условием конкурсоспособности в данном случае является наличие обособленного имущества такого объединения, его участие в деловом обороте в качестве самостоятельного общества. В зависимости от конкретных обстоятельств такие объединения чаще всего признаются фактическими обществами гражданского права (BGB-Gesellschaft) либо открытыми торговыми обществами (OHG),<sup>165</sup> конкурсоспособность которых в настоящее время бесспорна (§ 11 I 1 ПоН).

Условием конкурсоспособности наряду с внесением в торговый реестр не признается также действительность заключения учредительных договоров. Федеральный Верховный Суд Германии в одном из своих решений указал, что при наличии пусть и недействительного договора об учреждении общества, если его признание не противоречит важнейшим интересам общественности, такое фактическое общество приравнивается к указанному в учредительном договоре, в том числе и относительно его конкурсоспособности.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Это признается и в практике – *BayObLG NJW 1965 2254; OLG Nürnberg AG 1967, 362*, и в литературе – *K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3; Baumbach, Hueck, Schulze-Osterloch, § 63 GmbHG, абз. 2*

<sup>165</sup> См., например, *решение ФВС Германии от 29 ноября 1956 года в NJW 1957, С. 218.*

<sup>166</sup> *Решение ФВС Германии от 28 ноября 1953 года, см. в BGHZ 11, 190.*

Разграничение в рамках рассматриваемого вопроса юридических лиц и неправоспособных объединений имеет условное значение, так как и те, и другие отнесены в Положении к кругу конкурспособных субъектов.

Среди юридических лиц конкурспособными признаются:

- акционерные общества, AG, § 1 I 1 Закона Германии об акционерных обществах;
- коммандитные товарищества на акциях, KGaA, § 278 I Закона Германии об акционерных обществах;
- общества с ограниченной ответственностью, GmbH, § 13 I, II Закона Германии об ООО;
- товарищества, Genossenschaften, § 17 I Закона Германии о товариществах;
- зарегистрированные союзы, e.V., §§ 21, 22 ГК Германии;
- фонды, Stiftungen, § 80 ГК Германии.

Неправоспособными объединениями, не признаваемыми в германском праве юридическими лицами, являются:

- открытые торговые общества, OHG, § 105 I ТК Германии,
- коммандитные товарищества, KG, § 161 I ТК Германии,
- общества гражданского права, BGB-Gesellschaften, § 705 ГК Германии,
- судоходные товарищества, Partenreederei, § 489 ТК Германии,
- европейские экономические объединения интересов, EWIV, § 1 Закона Германии об исполнении Регламента Совета (ЕЭС) о ЕЭОИ,<sup>167</sup>
- объединения партнеров, Partnerschaftsgesellschaften, § 11 II Nr. 1 ПоН.
- неправоспособные союзы, nicht rechtsfähige Vereine, § 54 ГК Германии.

Вопрос конкурспособности юридических лиц на стадии их преобразования, то есть слияния, разделения либо присоединения, прямо затрагивает имущественные интересы кредиторов. Он урегулирован в Законе Германии о преобразовании юридических лиц (UmwG), положения которого прямо определяют ответственное лицо во всех указанных случаях преобразования юридических лиц.

При слиянии либо присоединении обязательства должника переходят новому либо присоединяющему юридическому лицу. Конкурсспособность должника же прекращается (§ 122 Закона о преобразовании). В случае разделения юридического лица по обязательствам, возникшим до наступления момента указанного разделения, ответственность несут все новые субъекты (§§ 133-135 Закона о преобразовании).

<sup>167</sup> Регламент Совета (ЕЭС) 2137/85 от 25.07.1985 г. о введении европейского экономического объединения интересов (ЕЭОИ), AB1. 1985, L 199/1.

Изменение юридическим лицом своей организационно-правовой формы не затрагивает его конкурсной способности. При преобразовании юридического лица (например, коммандитного товарищества на акциях) в неправоспособное объединение (например, в коммандитное товарищество) члены первого, несущие полную имущественную ответственность, продолжают отвечать по обязательствам своим личным имуществом (§ 237 Закона о преобразовании).

Специальные правила о конкурсной способности предусмотрены в отношении ликвидируемых и ликвидированных юридических лиц и неправоспособных объединений. Общим условием конкурсной способности является наличие нераспределенного и достаточного для покрытия процессуальных расходов имущества должника (§§ 11 III, 26 ПоН). При недостаточности имущества юридическое лицо подлежит ликвидации в порядке, предусмотренном корпоративными законами.

Ликвидированное общество рассматривается неконкурсным лишь в том случае, если, во-первых, оно исключено из торгового реестра и, во-вторых, отсутствует имущество должника. Несмотря на исключение из торгового реестра юридическое лицо, обладающее имуществом, признается конкурсной способным. Данные условия получили свое оформление в виде так называемого учения о двойном составе.<sup>168</sup>

В случае обнаружения имущества по общему правилу производится повторное распределение имущества должника в порядке ликвидации, однако поскольку ликвидированный должник становится при этом реконкурсным, то при подаче кредитором заявления о признании должника несостоятельным, ликвидационное производство при участии регистрационного суда и ликвидатора прекращается, уступая место делу о несостоятельности.

#### **Г. Неконкурсные субъекты.**

Параграфом 12 ПоН установлен круг субъектов, признание которых несостоятельными исключено. Таковыми с учетом их публично-правовых задач являются, прежде всего,

---

<sup>168</sup> См.: *Uhlenbruck*, KTS 1991, 223; *он же*, ZIP 1996, 1641; *BGH NJW-RR* 1988, С. 477; *BAG KTS* 1988, 531; *OLG Stuttgart ZIP* 1986, С. 647.

Федерация и ее земли. Германскому праву известно понятие «государственного банкротства» только в рамках валютной реформы.<sup>169</sup>

Юридические лица публичного права, которые подлежат надзору со стороны земли, по общему правилу являются конкурсноспособными, если только правом земли они не признаны неконкурсоспособными. Однако в этом случае земля несет обязательство по выплате социальных платежей, предусмотренных частью III Социального Кодекса Германии (SGB III), от которого освобождены неконкурсоспособные лица. Таковыми являются, например, публично-правовые радиовещательные учреждения.<sup>170</sup>

Среди иных неконкурсоспособных лиц можно выделить:

- церковные объединения публичного права.<sup>171</sup> По мнению *Хесса*, открытие конкурса в отношении церкви исключается, поскольку в этом случае нарушалось бы право на свободу вероисповедания.<sup>172</sup>

- публично-правовые кредитные учреждения независимо от их организационно-правовой формы (здесь ответственность несет соответствующая земля);

- общины как муниципальные единицы.<sup>173</sup>

Конкурсоспособность имеет значение также для предмета действия обязанности по уплате страховых платежей от несостоятельности. Например, Федеральный Административный Суд Германии признал конкурсоспособными адвокатские палаты, чем одновременно был разрешен вопрос об их обязанности по уплате данных платежей.<sup>174</sup>

Таким образом, приведенные правила о неконкурсоспособных должниках свидетельствуют о том, что законодатель стремится к максимальной защите интересов кредиторов, признавая по общему правилу конкурсоспособными всех участников делового

<sup>169</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., 2000, § 5 абз. 14. О несостоятельности государств см. также, например: *Paulus*, Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten, WM 2002, 725.

<sup>170</sup> Дело о неконкурсоспособности WDR см. в решении Федерального Высшего Административного Суда Германии (*BVerwGE*) от 15 января 1987 г. – 3 С 3.81 – ZIP 1987, 381. См. также *BVerfGE* 89, 144, 151 и посл., *Stoll* KTS 1992, С. 521, 536.

<sup>171</sup> См. ст. 137 III 1, ст. 140 WRV (ссылка с *BVerfGE* 66, 1, 19 и посл.).

<sup>172</sup> См.: *Hess*, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO, § 12, абз. 4. См. также решение ФКС Германии от 13 декабря 1983 – 2 BvL 13/82 – EzInsR § 11 InsO.

<sup>173</sup> См.: *Kilger, K.Schmidt*, KO/VglO/GesO, § 213 KO, абз. 1.

<sup>174</sup> Решение Федерального Высшего Административного Суда Германии (*BVerwGE*) от 10 декабря 1981 г. – 3 С 2.81 – ВВ 1982, С. 372.

оборота, допуская исключения лишь при том условии, что лицо (земли Германии), принимающее решение о неконкурсоспособности того или иного субъекта оборота, берет на себя обязательство по исполнению денежных обязательств в случае несостоятельности.

О возможности возбуждения вторичного производства по делу о трансграничной несостоятельности в отношении филиалов см. третью главу.

### § 3. Основания возбуждения дела о несостоятельности

Правильный выбор момента возбуждения производства по делу о несостоятельности является для кредиторов вопросом оптимальной стратегии взыскания долгов. С макроэкономической же точки зрения это вопрос о том, когда и при каких условиях терпящее финансовое бедствие предприятие должно уйти с рынка в связи с тем, что кредиторам приходится нести слишком большие предпринимательские риски.<sup>175</sup>

В случае несостоятельности должника часто говорят о больном, в отношении которого необходимы экстренные процедуры. Однако все-таки более точным представляется сравнение должника с ... трупом. Поскольку, каким бы не было безнадежным состояние больного, врач не имеет права умертвить его (не вдаваясь в дискуссию об обоснованности эвтаназии). С трупом сравнение более точное и позволяет даже служить художественным критерием выбора процедуры несостоятельности. Здесь необходимо обратиться к трактовке момента наступления смерти. Сам факт остановки сердца, как известно, не служит основанием признания человека умершим. Точно так же факт приостановки должником платежей не влечет (не должен влечь) возможности возбуждения производства по делу о его несостоятельности. Однако, когда остановка сердца через некоторое время начинает сопровождаться необратимым процессом разрушения коры головного мозга, смерть человека налицо, но в любом случае требует медицинского подтверждения. Аналогичным образом, безнадежное финансовое состояние должника, его положение на рынках, бесперспективность восстановления платежеспособности служат основанием открытия конкурсного производства по решению суда.

Правильное определение законодателем уровня, при котором обращение с заявлением о возбуждении производства по делу о несостоятельности либо допустимо для кредитора, либо обязательно для должника<sup>176</sup> является также проблемой внутреннего

<sup>175</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., 2000, § 6 абз. 3.

<sup>176</sup> Тема обязанности (органов) должника по подаче заявления о признании его несостоятельным в данной работе не рассматривается. Подробнее об этом в германском

предпринимательского права. Сугубо экономический кризис предприятия еще не означает достижения указанной границы, лишь наступление юридических оснований, отражающих достижение крайней степени экономического кризиса, может признавать возможность возбуждения производства по делу о несостоятельности в суде. В немецкой научной литературе такие основания часто называют *Verfahrensauslöser*, что в несколько свободном переводе можно перевести как «открытие процессуальных шлюзов». Здесь необходимо отметить очень важную особенность в германском институте несостоятельности – основания признания должника несостоятельным и основания возбуждения производства по делу о несостоятельности совпадают: в процессе возбуждения производства, начиная от подачи соответствующего заявления до разрешения его процессуальной судьбы, установление наличия оснований для возбуждения производства означает признание наличия оснований для признания должника несостоятельным. В этой части прав *В.В. Степанов*, который пишет, что дела о несостоятельности возбуждаются в Германии как конкурсные производства.<sup>177</sup> В последующем лишь решается вопрос, как будут удовлетворяться требования кредиторов: если инвестор, заинтересованный в бизнесе должника, будет найден, то последний будет сохранен в рамках, например, конкурсного плана либо переносимой санации, в обратном случае последует ликвидация должника, но с меньшей квотой удовлетворения требований кредиторов.

---

праве см., например, *Трушников С.С.* «Обязанность руководителя ООО по подаче заявления о признании общества несостоятельным и гражданско-правовая ответственность за нарушение данной обязанности» (*Die Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers und seine zivilrechtliche Haftung wegen Verstößen gegen die Insolvenzantragspflicht.*) – Freie Universitaet Berlin, 2002.

<sup>177</sup> См.: *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. - М.: Статут, 1999, С. 119.

Несмотря на все усилия в ходе реформы 1978-1998 гг. по устранению отрицательного значения факта возбуждения производства по делу о несостоятельности – по американскому образцу – он сохранил свой ликвидационный характер. Например, Немецкий футбольный союз (DFB) с помощью угрозы санкции принудительного перевода в низшую лигу пытается ограничить возможности санации футбольных клубов с помощью процедур несостоятельности, поскольку, по его мнению, в результате клубы освобождаются от долгов, приобретают новых спонсоров и таким «неспортивным» образом оказываются в более привилегированном положении по отношению к другим клубам.

Модель возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии отличается в конкретных составляющих оснований для возбуждения производства (и признания должника несостоятельным).

Основаниями для возбуждения в немецких судах производства по делу о несостоятельности являются:

- неплатежеспособность (ст. 17 ПоН);
- угроза неплатежеспособности (ст. 18 ПоН);
- сверхзадолженность (ст. 19 ПоН).

При этом угроза неплатежеспособности является новеллой Положения о несостоятельности. *Г. Пана* в качестве упрощения процедуры рассматривает признание «угрозы неплатежеспособности в качестве основания к принятию дела о несостоятельности (§ 18 ПоН), поскольку уже на ранней стадии позволяет должнику обратиться с ходатайством об открытии производства в отношении своего имущества».<sup>178</sup>

Наряду с упрощением процедуры возбуждения производства другой целью реформы было установление более ранней возможности возбуждения производства, для увеличения конкурсной массы в целях покрытия процессуальных расходов и большей квоты удовлетворения требований кредиторов.

#### **А. Неплатежеспособность.**

*aa) понятие неплатежеспособности.* Неплатежеспособность (*Zahlungsunfähigkeit*) является общим основанием возбуждения производства по делу о несостоятельности. В настоящее время в параграфе 17 II 1 ПоН дано ее легальное определение: должник признается неплатежеспособным, если он не в состоянии исполнить наступившие денежные обязательства. Неплатежеспособность предполагается, если должник приостановил свои платежи (§ 17 II 2 ПоН).

Неплатежеспособность образует материальную предпосылку возбуждения производства по делу о несостоятельности (материальное основание). Материальная несостоятельность представляет собой «внутреннюю основу производства по делу о несостоятельности, в котором в связи с недостаточностью имущества должника интересы кредиторов должны учитываться в соответствии с правилами, отличными от правила индивидуального исполнительного производства».<sup>179</sup>

<sup>178</sup> См.: *Pane Г.*, Указ. соч., С. 20.

<sup>179</sup> См.: *Kuhn, Uhlenbruck*, КО, С. 1325.

Общее основание означает, что на основе неплатежеспособности заявление о признании должника несостоятельным вправе подавать как конкурсный кредитор, так и сам должник.

В германском институте несостоятельности неплатежеспособность понимается как недостаток платежных средств (*Geldilliquidität*). При этом речь не идет о ликвидности имущества должника (за исключением случая задержки платежей, когда она может быть ликвидирована в краткосрочный период путем продажи имущественных объектов должника, что исключает признание наличия неплатежеспособности). Уленбрук пишет о том, что в обратном случае была бы необходима дифференциация денежных обязательств и имущественных объектов должника по наступлению срока исполнения первых и ликвидности вторых.<sup>180</sup>

В Конкурсном Уставе Германии не было закреплено легального определения неплатежеспособности, поэтому ее признаки были разработаны правоприменительной практикой. Самым полным определением неплатежеспособности, которое использовалось до вступления Положения о несостоятельности в силу, была дефиниция, разработанная Высшим судом общей юрисдикции земли Бавария:

«Неплатежеспособность – это основанная на недостатке платежных средств, имеющая предположительно долгосрочный характер неспособность должника погасить в значительном объеме свои подлежащие немедленному исполнению денежные обязательства. Подлежащими немедленному исполнению денежными обязательствами в вышеуказанном значении являются только такие требования, на выполнении которых кредиторы настаивают серьезным образом (*ernsthaf*). Поэтому при определении недостатка платежных средств не учитываются обязательства, по которым конклюдентно была предоставлена отсрочка исполнения. ... Коллегия присоединяется к мнению о том, что невозможность выполнения 25 процентов серьезным образом предъявленных требований достаточно, но в свою очередь и обязательно для предположения и наличия неплатежеспособности. О процентном выражении можно судить в целом только на основе сопоставления предъявленных требований и существующих для их погашения средств. ... Для предположения о наличии неплатежеспособности необходим точный прогноз о том, что предприятие в течение последующих трех месяцев будет не в состоянии удовлетворить предъявленные требования; однако в рамках этих трех месяцев должны быть приняты во внимание и положительные тенденции в ликвидности имущества должника».<sup>181</sup>

<sup>180</sup> См.: *Uhlenbruck*, в: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 6 абз. 4.

<sup>181</sup> *BayObLG*, ВВ 1996, С. 1840.

Таким образом, неплатежеспособность основывалась на следующих признаках:

- продолжительность неспособности должника погасить свои долги;
- значительность неспособности должника погасить свои долги;
- настоящие кредиторов о выполнении их требований.

В ходе реформы 1978-1998 гг. содержание неплатежеспособности было частично изменено. Здесь ставилась цель установления возможности более раннего возбуждения производства. Исходя из этой цели реформы законодательства о несостоятельности (доступность производства за счет упрощения оснований) в Положении о несостоятельности было дано понятие неплатежеспособности, отличающееся от приведенного. Теперь неплатежеспособность определяется только на основе наступления момента исполнения денежных обязательств должника (Fälligkeit), чтобы в интересах кредиторов уменьшить количество производств со скудной конкурсной массой.

Было решено отказаться от нашедших отражение в приведенном выше определении признаков «продолжительности» и «значительности» требований как основополагающих, главенствующих в установлении неплатежеспособности. В обоснование такого решения в Правительственном проекте Положения о несостоятельности было сказано: само собой разумеется, что должник, у которого в определенный момент отсутствуют средства платежа, например, в результате неплатежа со стороны его контрагента, отсутствия ожидавшихся поступлений денежных средств, однако который в краткосрочный период способен использовать ликвидные средства для уплаты долга, «в состоянии исполнить наступившие обязательства» по смыслу нормы § 17 ПоН. Если бы в тексте закона было прямо отражено «наличие продолжительной неспособности к исполнению денежных обязательств», то это могло бы быть понято как «подтверждение распространенного крайне узкого толкования неплатежеспособности, например, как длящийся неделями или месяцами недостаток платежных средств, но не имеющий юридического значения и последствий. Такое толкование поставило бы под угрозу цель своевременного возбуждения производства по делам о несостоятельности».<sup>182</sup>

Что касается признака «значительности», то в названном обосновании было также указано, что предположение о неплатежеспособности в зависимости от доли неисполняемых обязательств к общей сумме всех обязательств должника является нецелесообразным.<sup>183</sup> Ранее была обязательна проверка того вопроса, является ли платеж при существующем соотношении оплаченных и неоплаченных обязательств правилом либо

<sup>182</sup> Текст обоснования § 17 ПоН см., например, в: *Hess, InsO*, § 17 абз. 1-4.

<sup>183</sup> Там же.

исключением. Разработчики ПоН категорическим образом отказались от такой модели, расширив тем самым понятие неплатежеспособности.

Спорным является вопрос, отказался ли законодатель в рамках нового понятия неплатежеспособности от названных признаков. Здесь вопрос можно поставить даже так: насколько законодатель при определении понятия неплатежеспособности вообще мог отказаться от признаков продолжительности и значительности неспособности должника в выполнении предъявленных требований.

При анализе положений § 17 ПоН, дающих определение неплатежеспособности и предусматривающих приостановление платежей в качестве презумпции ее наличия, можно прийти к выводу, что данные признаки были сохранены, но уже в рамках понятия «наступления момента исполнения обязательств» (*Fälligkeit*) и «неспособности должника» («*nicht in der Lage*», *Unfähigkeit*) корректировав их с учетом изменившихся требований делового оборота и предоставив большую свободу судам в установлении неплатежеспособности в каждом конкретном случае. Рассмотрим подробнее новые признаки.

*aaa) «наступление момента исполнения обязательств».* Согласно § 17 II 1 ПоН неплатежеспособность предполагает наступление момента исполнения обязательств должника. Ненаступившие денежные обязательства при установлении неплатежеспособности не учитываются, так называемый прогностический элемент неплатежеспособности в связи с введением «угрозы неплатежеспособности» в качестве нового основания (§ 18 ПоН, об этом см. далее) был упразднен.

Необходимо также принимать во внимание, что Положение говорит о денежных обязательствах, то есть таких обязательствах, которые ограничиваются выплатой денежной суммы; обязательства, не выражаемые в денежной сумме, например, обязательство по отказу от совершения каких-либо действий данным понятием не охватываются. Правда, здесь многое зависит от конкретного дела: к примеру, в случае невыполнения обязательства по поставке товара кредитор согласно §§ 281, 283 ГК Германии может предъявить требование о возмещении вреда, и при невозможности его исполнения должником в силу отсутствия платежных средств речь может идти о неплатежеспособности.<sup>184</sup>

Неисполнение наступивших денежных обязательств само по себе не ведет тотчас же к признанию наличия неплатежеспособности должника. В период действия Конкурсного Устава Германии требовалось, чтобы данные требования были предъявлены к исполнению,

<sup>184</sup> См.: *Lutter, Hommelhoff, GmbHG*, С. 959.

чтобы кредитор настоял на этом. Положение о несостоятельности прямо это не предусматривает, однако полностью от данного признака нельзя отказаться и сегодня.

Пока кредитор не настаивает на выполнении обязательств, обоснованные основания для признания должника неплатежеспособным отсутствуют, даже если момент исполнения обязательств уже наступил. Этого требует и диспозитивность частного делового оборота.

Однако достаточно любого действия кредитора, которое бы свидетельствовало о том, что он ожидает от должника произведение платежа в определенное время (например, направление счета), чтобы говорить уже о предъявлении кредитором требования об исполнении обязательства. Один раз заявленное требование о выполнении обязательства уже не смогут поколебать ни согласие на частичное погашение долга, ни обращение к исполнительному производству. Исключение может составлять лишь предоставление отсрочки погашения всей суммы долга.

Проблемной является и другая сторона данного вопроса: если кредитор для выполнения должником требований, которые он считает необоснованными, путем угрозы подачи заявления о неплатежеспособности намеревается оказать давление на последнего. Сама по себе такая кредиторская тактика не является противоправной, многое здесь будет зависеть от возможности достижения компромисса между сторонами, поскольку на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности при наличии со стороны должника обоснованных возражений по предъявленным, но недоказанным кредитором-заявителем требований в возбуждении производства судом будет отказано. Причина этого заключается в том, что цель процедуры возбуждения производства не состоит в разрешении требований кредитора по существу, для этого предусмотрено исковое производство, а для выполнения обязательства – исполнительное производство. На стадии возбуждения лежащее в основе заявления требование должно быть подтверждено со степенью, близкой к его бесспорности, неоспоримости со стороны должника, с тем, чтобы назначаемый после этого эксперт, а вместе с ним и суд анализировали внутреннее положение дел должника, а не обоснованность требований кредитора (об этом см. далее вопрос «Рассмотрение заявлений о признании должника несостоятельным»).

ббб) *«неспособность должника»*. В соответствии с § 17 ПоН должник должен быть «не в состоянии» выполнить денежные обязательства. Данный признак выражает особое положение должника, когда он вследствие объективного недостатка платежных средств не может погасить свои долги. Если должник, несмотря на предъявление требования, не платит, кредитор естественным образом может исходить из того, что он «не в состоянии»

платить. Поэтому неисполнение лишь предъявленных требований может указывать на неплатежеспособность. В данной связи возникает вопрос, в течение какого периода времени и в каком отношении ко всем обязательствам может присутствовать такое неисполнение обязательств? Именно этот вопрос является ключевым, узловым при определении неплатежеспособности.

Недостаток в платежных средствах не должен носить кратковременного характера (см. далее о кратковременной задержке платежей). С другой стороны, в § 17 ПоН в отличие от § 102 КУ уже не содержится требования о том, что неспособность должника выполнить свои обязательства должна носить «продолжительный характер». Таким образом, здесь должна быть достигнута граница, некий баланс между чрезмерным затягиванием с выполнением денежных обязательств и кратковременной задержкой, когда должнику дается возможность в изыскании необходимых платежных средств, в том числе путем поиска кредитодателя, инвестора.

Преобладающая точка зрения ученых и практиков состоит в том, что данный срок составляет две-три недели.<sup>185</sup> Как показывает практика, величина данного срока зависит от того насколько быстро должник сможет собрать все необходимые документы для получения кредита и получить такой кредит. Поэтому некоторые авторы считают названный срок слишком коротким, чтобы кредитный институт в течение его мог проверить, сможет ли кредит помочь выбраться должнику из временных трудностей с наличием платежных средств.<sup>186</sup> Согласно другой точке зрения такой срок составляет два месяца,<sup>187</sup> который, впрочем, с учетом длительности процедуры возбуждения производства по делу о несостоятельности представляется несколько противоречащим цели возможности более раннего возбуждения производства.

Определение максимального срока между неисполнением наступившего денежного обязательства и наступлением неплатежеспособности во многом зависит от обычаев делового оборота отдельного государства. Если в Германии такой срок составляет две-три недели в зависимости от обстоятельств конкретного случая, но ни в коей мере не в силу положений закона, то в России он по общему правилу равняется трем месяцам (согласно ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» как от 8 января 1998 года - ст. 3, так и 26 октября 2002 года - ст. 3).

<sup>185</sup> См.: *Veit*, ZIP 1982, С. 273; *Lutter, Hommerhoff*, GmbHG, С. 959; *Obermüller*, DB 1973, С. 269; *Haarmeyer*, Указ. Соч., С. 36-37; *Scholz, Schmidt* § 64 GmbHG, абз. 30.

<sup>186</sup> См.: *Uhlenbruck*, KTS 1994, С. 169, 171.

<sup>187</sup> См.: *Penzlin*, NZG 1999, С. 1203, 1208

Неплатежеспособность необходимо отграничивать от временного недостатка платежных средств, то есть временной, краткосрочной приостановки платежей. Возникновение такой ситуации на предприятии вполне возможно, поскольку порой оно закономерно (например, неполучение должником платежей от своих должников), прогнозируемо, а потому допустимо, самое главное, чтобы оно носило краткосрочный, приемлемый для кредиторов характер. Самое сложное в данной формуле является определение конкретной границы, когда заканчивается временный недостаток платежных средств и начинается собственно неплатежеспособность. Однозначной границы, единой для всех должников любой отрасли экономики не существует.

Кроме этого, требуется определенный размер неисполняемых требований — он определяется в Германии не в твердой денежной сумме, а в форме доли неисполняемых требований по отношению к общему размеру обязательств должника, то есть в процентном отношении. В период действия Конкурсного Устава такая доля составляла 25 процентов. В настоящее время данная планка была понижена. Представленные в литературе мнения показывают, что в настоящее время преобладающая точка зрения исходит из доли, равной 5-10 процентам.<sup>188</sup> Однако достаточно невыполнения лишь одного требования одного кредитора, которые является значительным, чтобы признать наличие неплатежеспособности. В одном из решений участкового суда г. Кельн также было указано, что «на основе буквального значения § 17 II 1 ПоН о временной задержке платежей, отграничивая ее от неплатежеспособности, можно говорить лишь в том случае, если должник не в состоянии исполнить менее чем 5 процентов его наступивших денежных платежей в течение срока, не превышающего две недели».<sup>189</sup>

Это показывает, что усилия как научных кругов, так и правоприменительной практики в Германии направлены сегодня в значительной степени на то, чтобы четко определить границы понятия неплатежеспособности. Такие ее признаки, как продолжительность и значительность доли предъявленных требований, обладают объективной природой, служат неотъемлемыми средствами установления неплатежеспособности должника. Лишь тот факт, что они прямо не названы в Положении Германии о несостоятельности, не позволяет отказаться от их использования в рамках процедуры возбуждения производства по делам о несостоятельности. Они существуют, но их соответствующие параметры были изменены в соответствии с веяниями времени, новыми требованиями делового оборота.

<sup>188</sup> Ссылки см. в: *Penzlin, NZG 1999, С. 1203, 1206.*

<sup>189</sup> *AG Köln, NZI 2000, С. 89.*

бб) *установление неплатежеспособности.* Исходя из сложности обоснования неплатежеспособности в заявлении кредитора о признании должника несостоятельным, в параграфе 17 II 2 ПоН было закреплено правило, согласно которому неплатежеспособность презюмируется в случае приостановления должником своих платежей (*Zahlungseinstellung*). Под приостановлением платежей признается основанное на недостатке платежных средств, ставшее очевидным вопреки неисполнению наступивших денежных обязательств.<sup>190</sup>

Приостановление платежей является внешним проявлением неплатежеспособности должника. Фактическое приостановление платежей влечет возникновение презумпции наличия неплатежеспособности. В этом случае уже на должника ложится обязанность по опровержению неплатежеспособности, по обоснованию присутствия лишь временной задержки платежей.

Поскольку в настоящее время неплатежеспособность не включает прогностический элемент, отсрочка уплаты всех денежных обязательств означает отсутствие неплатежеспособности, так как обязанности по уплате в данный момент не существует. Удовлетворение наступивших, но небольших по размеру требований не устраняет неплатежеспособности.<sup>191</sup> Неоплата уже одного, но значительного для должника долга может означать приостановление платежей. Примером тому может быть расторжение кредитного договора «домашним» банком должника и отсутствие возврата предоставленного кредита.

В практике высших судебных инстанций Германии также указывается на то, что приостановление платежей присутствует и в том случае, когда должником производятся незначительные платежи, однако в отношении крупного кредитора, которому известны экономические отношения на предприятии должника, им признается, что он не в состоянии удовлетворить его предъявленные требования, которые составляют большую часть денежных обязательств должника.<sup>192</sup>

Признаками, которые свидетельствовали бы о приостановлении платежей и тем самым о наличии неплатежеспособности, среди прочего являются: приостановление производства на предприятии должника; задержка оплаты поставки энергии (электричества, газа, угля); задержка выплаты заработной платы; задержка оплаты счетов за телефонные переговоры;

<sup>190</sup> См. в: *Kuhn, Uhlenbruck*, КО, § 102 абз. 2.

<sup>191</sup> *BGH*, ZIP 1985, С. 363.

<sup>192</sup> *Решение ФВС Германии* от 10 января 1985 года, см. в *WM* 1985, 396; *решение ФВС Германии* от 15 ноября 1990 года, см. в *WM* 1991, 150.

задержка уплаты отчислений больничного страхования либо обязательных платежей; проведение исполнительных действий в отношении должника.<sup>193</sup>

Таковыми признаками также являются: напоминания об обязательстве по уплате долга; отказ в проведении исполнительных действий в связи с отсутствием имущества должника, расторжение банками кредитных договоров, предложения должника о предоставлении отсрочки и рассрочки в уплате долга, продажа должником имущества, задействованного на производстве. Руководители и органы должника при анализе экономического положения должны всегда обращать внимание на эти и подобные им действия, поскольку они означают пересечение последней границы «допустимого» неисполнения обязательств.

Однако наиболее четким проявлением неплатежеспособности является, конечно же, признание самого должника, что он не в состоянии погасить долг в течение срока, превышающего три недели. Признание может выражаться конклюдентно, а именно в предложениях об отсрочке или рассрочке уплаты долга, об этом может свидетельствовать также производство платежей на небольшую денежную сумму; закрытие производства; «побег» от кредиторов и тому подобное.

С другой стороны, необходимо разграничивать действия, которые свидетельствуют о присутствующем приостановлении платежей, и действия, которые направлены на устранение угрозы неплатежеспособности по смыслу § 18 ПоН. Последними могут являться, например, продажа имущественных объектов по заниженной цене, продажа переработанного, но подлежащего переработке сырья, исчерпание внутренней кассы должника и так далее.

В особенности приостановление платежей проявляется в невыплате денежных средств по тем обязательствам, по которым обычно не предоставляется отсрочки – платежи на энергоносители, арендные платежи, платежи по социальном страхованию, выплаты по заработной плате. С другой стороны, даже если должник и производит вовремя данные платежи, то, тем не менее, возможно признание приостановления платежей, если он не погашает долг по отношению к другим, менее значимым для него, но не менее значимым для оценки неплатежеспособности кредиторам.

Отказ филиала по выплате платежей сам по себе не может означать приостановления платежей головным предприятием. Наоборот, выполнение обязательств лишь филиалом не исключает признания за головным предприятием приостановления платежей, то есть его неплатежеспособности.

<sup>193</sup> См. в: *Hess, InsO*, § 17 абз. 17.

Не является неплатежеспособностью и нежелание, отказ платить, так называемое «злонамеренное уклонение от платежа».<sup>194</sup> Следует отметить, что оценка данного вопроса в уголовном праве и в институте несостоятельности различается. Если правоприменительная практика по уголовным делам усматривает неплатежеспособность в любом отказе от платежа,<sup>195</sup> то практика высших судебных инстанций по гражданским делам признает неплатежеспособностью только такой отказ, который основан на недостатке платежных средств.<sup>196</sup> В отношении должника, не желающего платить, предусмотрена процедура исполнительного производства, а не несостоятельности.

### Б. Угроза неплатежеспособности.

В соответствии с § 18 II ПоН угроза неплатежеспособности (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) присутствует, если должник предположительно будет не в состоянии выполнить существующие денежные обязательства в момент наступления момента их исполнения. Тем самым в отличие от понятия неплатежеспособности невозможность исполнения обязательств связана не с присутствующей (*Zeitpunktilliquidity*), а с будущей недостаточной ликвидностью средств должника (*Zeitraumilliquidity*).<sup>197</sup>

Угроза неплатежеспособности основана на разнице между существующими средствами платежа и запланированными поступлениями (активы), с одной стороны, и существующими, но еще не наступившими денежными обязательствами, а также запланированными выплатами (пассив), с другой стороны, за определенный период времени. Спорным является вопрос о том, необходимо ли здесь учитывать будущие, еще не взятые должником на себя, но определенно ожидаемые обязательства. В литературе высказывается как утвердительный,<sup>198</sup> так и отрицательный ответ.<sup>199</sup> «Предположительно» означает, что наступление неплатежеспособности вероятнее, чем ее предотвращение, то есть степени вероятности неисполнения обязательств должна превышать 50 процентов.

Необходимо отметить, что подача заявления на основании угрозы неплатежеспособности является лишь правом должника, но не его обязанностью. Такая

<sup>194</sup> BGH WM 1957, С. 67, 69.

<sup>195</sup> RGSt 41, 311, 312; BGHSt 3, 294.

<sup>196</sup> BGH WM 1959, С. 891.

<sup>197</sup> См.: Burger, Schellberg, KTS 1995, С. 563, 572.

<sup>198</sup> См.: Hess, Weis, InVo 1996, С. 253, 254; они же, InVo 1996, С. 29.

<sup>199</sup> См.: Burger, Schellberg, BB 1995, С. 261, 264; Uhlenbruck, KTS 1994, С. 169, 171 и посл.

обязанность, предусмотренная нормами корпоративного права Германии, наступает лишь в случае наступления неплатежеспособности либо сверхзадолженности. В качестве основания в Положении была включена угроза лишь неплатежеспособности, но не сверхзадолженности.

Для того, чтобы предотвратить подачу необоснованных заявлений со стороны должника, частью III § 18 ПоН был установлен ряд требований к заявлению: от юридических лиц либо образований, не являющихся таковыми, заявление может быть подано только всеми членами органа должника, участниками, несущими полную ответственность, либо ликвидаторами или лицом, уполномоченным на представительство юридического лица либо образования, не являющегося таковым. В случае подачи заявления лишь одним из указанных субъектов (за исключением последнего случая) наличие основания должно быть доказано, кроме этого, суд по делу о несостоятельности вправе в этом случае заслушать остальных субъектов.

Как известно, производства по делам о несостоятельности с целью восстановления платежеспособности должника возбуждаются слишком поздно, когда ни его имущественное состояние, ни его перспективы недостаточны для того, чтобы остаться на плаву. Поэтому, как указывалось выше, реформа института несостоятельности в Германии среди прочего была направлена на создание возможностей для более раннего возбуждения производств по данным делам. Одним из основных средств достижения данной цели является угроза неплатежеспособности как основание для возбуждения производства.

Однако в случае данного основания легко добиться обратного, не менее злокачественного эффекта – введения процедур несостоятельности в отношении здоровых предприятий. Поэтому при разработке Положения о несостоятельности было решено наделить правом обращения с заявлением о признании несостоятельным на основании угрозы неплатежеспособности только самого должника<sup>200</sup> с тем, чтобы исключить возможность злоупотребления данным основанием со стороны кредиторов.

## **В. Сверхзадолженность.**

*aa) понятие сверхзадолженности.* Сверхзадолженность (*Überschuldung*) является специальным основанием возбуждения производства по делу о несостоятельности.

<sup>200</sup> П. 2 обоснования Правительственного проекта § 22 Положения о несостоятельности. См., например, в: *Hess, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO*, § 18, абз. 2.

Согласно § 19 II 1 ПоН сверхзадолженность присутствует, если имущества должника не покрывает существующих обязательств.

Если специальный характер угрозы неплатежеспособности как основания касается круга лиц, уполномоченных на обращение с соответствующим заявлением, то в случае сверхзадолженности это проявляется в круге субъектов, в отношении которых возможна подача заявления. В данный круг субъектов (объектов) входят:

- юридические лица (§ 19 I ПоН),
- правоспособные союзы (§ 11 I 2 ПоН),
- образования, не являющиеся субъектом права, если в их состав не входят физические лица, несущие неограниченную ответственность (§ 19 III 1 ПоН),
- товарищества в предусмотренных законом случаях (§ 98 Закона Германии о товариществах, GenG),
- наследственная масса (§ 320 I ПоН),
- общее имущество существующего имущественного сообщества (§§ 332, 320 I ПоН),
- кредитные учреждения независимо от их организационно-правовой формы (§ 46b Закона Германии о кредитных операциях, KWG).

До вступления Положения о несостоятельности в силу сверхзадолженность определялась в соответствии с так называемым ее «двухступенчатым» понятием, то есть при наличии арифметической и юридической сверхзадолженности. Сверхзадолженность должника признавалась присутствующей, если его имущество не покрывало его обязательств (арифметическая сверхзадолженность) и жизнеспособность предприятия, выражаемая в соотношении потенциальной прибыли и долгов, не представлялась гарантированной в достаточной степени, когда «финансовая сила юридического лица в большей вероятности недостаточна для продолжения предприятия в среднесрочный период»<sup>201</sup> (юридическая сверхзадолженность). Возможность продолжения предприятия в среднесрочный период означала то, что юридическое лицо сможет выполнить свои наступившие обязательства, как минимум, до истечения следующего финансового года.<sup>202</sup> Согласно другой точке зрения такой срок может составлять от двух до трех лет.<sup>203</sup>

Долгое время являлся спорным вопрос, из какой стоимости необходимо исходить при оценке активов должника: из так называемой инвестиционной стоимости, стоимости имущества действующего перспективного предприятия, либо из меньшей ликвидационной

<sup>201</sup> *OLG Hamm*, NJW-RR 1993, С. 1445.

<sup>202</sup> *BGHZ* 119, 201, 213.

<sup>203</sup> *LG München I* BB 2000, С. 428.

стоимости. На практике выручка от имущества (имущественного комплекса), реализованного по инвестиционной цене, превышает ликвидационную стоимость зачастую в несколько раз, что, конечно, во многом зависит от конкретных обстоятельств – отрасли экономики, конъюнктуры рынка, объемов производства должника и другое.

Правоприменительная практика придерживалась последней оценки.<sup>204</sup> Если исходить только из ликвидационной стоимости имущества предприятия, то большинство из должников обладали бы сверхзадолженностью сразу же после учреждения, поскольку на данной стадии обязательства превышают активы, если их оценивать по ликвидационной стоимости. Поэтому ранее, чтобы исключить подобную ситуацию, положительного прогноза относительно финансовой силы предприятия было достаточно, чтобы отрицать наличие сверхзадолженности.

В § 19 II 1 ПоН установлено следующее понятие сверхзадолженности: «Сверхзадолженность должника присутствует в случае, если его имущество не покрывает более существующих обязательств». В настоящее время, исходя из смысла положений § 19 ПоН, одного положительного прогноза относительно финансовой силы предприятия недостаточно, чтобы отрицать наличие сверхзадолженности. Финансовая сила должника рассматривается не как признак сверхзадолженности, а как критерий оценки имущества должника. Будет ли сверхзадолженность определяться на основе ликвидационной либо инвестиционной стоимости имущества, зависит согласно § 19 II 2 ПоН от того, является ли исходя из обстоятельств конкретного дела сохранение и продолжение предприятия должника вероятным. Данное правило отражает попытку законодателя построить порядок производства по делам о несостоятельности, отвечающий веяниям времени, когда во все большей степени процедуры несостоятельности используются для санации бизнеса, возможности «нового старта», «fresh start», при особом порядке привлечения к имущественной ответственности с сохранением жизнеспособного предприятия как структурной единицы в экономической сети соответствующей отрасли.

Положительный прогноз финансовой силы предприятия предполагает, прежде всего, стремление должника к сохранению производства.

Подобный прогноз предполагает составление документированного финансового плана и плана получения доходов, которые дают основания со всей вероятностью полагать, что в течение среднесрочного периода нельзя опасаться наступления неплатежеспособности.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> BGHZ 119, 201, 214; 126, 181, 199; OLG Schleswig GmbHR 1998, C. 536.

<sup>205</sup> OLG München, GmbHR 1998, C. 281.

В платежный план должны быть внесены все предусмотренные договорами и планируемые платежи, все ожидаемые поступления за счет внутреннего или внешнего финансирования, в том числе скрытые резервы.<sup>206</sup>

Прогноз финансовой силы состоит из оценки фактов и тенденций, касающихся должника, его шансов на сбыт и получение прибыли, общей ситуации на рынке. При этом должны быть указаны конкретные источники доходов,<sup>207</sup> одной надежды на заключение экстраординарных сделок, которые покрывают, как минимум, производственные расходы, недостаточно.<sup>208</sup>

Таким образом, прогноз финансовой силы должника, перспективности его предприятия – это вопрос о его платежеспособности в будущем. Финансовая сила – это возможность исполнить все свои обязательства при наступлении момента их исполнения.

Порядок определения сверхзадолженности в настоящее время выглядит следующим образом. Вначале необходимо установить, является ли положительным прогноз о финансовой силе должника, о перспективности сохранения его бизнеса. Если прогноз является отрицательным, то в основу оценки активов кладется их ликвидационная стоимость. В свою очередь, если прогноз является положительным, при оценке имущества должника разрешается использовать их инвестиционную стоимость. В результате определения общей стоимости имущества и общей суммы обязательств должника соотношение полученных данных будет выражать наличие либо отсутствие (арифметической) сверхзадолженности.

*бб) установление сверхзадолженности.* Преобладающая точка зрения и в литературе, и в правоприменительной практике исходит из того, что сверхзадолженность определяется только на основе составления баланса, но не торгового или налогового баланса, а специального баланса, *Überschuldungsbilanz*,<sup>209</sup> в котором должна быть указана актуальная стоимость имеющихся активов и пассивов должника.<sup>210</sup>

<sup>206</sup> *BGH, ZIP 1992, С. 1382; BGH, ZIP 1995, С. 819.*

<sup>207</sup> *OLG München, GmbHR 1998, 281.*

<sup>208</sup> *BGH, ZIP 1995, С. 124.*

<sup>209</sup> *См. решение ФВС Германии от 18.12.2000 - II ZR 191/99, GmbHR 2001, 197; решение ФВС Германии от 31.02.1994 - II ZR 60/93, BGHZ 125, 141; решение ФВС Германии от 12.07.1999 - II ZR 87/98, ZIP 1999, С. 1524, GmbHR 1999, С. 973.*

<sup>210</sup> *Решение ФВС Германии от 08.01.2001 - II ZR 88/99, GmbHR, 5/2001, С. 191.*

Цель данного баланса – определение имущественного состояния, с тем, чтобы на стадии возбуждения производства по делу установить наличие либо отсутствие сверхзадолженности, и предупредить уменьшение квоты удовлетворения требований кредиторов.<sup>211</sup> Имущественные объекты во всех статьях бюджета определяются на день составления баланса.

Установление сверхзадолженности связано со многим трудностями, основной из которой является не только способ оценки имущества, определяемый в вышеприведенном порядке, но и отнесение тех или иных имущественных объектов на сторону активов или пассивов.

На стороне активов баланса отражается только то имущество, то есть материальные и нематериальные имущественные объекты должника, выручка от которых пойдет на удовлетворение требований всех кредиторов.

Спорным является вопрос о возможности внесения в баланс и оценке фирмы должника, понимаемой как совокупность различных факторов – ноу-хау, качества производимых товаров, репутации должника, передовых способов производства, квалифицированности трудового коллектива. Высшие судебные инстанции Германии разрешают оценку данных объектов и их внесение в специальный баланс в рамках установления сверхзадолженности.<sup>212</sup>

На стороне пассивов баланса должны быть представлены все обязательства и требования, на удовлетворении которых их кредиторы могут потребовать в случае возбуждения производства по делу о несостоятельности. В отличие от процедуры установления неплатежеспособности здесь должны быть указаны как еще ненаступившие обязательства, так и те, по которым была предоставлена отсрочка либо рассрочка их исполнения. Требования, которые признаются требованиями к конкурсной массе, не учитываются.<sup>213</sup>

Особое внимание хотелось бы уделить вопросу статуса ссуд участников должника, заменяющих собственный, но предоставленных как чужой капитал. Сегодня данные ссуды признаются обязательствами должника и подлежат учету на стороне пассивов баланса. Однако было бы неразумным признавать должника несостоятельным только вследствие того, что его сверхзадолженность вытекает из пассивирования указанных ссуд. Поэтому как научной литературой, так и судебной практикой признается, что в случае, если между

---

<sup>211</sup> *BGHZ* 119, 201

<sup>212</sup> *BGH*, NJW 1999, 283.

<sup>213</sup> *BGH*, NJW 1991, 1057, 1059.

должником и его участниками было достигнуто соглашение об удовлетворении их требований в самую последнюю очередь, то ссуды не относятся на сторону пассивов должника.<sup>214</sup>

#### **§ 4. Обращение в суд с заявлением о признании должника несостоятельным.**

Изучив предпосылки и основания к возбуждения производства по делу о несостоятельности, обратимся непосредственно к ее процедуре по лежащей в основе работы идее: ориентируя план анализа на практическую сферу, раскрыть концептуальную основу, отраженную в тексте законодательства о несостоятельности и воплощенную как в научных разработках, так и в конкретных делах о несостоятельности. Первым здесь стоит вопрос о порядке обращения в суд с заявлением о признании должника несостоятельным.

##### **А. Право на обращение с заявлением о признании должника несостоятельным.**

Производство по делу о несостоятельности возможно только при обращении уполномоченного лица с соответствующим заявлением (*Antragsverfahren*). В условиях существующей в Германии экономической системы, основанной на идее частной автономии и свободе предпринимательства, суд как юрисдикционный орган не вправе возбуждать такие производства по своей инициативе. Однако это не означает пассивную роль суда на стадии возбуждения. Основным условием для успешной работы в качестве судьи в рамках дела о несостоятельности наряду с непреложным знанием положений института несостоятельности и их действия в нормативной и экономической системе формирования рынка является осознание проблемности дела о несостоятельности, того обстоятельства, что в таком деле, как ни в каком другом, сталкиваются противоречивые экономические, социальные, личные интересы участников. От действий судьи зависит не только достижение целей реформы законодателя, но и в каждом конкретном случае экономическая судьба кредиторов, должников и третьих лиц. Именно поэтому законодатель, лишив суда права на инициирование процедур возбуждения дела о несостоятельности, наделил его на последующих стадиях обязанностями и широкими дискреционными правами (см. § 5 ПоН).

---

<sup>214</sup> См.: *Prütting, Kübler, InsO*, 1998, § 19 абз. 4, *K.Schmidt, Uhlenbruck, GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 1999, абз. 610; *Schmidt, GmbHR* 1999, 9; *Lutter, Hommelhoff, GmbHG*, § 64 абз. 17c; *OLG Düsseldorf NZG* 1999, 884; *AG Köln GmbHR*, 2001.

Правом на обращение в суд с заявлением о признании должника несостоятельным обладает каждый кредитор должника и непосредственно сам должник (§§ 13-15 ПоН). Между тем, данному правилу присущи особенности в зависимости от категории кредитора-заявителя и должника-заявителя.

Обращаясь к условиям допуска заявления кредитора, необходимо отметить следующее. Процедуры несостоятельности хотя и обладают исключительным характером, однако в Германии представляют собой для кредитора в большей степени альтернативный способ взыскания задолженности. Поэтому какого-либо обязательного предварительного порядка для возможности обращения с заявлением о признании должника несостоятельным не предусмотрено. Решение данного вопроса оставлено на усмотрение кредитора, который на основе имеющейся у него информации прогнозирует преимущества и недостатки того или иного способа принуждения должника к выполнению своих обязательств. Исполнительное производство, представляемое государством в распоряжение кредитора в общем порядке, отличается высокой степенью эффективности, именно поэтому чаще всего и в интересах кредитора избежать процедур несостоятельности с тем, чтобы исключить возможность участия в распределении выручки других кредиторов и увеличить тем самым квоту удовлетворения своих требований. Лишь в тех случаях, когда имущественная масса должника быстро уменьшается, а его задолженность, наоборот, возрастает, инициирование процедур несостоятельности гарантирует моментальное вмешательство суда и управляющего с первоначальной целью минимизации неблагоприятных последствий ухудшающегося имущественного состояния должника для кредиторов. Здесь кредитор-заявитель оказывается в итоге в вышеупомянутом сообществе терпящих убытки от несостоятельности должника, однако опять же лишь потому, что это, исходя из его прогноза, влечет максимально возможную в таких условиях квоту удовлетворения требований. В институте несостоятельности, собственно, это и является выражением частной автономии и свободы делового оборота, поскольку рынок долгов является неотъемлемой частью рыночного хозяйства.

Тем не менее, как мы отметили, дела о несостоятельности имеют исключительный характер, поэтому законодатель в рамках Положения не мог допустить существенной доступности процедур несостоятельности. Здесь исходили из следующих идей. Цель любого заявления кредитора о признании должника несостоятельным в конечном счете заключается в получении (частичного) удовлетворения требований, совпадает с ней и цель самого производства по делу о несостоятельности, отличаясь только тем, что речь идет об удовлетворении требований всех кредиторов (см. § 1 ПоН). В связи с этим от кредитора

требуется, во-первых, непосредственно обладание требованием, а, во-вторых, путем подачи заявления он должен стремиться к достижению именно названной цели и никакой иной. Соответственно были установлены два следующих условия: 1) подтверждение требований; 2) наличие правового интереса в возбуждении дела о несостоятельности (см. § 14 ПоН). Содержание данных условий будет раскрыто чуть далее, здесь хотелось бы подчеркнуть следующую важную деталь.

Мы уже неоднократно обращали внимание, что в деле о несостоятельности большую роль играет работа суда (судьи). Именно на судью возлагается принятие решений по всем тем вопросам, по которым сталкиваются интересы многочисленных участников дела. Немаловажно и то обстоятельство, что судья освобожден от выполнения иных, не связанных с правосудием функций. Если его правой рукой является помощник, разрешающий процедурные вопросы производства, то левой рукой судьи является управляющий, отвечающий также за управление хозяйственной работой на производстве должника. В таких условиях, хотя объем работы судьи уменьшается, но от этого она не становится менее ответственной. Именно поэтому в участковых судах, как правило, созданы специальные коллегии для разрешения дел о несостоятельности. Специализация судей позволяет безошибочно определять указанный правовой интерес кредитора, оценить обоснованность его требований на стадии принятия заявления и ответить на вопрос о его наличии при разрешении вопроса о возбуждении производства.

Отдельный интерес представляет вопрос о праве работников должника на обращение с заявлением о признании работодателя несостоятельным. Здесь необходимо опять же исходить из принципиальной идеи равенства кредиторов, перед которыми должник несет денежные обязательства, независимо от отраслевой принадлежности их требований, гражданского или трудового права. Работник имеет такое же право на своевременное получение заработной платы, какое имеет кредитор на выполнение обязательства, а публично-правовые образования – на уплату обязательных платежей. Исключение работников из круга лиц, наделенных правом на обращение с заявлением, не соответствовало бы данному принципу равенства.

Правда, в Германии невостребованность работниками предоставленного им права на обращение в суд с заявлением о признании должника несостоятельным обусловлена практическими причинами.

Во-первых, работник должен учитывать, что в случае недостаточности имущества должника на него будет падать обязанность по возмещению довольно высоких

процессуальных расходов (в частности, вознаграждение эксперту, временному управляющему).

Во-вторых, согласно § 183 Третьей части Социального Кодекса Германии (SGB III) заработная плата за три месяца, предшествующих возбуждению производства по делу о несостоятельности, должна выплачиваться за счет средств Федерального Ведомства Германии по трудовым вопросам (BAfA). Поэтому требования за данный период времени считаются гарантированными, и суд при рассмотрении обоснованности заявления работника вправе признать отсутствие у него правового интереса в возбуждении производства по делу о несостоятельности в отношении работодателя.

Инициирование процедур несостоятельности непосредственно должником имеет ряд особенностей, что нашло отражение и в требованиях, предъявляемых к обладанию правом на подачу соответствующего заявления. Здесь, прежде всего, необходимо проводить различие между юридическими и физическими лицами. Последние в свою очередь делятся на граждан, включая супругов как должников, и предпринимателей.

По общему правилу, подавать заявление о признании юридического лица либо образования, не являющегося юридическим лицом, несостоятельным вправе каждый член его представительного органа, каждый участник, несущий полную имущественную ответственность, а также каждый ликвидатор (§ 15 I ПоН). В акционерных обществах таким правом не обладают ни акционеры, ни члены надзорного органа, ни основное собрание.<sup>215</sup> Обладание правом на подачу заявления одним из руководителей юридического лица не зависит от внутреннего распределения компетенции.

Особенности предусмотрены в отношении страховых и кредитных учреждений. Заявление должника (как и кредитора) должно быть направлено Федеральной службе Германии по страхованию, которая и решает вопрос об обращении в суд с соответствующим заявлением. Причина этого кроется в том, что данная служба как никакой иной субъект в состоянии определить наличие признаков несостоятельности и наиболее эффективным образом содействовать в реализации реабилитационных проектов до инициирования процедур несостоятельности. Аналогичные правила предусмотрены в отношении кредитных учреждений, здесь заявления вначале рассматриваются Федеральной службой Германии по кредитному надзору.

Что касается физических лиц как заявителей, то здесь самым острым является вопрос о разграничении их статуса как гражданина или малого предпринимателя, с одной стороны, и как предпринимателя, с другой, поскольку для потребительского банкротства Положением

<sup>215</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 8 I абз. 4.

предусмотрен специальный порядок рассмотрения дел и особые процедуры. Например, для возможности инициирования процедур освобождения потребителя от долгов (§§ 304 и посл. ПоН) должник должен представить подтверждение произведенной в течение 6 месяцев, предшествующих обращению с заявлением, попытки урегулирования с кредиторами порядка погашения долгов.

Критерии, по которым можно было разграничить малого предпринимателя от остальных, в Положении не были прямо закреплены. Здесь предлагается принимать во внимание не только ведение собственно предпринимательской деятельности, а учитывать все имеющие значение обстоятельства в совокупности.<sup>216</sup> В обратном случае за рамками оценки останутся, например, доходы, получаемые должником в качестве частного лица, от сдачи в аренду жилого помещения. Для характеристики физического лица как гражданина (малого предпринимателя) либо как предпринимателя целесообразно использовать, к примеру, налоговое право. Согласно § 19 Закона Германии о налоге на оборот малым признается предприниматель, общий оборот деятельности которого не превышает 35 000 немецких марок в год (до введения евро). Использование данного метода может помочь суду в разрешении вопроса о возможности допуска малого предпринимателя к процедурам потребительского банкротства.

В соответствии с целями реформы института несостоятельности должник может использовать процедуры несостоятельности для освобождения от долгов в рамках конкурсного плана, который может предусматривать иной, отличный от предусмотренного в Положении порядок удовлетворения требований. В этом случае подаче заявления о признании должника несостоятельным должна предшествовать большая подготовительная работа как с кредиторами, так и с инвесторами. Залогом успешного использования конструкции конкурсного плана является достижение договоренности между должником и инвесторами, с одной стороны, и кредиторами, с другой, о квоте удовлетворения требований последних. Очень часто кредиторы согласны на получение меньшей квоты, чем той, которую они могли (лишь вероятно) получить в результате длительного проведения производства по делу о несостоятельности. Как следствие указанной договоренности, в деле о несостоятельности будет произведено разделение активов и пассивов должника: пассивы будут погашены согласно конкурсному плану, а активы - имущественный комплекс, трудовой коллектив и технологии производства - смогут быть сохранены на основе инвестиций нового (со-)собственника.

---

<sup>216</sup> См.: *Haarmeyer, Wutzke, Förster, Handbuch zur Insolvenzordnung, InsO/EGInsO, C. 121.*

### Б. Заявление о признании должника несостоятельным.

Форма и содержание заявления о признании должника несостоятельным прямо не урегулированы нормами института несостоятельности. Предъявляемые к ним требования как определяются общими положениями гражданского процессуального права, так и вытекают из норм Положения о несостоятельности.

Подача заявления является процессуальным действием, поэтому она должна оформляться первичным документом. Заявление может быть подано как в форме отдельного процессуального документа, так и в форме протокола, оформляемого в канцелярии суда (см. §§ 496 ГПУ, § 4 ПоН). Заявление, поданное с помощью факса или электронной почты, нельзя признать надлежащим. Несмотря на все большее внедрение в судопроизводственный процесс новых коммуникационных средств, их использование здесь не представляется возможным по следующей причине. Из заявления должно непосредственно вытекать требование о возбуждении производства по делу о несостоятельности, которое связано для должника с большими экономическими рисками. Именно поэтому в заявлении должна стоять подпись подавшего его лица, идентичность которой нельзя гарантировать в случае поступления, например, факса. Предлагается рассматривать такой факс в качестве выражения невлекущего юридические последствия намерения к подаче заявления.<sup>217</sup>

Заявление должно быть, прежде всего, определенным, то есть в нем должно быть прямо приведены данные, позволяющие идентифицировать заявителя и должника (организационно-правовая форма, фирменное наименование, почтовый адрес, по возможности участники и руководители лица). Толкование заявления судом не исключается: например, когда заявление подано на тот случай, если в суде не возбуждено производство по делу о несостоятельности, то это означает в первую очередь инициирование процедур несостоятельности, а в случае их проведения заявление является формой предъявления требований кредитором для внесения их в реестр.<sup>218</sup>

К заявлению кредитора должна быть приложена копия заявления, предназначенная для ее вручения должнику по указанному заявителем адресу. Напротив, если заявление подает должник, то он не обязан прилагать к заявлению его копию. В случае обращения в суд одного из членов представительного органа должника, одного из участников, несущих полную имущественную ответственность, либо одного из ликвидаторов в заявлении должен

<sup>217</sup> См.: *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, InsO/EGInsO, С. 112.

<sup>218</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 9 II абз. 8.

быть указан почтовый адрес не только заявителя, но и других членов (участников, ликвидаторов).<sup>219</sup>

Как процессуальное действие, заявление должно быть безусловным и не иметь срочного характера. В обратном случае действительность действий суда будет зависеть от усмотрения заявителя. Так, в частности, недопустима подача заявления (должником) с условием, что судом не будут приняты обеспечительные меры. Другим примером недопустимого заявления является условие назначение временного управляющего только после направления соответствующего уведомления заявителю.

От условного заявления необходимо отличать соединение заявления с ходатайством об освобождении обязанности по несению процессуальных расходов (ее уменьшению). Однако если в таком заявлении заявитель указывает на возбуждении производства только в случае освобождения его от указанной обязанности, такое заявление подлежит возврату как недопустимое (поданное с условием).

Заявление кредитора должно содержать указание на его требование и лежащее в его основе обязательство. Не допускается подача заявления на основании лишь части задолженности. Во-первых, в таком случае не исключается возможность бесконечно новых заявлений кредитора на основании оставшейся части долга. Во-вторых, судебная пошлина в случае обращения кредитора с заявлением о признании должника несостоятельным в любом случае определяется исходя из полного размера обязательства (§ 17 Закона Германии о судебной пошлине, GKG). Наконец, Уленбрук пишет, что обращение с заявлением на основании лишь части долга вообще не согласуется с пониманием производства по делу о несостоятельности как разновидности исполнительного производства.<sup>220</sup>

В заявлении должен быть обозначено основание возбуждения производства по делу о несостоятельности — неплатежеспособность, угроза неплатежеспособности либо сверхзадолженность. Особенно большое практическое значение это имеет для квалификации заявления должника. Как отмечалось выше, корпоративным правом Германии при определенных условиях предусмотрена обязанность должника по подаче заявления о признании его несостоятельным. Данная обязанность возникает по истечению определенного периода (по общему правилу, две недели) с момента наступления неплатежеспособности либо сверхзадолженности. Невыполнение данной обязанности связано для ее адресатов с неблагоприятными последствиями, для избежания которых они

<sup>219</sup> О публичном извещении в случае неизвестности для заявителя места жительства (нахождения) должника см. далее.

<sup>220</sup> См.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 9 II абз. 13.

могут подать заявление о признании должника несостоятельным, но с указанием в качестве основания угрозы неплатежеспособности, несмотря на то, что неплатежеспособность либо сверхзадолженность уже присутствует. Суды при принятии заявления обращают особое внимание на это обстоятельство.

Спорным является вопрос о необходимости указания в заявлении точного вида соответствующей процедуры, например, потребительского банкротства, освобождения от долгов. Хотя многие суды и требуют этого от заявителей-должников,<sup>221</sup> большинство судов исходит из того, что такое требование не может рассматриваться в качестве условия допустимости заявления.<sup>222</sup> Окончательного решения здесь не было принято, поскольку неразрешенным остается вопрос, кого необходимо считать потребителем для дел о несостоятельности.

### **В. Рассмотрение заявления.**

*aa) рассмотрение заявления кредитора.* По общему правилу заявление кредитора принимается, если кредитор обладает правовым интересом в возбуждении производства по делу о несостоятельности и подтвердит наличие своего требования к должнику и основание для возбуждения производства (§ 14 I ПоН).

Наличие правового интереса в возбуждении производства по делу о несостоятельности указано первейшим условием допустимости заявления кредитора. По нашему убеждению, этим положением урегулирован один из центральнейших и крайне актуальных сегодня вопросов рассматриваемой темы – соответствие целей института несостоятельности механизму инициирования ее процедур.

Раскрывая германскую модель формирования такого соответствия, обратимся,

- во-первых, к понятию «правового интереса» в возбуждении производства по делу о несостоятельности,

- во-вторых, к вопросу о размере задолженности, необходимой для возбуждения производства, и,

<sup>221</sup> См., например, решение Высшего суда земли Шлезвиг-Гольштейн, NZI 2000, 164, в котором судебная инстанция указала, что заявление подлежит возврату, если заявитель настаивает на возбуждении производства по делу о потребительском банкротстве, хотя по признакам должника может быть возбуждено лишь обычное производство по делу о несостоятельности.

<sup>222</sup> См. в: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 9 II абз. 16.

- в-третьих, к вопросу о том, является ли взыскание задолженности с должника в рамках исполнительного производства обязательным условием для возможности обращения кредитора с заявлением о признании такого должника несостоятельным.

Прежнему законодательству Германии о несостоятельности понятие «правового интереса» как условия возбуждения производства не было известно, что, однако, не стало препятствием для его разработки в научной литературе. В ней, в особенности, указывалось следующее: в случае производства по делу о несостоятельности речь идет о разновидности принудительного исполнительного производства, поэтому обращение с заявлением о возбуждении такого производства должно предполагать наличие потребности в правовой защите, интереса в такой защите.<sup>223</sup>

По общему правилу, кредитор сам выбирает способ, с помощью которого он намеревается достичь удовлетворения его требований. При выборе способов он свободен, но свободен только в установленных законом рамках, самоуправство является недопустимым (как исключения см. §§ 229, 561, 859 ГК Германии). В таких условиях кредитор, исходя из своих интересов, должен взвесить преимущества и недостатки всех способов взыскания задолженности, от примирительных процедур до процедур несостоятельности. Исполнительное производство, к которому в Германии относится и производство по делам о несостоятельности, является санкционированным государством актом реализации субъективного права и привлечения к имущественной ответственности.<sup>224</sup>

Однако в делах о несостоятельности нельзя до чрезмерной степени преувеличивать их значение как средства принуждения к погашению задолженности, когда это становится уже «средством давления» на должника («Druckmittel»), поскольку огласка факта инициирования процедуры несостоятельности может сильно ударить по жизнеспособности должника, доверию к нему в деловом обороте и репутации.

Дело о несостоятельности не может быть использовано и для скорейшего прекращения, например, арендных отношений. В таких случаях заявитель должен принимать во внимание, что если производство по делу о несостоятельности позднее все-таки будет возбуждено, то такие «добровольные» платежи могут быть оспорены управляющим или другим кредитором.

<sup>223</sup> См.: *Kuhn, Uhlenbruck*, KO абз. 6b и посл.; *Kübler, Prütting, Pape*, § 14 абз. 11.

<sup>224</sup> См.: *Uhlenbruck*, *Die anwaltliche Beratung bei Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsantrag*, 2. Aufl. 1996, С. 41 и посл..

В признании наличия правового интереса должно быть отказано, «если заявитель в состоянии получить задолженность более простым и доступным образом».<sup>225</sup> Например, не допускается принятие заявлений (привилегированных) кредиторов, по требованиям которых должником предоставлено вещное обеспечение.

Другим примером недопустимого заявления со стороны лица, не обладающего правовым интересом в возбуждении производства, является инициирование процедур несостоятельности конкурентами в целях вытеснения должника с рынка.<sup>226</sup> Данное обстоятельство весьма актуально сегодня для отечественного института несостоятельности, который уже успел получить название нового способа передела собственности. Отметим здесь следующее обстоятельство.

Использование процедур несостоятельности при конкурентной борьбе участников делового оборота полностью исключить нельзя по той причине, что отсутствуют однозначные объективные критерии для такой оценки. Очень часто конкуренты стремятся если не удалить должника с рынка, то, как минимум, получить определенную информацию, например, о применяемых им технологиях, о техническом персонале, посредством предъявления права на ознакомление с материалами дела либо при контактах с управляющим, выдавая себя за инвесторов. Эффективность борьбы с такими действиями, находящимися в «серой», неурегулированной правом зоне, зависит во многом опять же от деятельности суда. Бесспорным является положение о том, что правом на ознакомление с подготовительными материалами до возбуждения производства по делу о несостоятельности имеет заявитель-кредитор, но не остальные кредиторы. Подача же заявлений о признании должника-конкурента несостоятельным пресекается как в Германии, так и в России с указанием на злоупотребление правом, шикана (ст. 10 ГК).

Нельзя обойти вопрос о размере задолженности должника, признаваемой достаточной для возбуждения производства. Российский законодатель в Законах о несостоятельности установил твердый размер задолженности – в Законе от 8 января 1998 г. 500 МРОТ (для юридических лиц по общему правилу, ч. 2 ст. 5), в Законе от 26 октября 2002 г. - 100 000 рублей (ч. 2 ст. 6).

В Германии от такого категоричного варианта было решено отказаться: спектр должников настолько разнообразен, что установление для них одной генеральной «ватерлинии» несостоятельности попросту невозможно. Размер задолженности является не основанием для возбуждения производства по делу о несостоятельности, а лишь одним из

<sup>225</sup> См. OLG Frankfurt MDR 1972, 235.

<sup>226</sup> См. OLG Frankfurt ZIP 1984, 195.

средств установления неплатежеспособности должника (об этом см. выше). При четко установленном размере задолженности крупное предприятие при временной задержке платежей может быть подвергнуто угрозе процедур несостоятельности, а малое предприятие, наоборот, в состоянии уклониться от них, не превышая размер своей задолженности выше заданного минимума.

Аналогичной ситуация представляется и со стороны кредитора. Отдельная сумма требований кредитора может не достигать установленной законом размера, но оттого не быть менее существенной и значимой для кредитора. Например, Хесс пишет о том, что даже задолженность перед работником, равная 1 500 немецких марок, ни коим образом не позволяет говорить о том, что этот работник не обладает правовым интересом, необходимым для обращения с заявлением о признании должника несостоятельным. Федеральный Верховный Суд Германии по конкретному делу подтвердил данную позицию, указав, что «интерес в правовой защите не может быть поставлен в зависимость от размера требования, поскольку даже кредиторы с небольшими требованиями не могут быть исключены от эффективных исполнительных действий». Интерес в правовой защите нельзя отрицать и в случае замены лежащего в основе заявления требования кредитора.

Другой, актуальный сегодня для института несостоятельности вопрос: обязан ли кредитор до обращения в суд с заявлением о признании должника несостоятельным использовать возможности по взысканию задолженности в рамках исполнительного производства.

В Российской Федерации в период действия Закона о несостоятельности от 8 января 1998 года данный вопрос не был прямо урегулирован, в связи с чем ответ на него был дан в актах Высшего Арбитражного Суда РФ по обобщению и руководству судебной практикой, а именно в пункте 3 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 43 от 6 августа 1999 г. «Вопросы применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в судебной практике», где было указано, что «кредитор обязан изложить в заявлении сведения о том, не были ли произведены взыскания по исполнительным документам в порядке, установленном Федеральным законом «Об исполнительном производстве», вместе с указанием подтверждающих их доказательств. Несоблюдение кредитором этой обязанности может быть признано основанием для возврата его заявления арбитражным судом».

В новом, ныне действующем Федеральном Законе «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. в качестве условия возбуждения производства было закреплено следующее правило: «Право на обращение в арбитражный суд возникает у

конкурсного кредитора, уполномоченного органа по денежным обязательствам по истечении тридцати дней с даты направления (предъявления к исполнению) исполнительного документа в службу судебных приставов и его копии должнику» (ч. 2 ст. 7).

В Германии же, повторимся, производство по делу о несостоятельности является видом исполнительного производства, то есть исключительной, но, тем не менее, альтернативной формой взыскания задолженности. Поэтому при неиспользовании заявителем процедур исполнительного производства в целях принуждения должника к выполнению обязательств суд не вправе вернуть заявление такого кредитора как недопустимое.<sup>227</sup>

В параграфе 16 Положения Германии о несостоятельности указано: «Возбуждение производства по делу о несостоятельности предполагает, что имеется основание для его возбуждения». Данное, казалось бы, само собой разумеющееся положение является во многом определяющим для цели и порядка процедуры возбуждения производства.

Здесь необходимо акцентировать внимание на ряде обстоятельств. Прежде всего, данная процедура возбуждения производства имеет скоротечный характер (*Eilverfahren*), она не может продолжаться бесконечно долго, в особенности, с учетом интересов бизнеса должника, в отношении которого подано заявление, и интересов сообщества кредиторов (момент возбуждения производства необходим для определения периода, в течение которого могут быть оспорены сделки должника). Далее возникает следующая ситуация: с одной стороны, заявителем в основу заявления могут быть приведены нетитулированные требования, то есть неподтвержденные в результате рассмотрения правового спора в суде, но суд по делу о несостоятельности не уполномочен рассматривать представленное в основу заявления требование по существу, он оценивает его в рамках установления наличия основания для возбуждения производства (неплатежеспособности, ее угрозы или сверхзадолженности). В обратном случае он возвратит заявление с указанием на то, что для рассмотрения имущественного спора предусмотрен общий, исковой, порядок обращения в суд. С другой стороны, при разрешении заявления о признании должника несостоятельным суд так или иначе оценивает требование кредитора, представленное в качестве подтверждения наличия основания для возбуждения производства. В таких условиях, как отмечают в литературе, на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности возникает другое квази-судебное производство, когда заявитель (кредитор) обосновывает предъявленное им требование и тем самым наличие основания для возбуждения

<sup>227</sup> См. в: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 4 III абз. 7.

производства по делу о несостоятельности, а должник здесь в качестве квази-ответчика вправе опровергать такое требование, представляя встречные доказательства.<sup>228</sup> Тем не менее, должник обладает меньшими возможностями по оспариванию на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности титулированных требований. По общему правилу в отношении таких требований он должен подать жалобу на соответствующий юрисдикционный акт в общем порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством.

Если заявление подано от нескольких кредиторов, то проверке подлежит каждое заявление. Объединение заявлений в одно недопустимо, отдельно проводится и определение размера судебной пошлины. Только в случае возбуждения производства осуществляется объединение требований в рамках единого реестра кредиторов. «Сообщество терпящих убытки» возникает только после возбуждения производства.

Рассмотрим вопрос об ответственности кредитора за подачу необоснованного заявления о признании должника несостоятельным. Речь идет о случаях, когда в результате проверки требований кредитора и анализа управляющим имущественного состояния должника выяснится, что основание для возбуждения производства отсутствует. Согласно позиции Федерального Верховного Суда Германии это не нарушает права должника на ведение своей предпринимательской деятельности, что предусмотрено параграфом 823 I ГК Германии в качестве условия требования о возмещении причиненного ущерба.<sup>229</sup> В данном случае за кредитором признается право на некоторую ошибку, однако здесь необходимо принимать все обстоятельства, которые могут иметь значение для оценки, прежде всего, возможность злоупотребления правом.

Ответственность заявителя в случае подачи заявления от имени должника одним из его участников или членов представительного органа не исключается. Так, например, если руководитель общества с ограниченной ответственностью обратился с заявлением о признании должника несостоятельным без созыва собрания общества и тем самым была упущена возможность проведения реабилитационных мероприятий, то общество может предъявить к руководителю требование о возмещении вреда (§ 43 III Закона Германии об обществах с ограниченной ответственностью). Аналогичные положения предусмотрены Законом Германии об акционерных обществах.

Последний рассматриваемый здесь вопрос – это право заявителя на отзыв заявления о признании должника несостоятельным. Подача заявления о признании должника

<sup>228</sup> Менее сложной процедура является в случае обращения самого должника с заявлением о признании его несостоятельным. Об этом см. далее.

<sup>229</sup> См. *BGHZ* 36, 18; *BGHZ* 74, 9.

несостоятельным (ее угроза) зачастую является тактическим средством давления кредитора на должника, принуждения его к выполнению своих денежных обязательств. Нельзя исключать возможность отзыва заявления и в случае разработки, например, реабилитационного проекта. Поэтому в Положении Германии о несостоятельности были прямо определены временные границы права заявителя (как должника, так и кредитора) на отзыв своего заявления: «заявление может быть отозвано до возбуждения производства по делу о несостоятельности» (§ 13 II ПоН).

Заявление как процессуальное действие может быть отозвано заявителем путем одностороннего заявления. Отзыв в свою очередь также является процессуальным действием, а потому он не может быть ни условным, ни срочным.<sup>230</sup>

Возбуждение производства по делу о несостоятельности предполагает в данном случае вступление в силу постановления о возбуждении производства (Eröffnungsbeschluss, см. § 27 ПоН).<sup>231</sup> Как было указано Верховным Судом земли Рейнланд-Пфальц в одном из своих решений, такое постановление вступает в силу в момент, «когда он становится известным деловому обороту или каким-либо иным третьим лицам, и тем самым данное постановление не представляет собой более внутреннего дела суда».<sup>232</sup> Отзыв заявления, произведенный после данного момента, не влечет юридических последствий, в этом случае заявитель обладает только правом обжалования уже вынесенного судебного акта.

При возврате заявления судом на основании недостаточности имущественной массы должника для покрытия процессуальных расходов заявитель имеет право на отзыв своего заявления до более позднего момента, а именно до формального вступления судебного акта в силу вне зависимости от его известности деловому обороту. Правда, практически очень трудно определить различие между данными моментами. В случае отзыва заявления постановление суда о возврате заявления не влечет никаких последствий, для его отмены не требуется и специального акта суда.<sup>233</sup> Лишь в случае наличия правового интереса заявителя в формальном подтверждении недействительности судебного акта о возврате заявления, он вправе подать соответствующее ходатайство.

Острым является вопрос о том, вправе ли отозвать заявление другое нежели заявитель лицо, например, другой член представительного органа, другой участник либо другой ликвидатор. И в практике, и в научной литературе указывается, что правом на отзыв

<sup>230</sup> См.: *Kuhn, Uhlenbruck*, KO, § 103 абз.3.

<sup>231</sup> См. *OLG Köln*, ZIP 1993, С. 936.

<sup>232</sup> См. *OLG Köln*, KTS 1958, С. 13.

<sup>233</sup> См. *OLG Köln*, ZIP 1993, С. 936.

обладает только то лицо, которое фактически подало заявление о признании должника несостоятельным. Деятельность суда и других участников производства, ее действительность не могут постоянным образом зависеть от возможной многократной подачи и столь же многократного отзыва заявления различными представителями должника. В первую очередь, здесь учитывается ценность стабильности делового оборота.<sup>234</sup>

Допустимым, правда, считается отзыв заявления, поданного одним из участников должника, если о таком отзыве будет заявлено ходатайство всеми участниками, в том числе и заявителем.<sup>235</sup>

Особым случаем является ситуация, когда заявитель, например, руководитель должника, был отстранен от занимаемой должности общим собранием должника. По мнению *Уленбрука*, это не влечет недействительности поданного таким руководителем заявления о признании должника несостоятельным, однако правом на отзыв заявления будет обладать новый руководитель, поскольку прежний руководитель с отстранением от должности утратил такое право.<sup>236</sup> «Лишь таким образом общество может противостоять заявлениям руководителей, поданным во вред должнику».<sup>237</sup>

Вне зависимости от результата процедуры возбуждения производства по делу о несостоятельности — возбуждении производства либо отказа в нем на основании недопустимости заявления, или необоснованности заявления, либо недостаточности имущественной массы — суд должен разрешить вопрос о процессуальных расходах. В случае отзыва заявления расходы, возникшие на стадии возбуждения производства по делу о несостоятельности, относятся на сторону заявителя (§ 4 ПоН, § 269 III 2 ГПУ Германии).

Поскольку стадия возбуждения производства по делу о несостоятельности построена в форме квази-судебного процесса, его проведение невозможно без участия обеих сторон, а именно заявителя и должника. Право должника (ответчика) знать о поданном в отношении него заявлении, право быть выслушанным перед судом признано в Германии конституционным (ст. 101 Основного Закона). Именно поэтому при поступлении в суд заявления кредитора его копия, в первую очередь, направляется должнику, при этом по возможности он ставится в известность при помощи коммуникационных средств (факса, телефона и другие).

<sup>234</sup> См. *LG Dortmund*, ZIP 1985, С. 1341.

<sup>235</sup> См., например: *Kuhn, Uhlenbruck*, KO, § 103 абз. 3; *Uhlenbruck, GmbHR* 1995, С. 195, 196.

<sup>236</sup> См.: *Uhlenbruck*, WPrax 1995, С. 218 и посл.

<sup>237</sup> См.: *Uhlenbruck*, там же, С. 219.

Особое правило предусмотрено в отношении случаев, когда должник находится за границей и в связи с этим его заслушивание чрезмерно бы затянуло производство либо когда место жительства (нахождения) должника неизвестно. Здесь допускается отказ от заслушивания непосредственно должника. Однако заслушивается в этом случае его представитель или родственник (см. § 10 ПоН).

При принятии заявления суд обязан проверить (von Amts wegen) и соблюдение правил подсудности (о них см. выше). В заявлении лица, обращающегося в суд, обязательно должно быть указано место жительства (нахождения) должника, поскольку только на основании этого можно сделать вывод о подсудности данного дела конкретному суду.

Основные проблемы на практике, связанные с вопросами подсудности, касаются, прежде всего, случаев, когда место жительства (нахождения) должника неизвестно, а также случаев изменения должником места своего жительства (нахождения).

Подсудность определяется на момент подачи заявления. Исходя из этого, при определении подсудности сопоставляются момент изменения места жительства (нахождения) и момент подачи заявления. Если должник сменил место жительства (нахождения) до обращения заявителя, то суд должен отказать в принятии заявления и указать заявителю на возможность обращения с ходатайством о передаче дела в компетентный суд. Передача заявления судом по собственной инициативе не допускается. В случае отказа заявителя от обращения с соответствующим заявлением, его заявление возвращается. Изменение же места жительства (нахождения) после обращения заявителя не изменяет подсудности дела о несостоятельности данного должника.

Должник вправе оспорить подсудность дела о его несостоятельности конкретном участковому суду, однако он вправе это сделать только вместе с обжалованием постановления о возбуждении производства по делу о несостоятельности. Лишь принятия судом заявления недостаточно возможности оспаривания подсудности.<sup>238</sup>

Возбуждение производства по делу о несостоятельности как ускоренная процедура в сильной мере предполагает процессуальную экономичность, и совершаемых действий, и предъявляемых к ним требований. Такая процедура должна быть упрощенной до естественности, но одновременно гарантирующей обязательный формализованный стандарт (прежде всего, уведомление должника и его право на представление своей позиции по поданному заявлению). На стадии возбуждения можно выделить два этапа, где господствуют два различных принципа гражданского процесса, принцип состязательности и принцип следствия, которые, однако, порой тесно переплетаются, меняя лишь «пропорции

<sup>238</sup> См. *OLG Celle, Beschl. v. 24.01.2001 - 2 W 124/00, ZIP 2001, 468-472.*

своего господства». Именно на заявителя ложится обязанность при обращении подтвердить все факты, необходимые для признания заявления допустимым, для его принятия (правовой интерес, наличие требования и основания). С момента признания заявления допустимого уже суд в силу положений закона (§ 5 I ПоН) обязан установить все обстоятельства, имеющие значение для дела. Тем не менее, и здесь стороны, заявитель и должник, не остаются пассивными участниками работы суда. Должник вправе оспорить наличие и основания, и (или) требования кредитора, его правовой интерес, в распоряжении же кредитора в свою очередь предоставлены все средства гражданского процесса, которые предусмотрены для обоснования предъявляемых требований.

*бб) особенности рассмотрения заявления должника.* Подача заявления должником о признании его несостоятельным обладает рядом существенных особенностей. Как подчеркивалось в первой главе, данный признак является одним из основных, которые отличают производство по делу о несостоятельности от исполнительного производства.

В распоряжение должника было предоставлено дополнительное основание, дающее ему возможность обращения в суд, а именно угроза наступления неплатежеспособности. Однако в случае указания в заявлении данного основания судья должен проверить, не присутствует ли фактически другое основание, неплатежеспособность или сверхзадолженность, которое не было указано с целью уклонения заявителя от ответственности за нарушение обязанности по подаче заявления о признании должника несостоятельным.

Особое значение имеет и то обстоятельство, что законодатель в рамках Положения о несостоятельности попытался создать также конструкцию для реабилитационных мероприятий. В параграфе 1 Положения в качестве цели было закреплено и сохранение бизнеса должника, правда, если, в конечном счете, это будет служить большей квоте удовлетворения требований кредиторов. Реабилитационные новеллы Положения Германии о несостоятельности имеют в своей основе во многом имеют американские корни. Ориентируясь на американскую модель, законодателем Германии был определен и порядок возбуждения производства по делу о несостоятельности в случае обращения с соответствующим заявлением должником, а именно в сторону его облегчения и стимулирования должников к использованию процедур несостоятельности.

По общему правилу никто не загоняет себя в путы несостоятельности без достаточных к тому оснований, поэтому для возбуждения производства в таких случаях предъявляются меньшие требования. В случае обращения должника в суд с заявлением о признании его

несостоятельным подтверждением наличия оснований для возбуждения производства не требуется, если только заявление не было подано лишь одним из членов представительного органа должника, его участников либо ликвидаторов.

Презумпция наличия основания при обращении самим должником не означает, однако, что для возбуждения производства достаточно лишь соответствующего ходатайства и подписи заявителя. Отсутствие обязанности по обоснованию основания для возбуждения еще не предполагает, что производство возбуждается без всякого основания, а для установления последнего судом опять же должна быть проведена соответствующая процедура (истребование дополнительных материалов, назначение эксперта<sup>239</sup> и прочее) для того, чтобы убедиться в наличии такого основания.

Кроме этого, в свете положений § 20 ПоН, который предусматривает, что должник обязан предоставить суду по делам о несостоятельности сведения, необходимые для принятия постановления заявлению о признании его несостоятельным, целесообразно, чтобы уже в своем заявлении должником были указаны данные, необходимые для решения вопроса о возбуждении производства: обзор имущественной массы, обязательств перед конкурсными и вещными кредиторами, перечень кредиторов должника.

Заявление должника о признании его несостоятельным часто подается вместе с ходатайством о самоуправлении должника, то есть с сохранением за ним полномочий по управлению и распоряжению имуществом (*Eigenverwaltung*). Удовлетворение таких ходатайств должно производиться лишь в исключительных случаях и после получения мнения сообщества кредиторов (по этой причине удовлетворение ходатайства одновременно с возбуждением производства затруднительно, так как сообщество кредиторов на стадии возбуждения еще не сформировано). Условием является полная убежденность суда в том, что самоуправление не будет использовано должником для затягивания производства и ущемления интересов кредиторов.

При подаче заявления должник – предприниматель либо должник – гражданин должны подтвердить свой статус и указать процедуру несостоятельности, проведение которой они истребуют.<sup>240</sup>

Если заявление подано не всеми членами представительного органа, не всеми участниками, несущими полную имущественную ответственность, или не всеми ликвидаторами, оно признается допустимым, если возбуждение производства обосновано.

<sup>239</sup> В отличие от России в Германии производится назначение эксперта, а не экспертизы.

<sup>240</sup> О вопросе, является ли указание верной процедуры несостоятельности условием для принятия заявления, см. выше.

Суд по делам о несостоятельности заслушивает в такой ситуации остальных членов представительного органа, участников или ликвидаторов.

Здесь порядок подтверждения наличия основания для возбуждения производства не отличается в целом от аналогичного порядка в случае подачи заявления кредитором, может быть только с тем отличием, что в данном квази-процессе в качестве сторон участвуют заявитель и другие члены представительного органа, участники либо ликвидаторы.

Возможна также ситуация, когда заявление подается так называемым фактическим руководителем должника (*faktischer Geschaeftsfuehrer*), право на обращение с заявлением о признании должника несостоятельным было признано высшими судебными инстанциями Германии.<sup>241</sup> Однако заявитель должен подтвердить, что именно им принимаются меры, имеющие важнейшее экономическое значение для должника.

Большое значение на практике имеет вопрос о достаточности имущества должника заявителя для покрытия процессуальных расходов производства по делу о несостоятельности и необходимости внесения задатка должником, с одной стороны, и о возможности предоставления помощи (освобождения) в несении обязанности по возмещению таких расходов (*Prozesskostenhilfe*).

Недостаточность имущества для покрытия процессуальных расходов является общим основанием для возврата заявления, предусмотренным параграфом 26 Положения (подробнее об этом см. в следующем параграфе работы). Поэтому требование суда о внесении должником задатка косвенно означает разрешение данного основания возврата. Однако невнесение задатка должником не может как следствие вести автоматический возврат заявления. В данной ситуации суд должен предоставить возможность внесения задатка одним из установленных кредиторов должника либо другим третьим лицом. Здесь снова мы видим, как законодатель различными средствами пытается снизить количество безимущественных производств.

Однако, если должник все-таки не обладает достаточным имуществом, вправе ли он ходатайствовать об освобождении его от обязанности по возмещению процессуальных расходов либо их уменьшения. Особенно актуальным этот вопрос является для физических лиц, процедуры несостоятельности для которых чаще всего недоступны по указанной причине.

Особенно спорными оказались так называемые «нулевые планы»: для инициирования процедуры освобождения от долгов граждан должен подтвердить попытку урегулирования с кредиторами порядка погашения долгов, здесь он вправе предложить

<sup>241</sup> См. *BGHZ* 104, 44; *BGH ZIP* 1988, 771.

собственный план погашения обязательств, поэтому не исключен вариант, когда должник, обладающий лишь обязательствами, в рамках своего плана предлагает кредиторам, что погашение долгов им производиться не будет. В литературе была представлена позиция, что такие планы не являются процедурами потребительского банкротства, поэтому они не должны признаваться.<sup>242</sup> Однако согласно точке зрения, представляющейся более верной, Положение о несостоятельности в рамках названной конструкции предусматривает, прежде всего, серьезность и обоснованность попытки должника по урегулированию с кредиторами порядка погашения долгов. Отказывать в их признании лишь по той причине, что они ведут к увеличению нагрузки судов, нельзя.<sup>243</sup>

Следует отметить, что судебная практика по данному вопросу различается самым большим образом: от категоричного отказа до удовлетворения соответствующих ходатайств. В результате дискуссий был принят компромиссный вариант: законодательными органами Германии 26 октября 2001 года был принят Закон о внесении изменений и дополнений в Положение о несостоятельности, которое в параграфе 4а в настоящее время предусматривает возможность предоставления отсрочки и рассрочки уплаты процессуальных расходов.

### **§ 5. Завершение процедуры возбуждения дела о несостоятельности.**

При анализе стадии обоснования кредитором основания для возбуждения производства и предъявляемых для этого требований мы отмечали, что для допуска соответствующего заявления достаточно лишь преобладающей вероятности в их наличии (*überwiegend wahrscheinlich*). Эта стадия, когда заявитель в рамках квази-судебной процедуры убеждает суд в наличии требований, для чего вправе использовать все средства доказывания, предусмотренные гражданским процессом. Здесь большую роль имеет состязательное и диспозитивное начало. Однако с допуском заявления характер деятельности суда резко меняется. Теперь уже на него возлагается обязанность по установлению всех обстоятельств, имеющих значение для (см. § 5 ПоН). Прежде всего, это касается оснований для возбуждения производства по делу. Здесь должна присутствовать уже полная убежденность суда в наличии такого основания.

Иными словами, мы видим здесь резко отличающиеся друг от друга стадии: первая завершается принятием заявления, вторая – возбуждением собственно производства по делу

<sup>242</sup> См., в частности, *Arnold, DGVZ* 1996, 129 и посл.

<sup>243</sup> См. в: *Gottwald, Gerhardt, Указ. Соч.*, § 82 III.

о несостоятельности. Такой порядок стал присущ и современному отечественному институту несостоятельности, который был установлен даже не новым Законом о несостоятельности, а Постановлением Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г.,<sup>244</sup> где судом были признаны неконституционными положения ст. 56 Закона о несостоятельности, поскольку они позволяли «вводить наблюдение на основании заявления о признании должника банкротом без предоставления должнику возможности своевременно заявить свои возражения...» и не предусматривали «...право должника обжаловать определение о принятии заявления о признании должника банкротом, которым в отношении него вводится наблюдение». В настоящее время проводится четкое разграничение между понятиями и соответственно моментом принятия заявления о признании должника несостоятельным и введения наблюдения как процедуры несостоятельности.<sup>245</sup> Наблюдение может быть введено только при рассмотрении обоснованности требований заявителя к должнику, для определения которой судом от заявителя могут быть истребованы дополнительные документы, а должнику обязательно должна быть предоставлена возможность оспаривания предъявленных требований. С этой целью новым Законом о несостоятельности установлены императивные сроки проведения судебного заседания по проверке обоснованности требований заявителя: не менее чем через 15 дней и не более чем через 30 дней с даты вынесения определения о принятии заявления о признании должника несостоятельным.

Следственный характер производства в судах Германии характерен не только для дел о несостоятельности, но также и для, например, семейно-правовых споров, дел об установлении отцовства или лишении родительских прав. Особенность дел о несостоятельности заключается в том, что значительная доля обязанностей суда приходится именно на стадию возбуждения производства по делу, а не само производство.

Обязанности суда касаются, с одной стороны, установления основания для возбуждения производства, а, с другой стороны, определения возможности покрытия

---

<sup>244</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12.03.01 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 АПК РФ в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц».

<sup>245</sup> См. также *Витрянский В.В.* Новое в правовом регулировании несостоятельности (банкротства) // *Хозяйство и право*, 2003, №1, С. 7.

процессуальных расходов. Основой для оценки и последующих действий суда всегда служат данные, представленные в заявлении обратившегося лица. Объем предпринимаемых судом здесь действий зависит от каждого конкретного случая и оставлен на усмотрение самого суда.<sup>246</sup> Однако в любом случае обязательными (в силу конституционных прав, указания в Положении о несостоятельности и вследствие объективной необходимости) являются следующие действия: уведомление должника о поданном заявлении, предоставление ему возможности представить свою позицию (об этом см. выше), назначение эксперта или временного управляющего для установления наличия основания возбуждения и достаточности имущества должника для покрытия процессуальных расходов (временного управляющего также в качестве меры обеспечения).

Деятельность суда более активна и тщательна там, где заявитель требует скорейшего разрешения заявления, где должник проявляет меньшую готовность к сотрудничеству и предоставлению необходимой информации. Молчание должника не означает ни признания, ни оспаривания наличия основания для возбуждения производства,<sup>247</sup> это налагает лишь обязанность на суд по предпринятию дополнительных мер для установления значимых для дела обстоятельств. С этой целью суд вправе, например, истребовать документы, запросить справки, допросить свидетелей, заслушать кредиторов и должника.

Особенно эффективным средством является назначение эксперта. Чаще всего в качестве эксперта назначается предполагаемый в будущем управляющий по данному делу. Кроме этого, на эксперта могут быть возложены функции временного управляющего, прежде всего, по обеспечению сохранности имущественного комплекса должника.

Поскольку вопрос об арбитражных управляющих стал одной из основных новелл нового Закона РФ о несостоятельности 2002 года, в результате чего, в частности, возникла дискуссия о целесообразности такой жесткой формы регламентации деятельности управляющих как саморегулируемые организации, мы полагаем, что необходимо ознакомиться с германской концепцией роли и статуса арбитражных управляющих.

Фигура арбитражного управляющего является ключевой для надлежащего проведения процедур несостоятельности, достижения поставленных перед ними целей - в конечном итоге, восстановления платежеспособности должника и удовлетворения требований кредиторов.

<sup>246</sup> *AG Duisburg*, Rpfleger 1994, 268.

<sup>247</sup> См. в: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 12 абз. 36; *BGH KTS* 1957, 12; *LG Köln KTS* 1960, 247.

С одной стороны, арбитражный управляющий должен быть самостоятельным лицом, поскольку он ведет предпринимательскую деятельность, с другой стороны, процедуры несостоятельности являются настолько чувствительным, экономически и социально значимым явлением, что здесь нельзя отказаться от надзорных функций: либо со стороны государственных органов, либо со стороны самоуправляемых организаций. Поиск баланса при этом чрезвычайно важен.

*Г. Пана* пишет, что «фигура конкурсного управляющего постоянно вызывает жаркие дискуссии относительно того, в каком качестве его рассматривать: как представителя должника; юридически самостоятельного представителя конкурсной массы; наконец, как должностное лицо, представляющее публичную власть согласно ее распоряжению».<sup>248</sup> *Эрнст Ягер*, рассматривая вопрос о цели и сути конкурсного производства, в 1932 году писал, что «не как должностное лицо, не как инструмент суда и не как самостоятельное лицо, а как управляющий имуществом без государственной власти конкурсный управляющий должен собрать имущество, управлять им, сформировать конкурсную массу и распределить ее».<sup>249</sup>

Данная точка зрения является преобладающей в споре о статусе конкурсных управляющих, который ведется вот уже много лет среди ученых. Указанная теория получила название «служебной» («Amtstheorie»): конкурсный управляющий есть служебный доверительный управляющий, который и в материальном, и в процессуальном смысле действует от собственного имени, однако действует в пользу и в обременение конкурсной массы. Другая теория – «новая теория представителя» («neue Vertretertheorie»), которая рассматривает конкурсного управляющего как законного представителя должника в рамках процессуальной цели, то есть как обязательный внешний ликвидатор юридических лиц и законный представитель физических лиц - со вступлением 1 января 1999 года Положения Германии о несостоятельности в силу потерпела поражение.

Правда, признается: многие специалисты настолько увлеклись теоретическими изысканиями, что сейчас и первая теория не может быть признана полностью соответствующей действующему правовому акту. Все сходятся в одном: конкурсный управляющий – это сторона в силу ее служебных функций, он не представляет ни должника, ни кредиторов, его легитимность исходит не их прав других субъектов, а из

<sup>248</sup> См.: *Пана Г.*, Институт несостоятельности Германии, С. 56.

<sup>249</sup> См.: *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, С. 10.

положений закона.<sup>250</sup> *Г. Пана* аналогичным образом подчеркивает, что «статус конкурсного управляющего требует того, чтобы, обладая необходимыми личными качествами, он не зависел ни от кредиторов, ни от должника и беспристрастно осуществлял свою деятельность».<sup>251</sup>

Тем не менее, идея самоуправления кредиторов в конкурсном производстве под надзором суда была сохранена и в действующем ныне Положении Германии о несостоятельности. Соответственно строятся полномочия и функции конкурсного управляющего. Более того, вся совокупность прав и обязанностей суда, кредиторов, управляющего и должника наталкивает на мысль о своеобразной системе сдержек и противовесов в институте несостоятельности.

Практически вся деятельность в качестве конкурсного управляющего регулируется параграфами Положения, касающихся отдельных стадий производства. Непосредственно конкурсному управляющему посвящены параграфы 56-60 Положения, регулирующие вопросы назначения, выбора, надзора за деятельностью, отзыва и ответственности управляющего. Вопросы вознаграждения конкурсного управляющего урегулированы параграфами 53, 54 Положения, Постановлением Федерального Министерства юстиции Германии о вознаграждении деятельности управляющих по делам о несостоятельности (InsVV),<sup>252</sup> Федеральным Положением о сборах, взимаемых адвокатами<sup>253</sup>.

Согласно § 56 I Положения «в качестве конкурсного управляющего должно быть назначено пригодное для конкретного дела, а именно, профессиональное и независимое от кредиторов и должника физическое лицо». Таким образом, в легальном определении немецкий законодатель сделал ставку не на принадлежность управляющих к конкретной профессиональной группе, а на обладание кандидатом на место управляющего определенными качествами. Иными словами, в случае конкурсного управляющего речь идет скорее не о профессии, а о функции. Таковую могут выполнять лица, получившие как юридическое (адвокаты), так и экономическое образование (бухгалтеры, аудиторы, консультанты по налоговым вопросам).

<sup>250</sup> Об этом см.: *Gottwald, Gerhardt*, Указ. Соч., § 22, абз. 20. Применительно к русскому и российскому праву об этом см. соответственно: *Шершеневич Г.Ф.*, Конкурсный процесс, С. 319-336, 309, *Телюкина М.В.*, Конкурсное право, С. 213-215 с иными ссылками.

<sup>251</sup> См.: *Пана Г.*, Указ. соч., С. 57.

<sup>252</sup> *Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung* от 19 августа 1998 года (BGBl. I С. 2205).

<sup>253</sup> *Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte* от 26 июля 1957 года (BGBl. I С. 907), в редакции от 31 августа 1998 года (BGBl. I С. 2600).

В 1977 году в рамках разработки нового закона о несостоятельности институтом им. *Макса Планка* (Гамбург) было проведено очень крупное социологическое и юридическое исследование вопросов, связанных с производством процедур несостоятельности в Федеративной Республике Германии,<sup>254</sup> среди прочего, особое внимание было обращено статусу конкурсных управляющих. Были рассмотрены вопросы о составе конкурсных управляющих, заявках кандидатов в качестве конкурсных управляющих (*Bewerbungen*), критериях выбора судьями среди конкурсных управляющих. Так, было установлено, что 65% конкурсных управляющих составляют адвокаты, 15% - консультанты по налоговым вопросам, 5% - аудиторы, 15% - лица иных профессий (юрисконсульты, бывшие помощники судей, бывшие служащие органов юстиции, коммерсанты, консультанты по экономическим вопросам).<sup>255</sup> 75% среди конкурсных управляющих обладают исключительно юридическим образованием. Самой многочисленной возрастной группой являются лица от 40 до 49 лет (30%), далее следуют лица: от 30 до 39 лет (27%), свыше 60 лет (24%),<sup>256</sup> от 50 до 59 лет (18%).

Однако рассмотрим подробнее требования, закрепленные в параграфе 56 Положения.

«Физическое лицо». До принятия окончательной редакции Положения в Германии долгое время велась дискуссия, может ли управляющим быть юридическое лицо (так называемое - «*Verwalter-GmbH*», дословно «ООО «Конкурсный управляющий»). От такого варианта было решено отказаться, деятельность управляющего носит сугубо личный характер, управляющий не может обладать правом на передачу своих полномочий, а потому им может являться только конкретное физическое лицо. Однако это не исключает возможности выдачи доверенностей на проведение отдельных действий по управлению и реализацией имущества.

В отличие от Конкурсного Устава 1877 года Положение не предусматривает возможности назначения по одному производству нескольких управляющих. В обосновании принятия Положения прямо было указано на то, что управляющий при

<sup>254</sup> Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, eine rechtssoziologische Untersuchung. – *Gessner, Rhode, Strate, Ziegert*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 1977.

<sup>255</sup> Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1977, С. 208.

<sup>256</sup> Столь высокий показатель конкурсных управляющих, возраст которых превышает 60 лет, объясняется тем, что зачастую данные функции выполняют ушедшие на пенсию служащие, занимавшиеся вопросами несостоятельности.

проведении крупных производств может использовать содействие помощников.<sup>257</sup> Именно на таком принципе и строятся крупные адвокатские бюро в Германии, занимающиеся исключительно делами о несостоятельности: от имени одного управляющего по различным производствам действуют адвокаты по доверенности управляющего, который лично несет ответственность за выполнение вверенных ему функций.

«**Пригодность для конкретного дела**». В данном случае требования к управляющему предъявляются в зависимости от предприятия должника, его размеров, отрасли экономики и тому подобных обстоятельств. Основной вопрос состоит в том, способен ли управляющий провести именно данное, конкретное производство. Тем самым, данное положение позволяет сделать вывод, что не каждый управляющий в состоянии провести любое производство.<sup>258</sup>

Не менее важным обстоятельством является то, что при получении заявления об открытии конкурсного производства возможности суда по соотнесению особенностей конкретного должника с необходимыми для надлежащего проведения данного производства требованиями к управляющими ограничены. Суд должен учитывать здесь вероятность усложнения производства и тем самым назначить такого управляющего, возможности которого позволили бы ему справиться с увеличением возлагаемых на него задач.<sup>259</sup>

«**Профессиональность**». Данный признак тесно связан с предыдущим, однако здесь можно выделить несколько особенностей. Как было указано выше, как таковой специальности управляющего не существует, кандидаты должны обладать в достаточной степени как юридическими, так и экономическими познаниями и навыками. Одного обозначения в качестве адвоката, специализирующегося в области несостоятельности недостаточно.<sup>260</sup> В подтверждение должно быть представлено получение соответствующего образования, опыт работы в области несостоятельности: работа в качестве эксперта, временного управляющего в других судах, управляющий может привести документы о его назначении, а также отчеты, из которых вытекают бы данные о размере должников, особенностях проведенных производств; может быть учтена и успешная продолжительная

---

<sup>257</sup> Обоснование § 65 Правительственного проекта Положения о несостоятельности, см.: § 65 RegE (BR-Drucks 1/92 127). Одновременно это предотвращает проблему разграничения компетенции между несколькими управляющими.

<sup>258</sup> См.: *Uhlenbruck*, KTS 1998, 1.

<sup>259</sup> См.: *Vallender*, DZWIR 1999, 265.

<sup>260</sup> См.: *Graeber*, Die Wahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung nach § 57 InsO, ZIP 2000, 34, 1468.

работа при управляющем, которая была тесно связана с вопросами несостоятельности. В качестве важного дополнения суду, оценивающему профессиональность управляющего, может быть сообщена информация о бюро управляющего, его составе и размере.

«Независимость». Способность управляющего надлежащим образом провести конкурсное производство зависит от беспристрастного по отношению к участникам осуществления им своих полномочий. Для этого должен быть предотвращен так называемый «конфликт интересов» управляющего. Управляющий не может быть близким лицом должника (по смыслу § 41 Устава гражданского судопроизводства Германии, ZPO),<sup>261</sup> кредитором, его представителем, участником юридического лица-участника производства, работником должника. В частности, управляющий по производству в отношении одного должника не может быть назначен в производстве в отношении другого должника, если интересы должников противоречат друг другу. Вопрос о независимости по отношению к кредиторам представляется целесообразным осветить несколько позднее, при анализе последующего назначения управляющего собранием кредиторов.

При всем этом удивительно, что законодатель Германии для определения процедуры назначения управляющих ограничился лишь приведенными общими признаками, оставив ключевые вопросы на судебное усмотрение. Это привело к дискуссии по данному вопросу в литературе, на практике, а, в конечном счете, к решению Федерального Конституционного Суда Германии от 23 июля 2001 года «О назначении управляющих».<sup>262</sup>

Основанием к принятию Федеральным Конституционным Судом Германии (далее – ФКС Германии) указанного решения послужила конституционная жалоба конкурсного управляющего в отношении двух судебных актов, а именно решения Верховного Суда земли Рейнланд-Пфальц (г. Кобленц) от 16 декабря 1999 года и письма судьи участкового суда г. Альзей от 27 октября 1999 года.

Как было установлено в ФКС Германии, адвокат *д-р Бинц (Dr. Binz)* обратился в суд по делам о несостоятельности г. Альзей с просьбой об учете его персоны в будущем при назначении конкурсных управляющих. На данную просьбу им было получено следующее письмо судьи названного суда, извлечение из которого для полного освещения рассматриваемой темы, представляется необходимым привести здесь: «... Как Вам известно, я уже несколько лет успешно сотрудничаю с двумя адвокатами. Работа этих адвокатов до сих пор не дала мне ни одного повода обратиться к поиску других

<sup>261</sup> См.: *Smid, InsO*, § 56, абз. 9.

<sup>262</sup> *BVerfGE* от 23.07.2001, Az: 22-08-070-02/01-R3, см., например, в: <http://www.dstv.de/dstveingaben/r2001-07-23-3.pdf>

управляющих. Как Вам уже, несомненно, известно, после вступления в силу нового закона о несостоятельности заявки о допуске в качестве управляющих подало огромное количество лиц. У участкового суда г. Алзей потребности в большем числе управляющих, чем в том, которое к настоящему времени присутствует, нет. Кроме этого, сотрудничество между Вами и помощницей судьи в единственном конкурсном производстве, в котором я назначил Вас по предложению *д-ра Блерша* в 1994 году, привело к недовольству со стороны названной помощницы. Поскольку после возбуждения производства она должна проделать всю работу, представляется очень важным, чтобы она сотрудничала с теми лицами, которые заслуживают ее доверия в качестве специалистов в области несостоятельности ...» (перевод здесь и далее— С.Т.).

Жалоба управляющего, которая была подана в Верховный Суд земли Рейнланд-Пфальц, была признана недопустимой на том основании, что в данном случае письмо суда не представляет собой «урегулирования отдельных вопросов» (по смыслу § 23 абз. 1 Закона Германии о введении в действие Закона о судоустройстве, EGGVG), а является лишь сообщением судьи о его намерениях, не являющимся обязательным ни для самого судьи, ни для других судей, а потому не может нарушить чьи-либо права. Кроме этого, назначение управляющего является не административным актом по смыслу § 23 и посл. Закона Германии о введении в действие Закона о судоустройстве, EGGVG, а актом, производимым согласно закону по судебном усмотрению, то есть решению. При формальном отклонении жалобы материальные вопросы назначения управляющих рассмотрены не были.

В связи с отказом управляющим была подана конституционная жалоба. ФКС Германии в отличие от Верховного Суда земли Рейнланд-Пфальц исходил из следующего. Параграф 23 Закона Германии о введении в действие Закона о судоустройстве, EGGVG, допускает проверку акта органа юстиции по урегулированию вопроса, который способен нарушить права заинтересованных лиц. Таким органом юстиции может быть и суд, если его деятельность носит здесь служебный характер и не является правосудием, для которого предусмотрен специальный порядок обжалования.

В данном случае письмо судьи не является актом правосудия, принимаемым по судебному усмотрению и связанному с разрешением конкретного дела, поскольку речь не шла о назначении управляющего по конкретному делу. Не является оно и временной мерой для принятия судебного решения по выбору управляющего, так как опять вопрос стоял лишь о включении управляющего в так называемый «список управляющих», то общей возможности учета его персоны.

ФКС Германии указал на то, что подобный акт может нарушить права заинтересованных лиц: «... судья прямо сообщил заявителю, что в ближайшем будущем при сложившихся обстоятельствах не намерен назначать его в качестве управляющего ... по крайней мере, до тех пор, пока не будет доверительного сотрудничества с помощницей судьи, и не изменится количество управляющих в судебном округе. ... заявителю было отказано во включении в круг потенциальных управляющих».<sup>263</sup> Таким образом, жалоба была признана допустимой, что означало возможность рассмотрения ее обоснованности.

В основе конституционной жалобы лежало требование о признании нарушения основных прав управляющего, а именно свободы профессии (ст. 12 абз. 1 Основного Закона Германии) и права на равенство (ст. 3 абз. 1 Основного Закона Германии).<sup>264</sup>

Как было приведено в решении,<sup>265</sup> «в случае арбитражного управления речь идет о направленной на долгосрочный характер, не являющейся временной, служащей созданию и поддержанию жизненных основ, не запрещенной и экономически целесообразной деятельности». Такую деятельность осуществляют как управляющие, которые специализируются исключительно на несостоятельности, так и адвокаты, налоговые консультанты или аудиторы, для которых она носит факультативный характер.

Исходным вопросом при назначении управляющего является характер акта суда: является ли это публичным актом, служащим, в первую очередь, государственным интересом, либо актом в интересах отдельных участников, на которое управляющие не могут притязать – соответственно, связан или нет суд основными конституционными правами при назначении. Вопреки мнению, что управляющий является «членом самоуправляемой организации кредиторов», которое противоречит легальному определению управляющего в § 56 Положения (см. выше), ФКС решил, что деятельность управляющего служит всеобщим интересам. Кроме того, он получает вознаграждение, определяемое судом и выплачиваемое на основе публично-правового притязания. На этом основании акт назначения управляющего судом носит публичный характер и должен соответствовать основным конституционным правам, в частности, праву на равенство и свободе профессии. ФКС Германии пришел к выводу, что в условиях ведения закрытых списков управляющих, кандидату уже заранее закрывается доступ к профессии независимо от его профессиональных способностей, а это нарушает вышеназванные конституционные

<sup>263</sup> См. пункт I.3.3. решения ФКС Германии от 23 июля 2001 года.

<sup>264</sup> А также права на судебную защиту, ст. 19 абз. 4 Основного Закона Германии, которое было нарушено отказом Верховного Суда земли Рейнланд-Пфальц.

<sup>265</sup> См. пункт II.1.1. решения ФКС Германии от 23 июля 2001 года.

права. С другой стороны, в условиях неурегулированности законодателем порядка назначения управляющих в каждом конкретном случае, данный вопрос оставляется на усмотрение суда, и здесь управляющий не обладает правом притязания быть назначенным по конкретному делу о несостоятельности, он может претендовать лишь на общее принятие во внимание его кандидатуры при выборе управляющего по конкретному делу.

Возвращаясь к новой модели регулирования деятельности арбитражных управляющих в Российской Федерации, хотелось бы высказать негативное отношение, но не столько к самой идее саморегулируемых организаций, сколько к отдельным новым правилам. Прежде всего, обязательность участия арбитражного управляющего в саморегулируемой организации (носящей частный характер) является спорным с точки зрения конституционно закрепленной права на объединение (см. ст. 30 Конституции РФ) и недопустимым, исходя из практических соображений. Строгая необходимость никогда не была эффективнее свободной предприимчивости. Здесь более эффективной была бы возможная конкуренция между арбитражными управляющими саморегулируемых организаций и независимыми арбитражными управляющими. Еще в древности говорили, «конкуренция развивает способности». Принуждение же управляющих к участию в саморегулируемых организациях только увеличит зависимость первых, рычаги воздействия на них и подорвет независимость управляющих, без которой арбитражное управление немыслимо.

Завершая вопрос об окончании процедуры возбуждения производства по делам о несостоятельности, необходимо подчеркнуть, что весьма актуальной является тема безимущественности производств по делам о несостоятельности, иными словами случаи, когда у должника отсутствует какое-либо имущество, достаточное для покрытия процессуальных расходов. При допустимости дел о несостоятельности в таких случаях существует опасность выхолащивания сути и целей института банкротства, поскольку процедуры несостоятельности, влекущие участие большого круга лиц и возникновение больших затрат, не предназначены для проведения сугубо технических операций. В связи с этим в Германии действовало ранее и действует сейчас правило, согласно которому обязательным условием возбуждения производства по делам о несостоятельности является достаточность имущества должника для покрытия процессуальных расходов.

Процессуальными расходами признаются судебные расходы, вознаграждение и расходы временного управляющего и членов комитета кредиторов (§ 54 ПоН). Установление достаточности имущества должника производится экспертом либо временным управляющим.

Отметим, недопустимость производства по делу о несостоятельности в таких случаях (§ 26 ПоН) «спасает» должника от процедур несостоятельности, но это спасение мнимое, поскольку оно связано с рядом неблагоприятных последствий.

Во-первых, как указывалось выше, заявление кредитора является зачастую эффективным средством к принуждению должника к уплате давно наступивших денежных обязательств. Уже обращение с заявлением должника несостоятельным может быть связано для последнего с неблагоприятными последствиями. Если данный факт становится известным общественности, он способен сильно ударить по репутации (кредитоспособности) должника, в особенности, когда определения судов по делам о несостоятельности об отказе в возбуждении производства по делу о несостоятельности на основании § 26 ПоН подлежат опубликованию.

Во-вторых, недостаточность имущества в таких случаях означает возможность лишения права заниматься предпринимательской деятельностью (§ 35 Положения о занятии предпринимательской деятельностью, GewO).

В-третьих, отказ в возбуждении производства по делу о несостоятельности на основании § 26 ПоН влечет сообщение об этом в прокуратуру для проверки возможного нарушения уголовного законодательства и нарушения обязанности по обращению с заявлением о признании должника несостоятельным.

В-четвертых, определение об отказе в возбуждении производства обязательно направляется в регистрационный суд, который согласно § 141a Закона о добровольной юрисдикции (FGG) рассматривает вопрос о возбуждении ликвидационного производства и исключении должника из реестра.

Таким образом, для возбуждения производства по делу о несостоятельности необходим утвердительный ответ на следующие вопросы:

- подлежит ли поданное заявление о признании должника несостоятельным признанию (допуск заявления, Zulassung), в обратном случае заявление подлежит возврату как недопустимое;

- присутствует ли основание для возбуждения производства (неплатежеспособность, ее угроза либо сверхзадолженность), в обратном случае заявление подлежит возврату как необоснованное;

- достаточно ли имущества должника для покрытия процессуальных расходов или был ли внесен с этой целью достаточный задаток (§ 26 ПоН), в обратном случае заявление подлежит возврату в связи с непогашением процессуальных расходов, даже если основание для возбуждения производства присутствует.

На основании исследования, проведенного в рамках второй главы, сделаем ряд выводов общего характера, касающихся порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии.

Прежде всего, обращает на себя внимание самостоятельность стадии возбуждения производства. Несмотря на то, что данная стадия носит в Германии название ускоренной процедуры («Eilverfahren»), во времени ее продолжительность, чаще всего, составляет три месяца, что не может не удивить российского юриста. Этот срок не установлен Положением о несостоятельности. Он продиктован практическими соображениями, немецкий суд по делам о несостоятельности до тех пор будет оценивать допустимость заявления и его обоснованность, пока не будет убежден в этом полностью.

Кроме этого, в течение процедуры возбуждения производства, когда устанавливается занавес от любых исполнительных действий в отношении должника, временным управляющим, должником, кредиторами и инвесторами очень часто проводятся последние попытки урегулирования порядка ликвидации задолженности без возбуждения производства по делу о несостоятельности. Три месяца с момента подачи заявления – это тот период, в течение которого государством гарантируется возмещение задолженности по заработной плате перед работниками должника, период, который дает последнюю возможность для маневрирования.

Как мы видим, тем самым удачным образом совмещается рыночная политика участников делового оборота и юрисдикционная деятельность суда, причем последняя всецело служит первой, гарантирует соблюдение установленных «правил игры».

Используя самостоятельность стадии возбуждения производства в качестве исходной посылки, напрашивается следующий вывод: выбранная в Германии концепция возбуждения производства по делам о несостоятельности и непосредственно самого производства с процессуальной точки зрения представляет собой «модель трансформирования».

Производство по делам о несостоятельности в Германии является в целом, несомненно, так называемым сводным исполнительным производством. Однако таковым называется производство по делу о несостоятельности, но не стадия возбуждения такого производства. На стадии же возбуждения мы видим первоначальное господство гражданского процесса, которое находит свое выражение, прежде всего, в принципах (диспозитивность, частная автономия – см. выше о принятии заявления в рамках квази-судебного процесса). По мере углубления, приближения к моменту возбуждения производства постепенно нарастает другое, публично-правовое начало. Здесь уже суд берет на себя функции по установлению значимых для дела обстоятельств, назначение эксперта и

временного управляющего еще больше свидетельствует о перемещении процесса из частной сферы в публично-правовой «конвейер». Происходит вышеназванное нами трансформирование из гражданского процесса на стадии возбуждения в исполнительное производство после возбуждения дела о несостоятельности. По нашему убеждению, именно данный процесс трансформирования и влияет на то обстоятельство, что за институтом несостоятельности признается комплексный характер, наличие в его рамках частно- и публично-правового начал, самобытность производства по делу о несостоятельности.

Все это свидетельствует о том, что процедура возбуждения производства по делу о несостоятельности в Германии является нечто большим, чем просто техническим действием (таковым оно не вправе быть никогда ни в одном институте несостоятельности) и даже чем проверкой формальных условий порядка обращения с заявлением о признании должника несостоятельным. Это стадия, где, в сущности, решается основной вопрос, является ли должник несостоятельным. Само производство служит лишь выбору наилучшего средства удовлетворения требований кредиторов, но статус несостоятельности приобретает в Германии именно по результатам стадии возбуждения производства.

Это очень своеобразная, но одновременно вполне обоснованная концепция возбуждения производства по делу о несостоятельности. Ответу на вопрос, возможно ли ее использование в Российской Федерации, посвящена следующая глава.

---

### Глава 3. Взаимодействие российского и германского институтов несостоятельности.

---

Глава, посвященная взаимодействию российского и германского институтов несостоятельности подразделяется на две части.

Во-первых, исходя из исследованного материала первых двух глав, будут рассмотрены вопросы о том, в чем заключаются особенности и общие черты германской и российской систем возбуждения дел о несостоятельности. На основе этого будет сделан вывод о том, какие элементы германской модели возбуждения производства по делам о несостоятельности могут быть заимствованы в рамках правотворчества, при совершенствовании российского законодательства, либо концептуально – как направление развития российского законодательства о несостоятельности.

Во-вторых, будет проанализировано взаимодействие отечественного и германского институтов несостоятельности в аспекте международного гражданского процесса, а именно института трансграничной несостоятельности: будут исследованы его правовые основы в России и Германии, содержание института, пробелы в регулировании с предложением возможных решений при регламентации соответствующих вопросов.

#### **§ 1. Возможности инкорпорации в российское законодательство положений германского института несостоятельности, касающихся порядка возбуждения дел о несостоятельности.**

Приступая к заявленному вопросу, необходимо сделать одну очень важную оговорку общего характера: не всегда отдельная система законодательства о несостоятельности в целом и модель возбуждения производства по делам о несостоятельности, в частности, которые эффективно функционируют в одном государстве, пригодны для применения в другой стране. Названной системе и указанной модели должны соответствовать не только иные отрасли и институты права, но и исторические, политические, ментальные предпосылки, но, прежде всего, социально-экономический запас прочности страны. Для

эффективности современного института несостоятельности немаловажна среда, в которой действует законодательство о несостоятельности.

Любой самый совершенный закон будет работать вхолостую, если подобающими ему не окажутся социально-политические условия и иные сферы экономики, если такой закон будет использоваться в чуждых ему целях (когда существует и возможность для этого, и отсутствие любых неблагоприятных последствий злоупотребления). По сути, именно это и случилось с Федеральным законом о несостоятельности 1998 года, который по оценке многих специалистов признавался одним из лучших по своей концепции законов в мире. Именно поэтому в заголовок параграфа была выбрана столь осторожная формула как «возможности по инкорпорации ...», а не категорично «инкорпорация ...».

С другой стороны, мы не вправе голословно игнорировать зарубежный опыт в интересующей нас сфере. Современный отечественный институт несостоятельности молод и обязан избегать ошибок, которые были совершены и преодолены за рубежом. К сожалению, не всегда это удается, что подтверждает уже приводившийся ранее пример прежнего правила Закона о несостоятельности 1998 года, допускавшего скоропалительное возбуждение производства по делам о несостоятельности и введение процедуры наблюдения без уведомления должника.

Кроме этого, следует отметить такую современную тенденцию как сближение систем общего и континентального права, которая находит все большее выражение во взаимопроникновении различных систем законодательства о несостоятельности.<sup>266</sup> Все это в совокупности заставляет нас обратиться к вопросу, какие элементы модели возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии могли бы быть восприняты отечественным законодательством о несостоятельности.

Проблематику инкорпорирования мы хотели бы рассмотреть несколько шире, чем просто заимствование отдельных, представляющихся эффективными деталей в механизме возбуждения дел о несостоятельности, хотя далее этому будет уделено особое внимание. Мы вправе оценивать такую интересную модель возбуждения дел о несостоятельности, каковой является германская модель, в качестве возможного концептуального направления развития отечественного института несостоятельности в части возбуждения дел о несостоятельности.

Для определения возможностей инкорпорации представляется необходимым по каждому вопросу обозначить, с одной стороны, особенности германской и российской

---

<sup>266</sup> Об этом см.: Степанов В.В. Несостоятельности (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. - М.: Статут, 1999.

систем, а, с другой стороны, их общие черты. Иными словами, обращаясь как к заимствованию отдельного элемента, так и к оценке германской модели как вероятного направления развития отечественного института мы должны установить точки соприкосновения, от степени которых зависит перспектива, кратко- или долгосрочная, возможностей по инкорпорации.

Полагаем, что ключевыми здесь являются следующие элементы:

- необходимость института отказа в принятии заявления о признании должника несостоятельным;
- содержание оснований для возбуждения производства;
- распределение полномочий между судьей арбитражного суда и его помощником.

В конце данного параграфа, исходя из концептуальных начал германской модели, мы рассмотрим вопрос о необходимости детализации возбуждения производства по делу о несостоятельности как отдельной стадии арбитражного процесса.

В результате очередной реформы арбитражного процессуального законодательства выявилась такая особенность российского института несостоятельности по отношению к общему порядку возбуждения производства по делам в арбитражных делах как институт отказа в принятии заявления (ст. 43 Закона о несостоятельности).

По нашему мнению, в условиях российской концепции возбуждения производства по делам о несостоятельности сохранение данного института не только целесообразно, но и необходимо, даже если его сохранение со всей очевидностью связано с различным составом разработчиков АПК, с одной стороны, и Закона о несостоятельности, с другой (см. п. 3 ст. 43 Закона о несостоятельности). Сам факт возбуждения производства по делу о несостоятельности в России связан для должника с возможными ограничениями управленческих и распорядительных полномочий, неблагоприятными последствиями огласки возбуждения производства, поэтому институт отказа в принятии заявления выполняет здесь сдерживающую, контрольную функцию

Содержание оснований для возбуждения производства в России и Германии коренным образом отличаются друг от друга основания для возбуждения производства (признания должника несостоятельным) в России и Германии. Однако в отличие от концептуальных вопросов представляется, что инкорпорация отдельных элементов здесь возможна уже в краткосрочной перспективе. В ФРГ какие-либо точно определенные формы выражения неплатежеспособности отсутствуют. Для этого широкие дискреционные полномочия предоставлены судье. Как следствие германскими судами наработана богатая судебная практика по основаниям возбуждения производства по делам о несостоятельности.

Для возбуждения производства в Российской Федерации установлены твердые денежные суммы, при достижении которых задолженность должника служит основанием для возбуждения производства. По сравнению с прежним законодательством они были несколько увеличены.

Тем не менее, мы полагаем, что при таком подходе идеальной не будет ни один из выбранных размеров задолженности: для одних должников он будет слишком мал, для других, наоборот – слишком велик. Здесь необходимо определять наличие неплатежеспособности в каждом конкретном случае, а для этого требуются широкие дискреционные полномочия судей арбитражных судов.

Естественным образом, наделение судей такими полномочиями даст дополнительную почву для дискуссии о возможном произволе со стороны судей. Поэтому в данном случае возникает альтернатива: либо довольствоваться выбранной моделью твердого размера задолженности для определения, либо укреплять беспристрастность судей.

В любом случае наделение судей более широкими полномочиями мы не предлагаем не сразу, а в результате постепенного, эволюционного развития отечественного института несостоятельности.

Аналогичные соображения хотелось бы высказать в отношении института функциональной подсудности в Германии, а именно распределения полномочий в делах о несостоятельности между судьей суда по делам о несостоятельности и его помощником.

Такая модель вполне могла бы быть использована в Российской Федерации, что подтверждает введение института помощника судьи в отечественном арбитражном процессе. Судья должен принимать решения в деле, то есть разрешать споры о праве и о факте, принимать акты, влекущие возникновение, изменение и прекращение прав. Технические же функции, не связанные с осуществлением правосудия, но подлежащие выполнению судом могут быть возложены на помощника судьи.

Такое решение проблемы опять же связано с предоставлением определенной свободы и судье, и помощнику, в чем часто видится недостаток той или иной новеллы. В связи с этим нельзя не поднять один вопрос общего характера. Порой в нашей стране инициирование любых новелл связывается с опасением, что они представляют собой способ реализации каких-либо корпоративных интересов и будут только благоприятствовать злоупотреблениям. Предоставление свободы во всех ее проявлениях еще не получило распространения как аксиома, в первую очередь, безусловно, потому, что свобода пока не воспринимается, прежде всего, как ответственность. Однако это не означает, что ее вообще не нужно предоставлять.

Здесь нельзя сказать ничего лучше, чем было написано в книге *М.Е. Салтыкова-Щедрина* «За рубежом», в первом этюде которой представлен диалог «Мальчика в штанах и мальчика без штанов».<sup>267</sup> На вопрос «мальчика без штанов» о том, «... отчего у вас такие хлеба роятся? ... везде песочек да торфик, а все-таки на полях страсть какие суслоны наворочены !», «мальчик в штанах» отвечает: «Я думаю, это оттого, что нам никто не препятствует быть трудолюбивыми. Никто не пугает нас, никто не заставляет производить такие действия, которые ни для чего не нужны ... С тех пор, как никто не мешает нам употреблять наши способности на личное и общественное благо, с тех пор, как из нас не выбивают податей и не ставят к нам экзекуций, мы стали усердно прилагать к земле наш труд и нашу опытность, и земля возвращает нам за это сторицей».<sup>268</sup>

Подводя итоги второй главы, мы отметили, что возбуждение производства в германском институте несостоятельности – это сама суть идеи, когда возбуждение производства по делу о несостоятельности равнозначно признанию должника банкротом, хотя сегодня и в Германии все больше смещаются акценты в сторону от негативного значения такого понятия, поскольку должник сам может использовать дело о несостоятельности для реструктуризации долгов, нового старта в бизнесе. В указанном вопросе проявляется коренное отличие законодательства о несостоятельности в Германии от России.

В отечественной литературе также отмечалось деление производства по делу о несостоятельности на две большие стадии, а именно, собственно, арбитражный процесс и процедуры несостоятельности.<sup>269</sup> Однако сейчас мы можем наблюдать, насколько большее значение стало придаваться стадии возбуждения производства по таким делам. В настоящее время в отечественном институте несостоятельности четко различается момент принятия заявления о признании должника банкротом и момент введения процедуры наблюдения. Прежде всего, это проявляется в возможности проведения судебного заседания арбитражного суда по проверке обоснованности требований заявителя к должнику (ст. 48 Федерального Закона «О несостоятельности (банкротстве)»), что свидетельствует о постепенной дифференциации, установлении стадийности производства по делу о

<sup>267</sup> *Салтыков-Щедрин М.Е.* За рубежом // Собр. соч.: в 10 т. – М., 1988, Т. 7. См. также глубокий анализ российско-германских отношений в свете отечественной классики в: *Туполев Б.М.* Предисловие, в: Россия и Германия. Выпуск 2. – М.: Наука, 2001, С. 5-17.

<sup>268</sup> *Салтыков-Щедрин М.Е.* Указ. Соч., Т. 7. С. 36, 37.

<sup>269</sup> См. *Скуратовский М.Л.*, в: Арбитражный процесс: учебник / под. ред. *В.В. Яркова.* – М.: Юрист, 1998.

несостоятельности в России. Поэтому здесь могут быть использованы наработки германской модели, приведенные во второй главе.

Однако, с другой стороны, не следует опять же забывать, что процедура возбуждения дел о несостоятельности в Германии носит более автономный и более определяющий характер, чем в России, где основания для признания должника несостоятельным устанавливаются после возбуждения производства по делу, в связи с чем она может рассматриваться как возможная будущая концептуальная модель возбуждения дел о несостоятельности.

## **§ 2. Взаимодействие российского и германского законодательства в рамках трансграничной несостоятельности.**

Как следствие интернационализации хозяйственной жизни, расширения экономического сотрудничества, а также усиления миграции населения дела о несостоятельности в последнее время все больше приобретают международный характер.

Современные условия международной торговли на региональном и мировом уровне способствуют увеличению трансграничных контактов и прозрачности границ. Торговая и инвестиционная деятельность многих национальных предприятий выходит за рамки одного государства. В результате при наступлении несостоятельности таких предприятий их имущество может располагаться на территории нескольких государств и (или) кредиторами будут являться иностранные субъекты права, в том числе и те, чьи требования могут основываться на обязательствах, в отношении которых применяется иностранное право.

В связи с этим нельзя не затронуть тему несостоятельности физических лиц. Имущественные объекты граждан-банкротов зачастую находятся за рубежом. Установление мест их расположения и включение их в конкурсную массу является одним из основных вопросов дел о потребительской несостоятельности. С этой проблемой России, безусловно, придется столкнуться, когда в действие вступят нормы о несостоятельности физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями.

Обращаясь непосредственно к взаимоотношениям Российской Федерации и Федеративной Республики Германия, необходимо отметить, что Германия была и остается ведущим торговым партнером нашего государства. Однако сам по себе факт лидерства отношений с Германией ничего не говорит, поскольку при сравнении торгового оборота ФРГ с другими странами (Нидерландов, Франции, США) сразу становится виден

незначительный объем наших отношений. Неотъемлемой основой для успешного сотрудничества и его расширения является урегулированность отношений, возникающих в случае неспособности должников удовлетворить требования своих кредиторов. К сожалению, приходится констатировать, что вопросы

- где будет возбуждаться производство по делу о несостоятельности,
- возможно ли возбуждение дополнительного производства,
- каким образом будут соблюдаться права кредиторов, находящихся за рубежом (уведомление, участие в органах кредиторского сообщества),
- как производство по делу о несостоятельности будет соотноситься с производством по имущественным взысканиям, производимым за границей,
- каким образом будет строиться деятельность арбитражных управляющих, в частности, по формированию конкурсной массы и многие другие не урегулированы должным образом.

В свою очередь, это влечет снижение инвестиционной привлекательности России, направление инвестиционных потоков в другие страны.

Нельзя оспаривать, что сегодня медленно, но верно в России освещаются национальные институты несостоятельности зарубежных стран,<sup>270</sup> проводятся целевые

<sup>270</sup> См., например: *Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л.* Правовые основы несостоятельности (банкротства): учебно-практическое пособие / под общ. ред. проф. В.С. Якушева. – М.: Норма, 2001; *Васильев Е.А.* Правовое регулирование несостоятельности и банкротств в гражданском и торговом праве капиталистических государств. М. 1989; *Ведде Р.* Обзор института несостоятельности в Германии / Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса – 2001 год, М.: Норма. 2002; *Германское право. Часть III ... Положение о несостоятельности / Исследовательский центр частного права, Германский фонда международно-правового сотрудничества; научн. ред. Р.И. Каримуллин.* – М.: Статут, 1999; *Колениченко Е.А.* Признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, Франции и России (сравнительный анализ) // Вестник ВАС РФ, 2000, № 8; *Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под. рук. В.В. Залесского.* – М.: Норма, 2000; *Российско-британский семинар по вопросам банкротства // Спец. приложение к Вестнику ВАС РФ, 2001, № 3; Степанов В.В.* Правовое регулирование несостоятельности в Германии, США, Англии, Франции и России // *Актуальные проблемы гражданского права.* – М.: Статут, 1998; *Шеленкова Н.Б.* Россия и Германия: новое законодательство о банкротстве. Сравнительно-правовой анализ. – Законодательство, 1998, № 7.

научно-практические мероприятия<sup>271</sup>. Институт несостоятельности Германии и здесь находится на первых ролях. Тем не менее, мы полагаем, что уже созрела необходимость для дальнейшего шага, а именно для создания конкретных правовых основ, восполнивших бы пробел в регулировании вопросов трансграничной несостоятельности.

Речь идет, с одной стороны, о специальных нормах национального законодательства, с другой стороны, о заключении (участии в) международно-правовых актов, регулирующих вопросы, возникающие по делам о несостоятельности.

Исходя из этой цели, настоящий параграф преследует следующие задачи:

- 1) анализ существующих правовых основ дел о трансграничной несостоятельности в России и Германии (§ 2.А.);
- 2) определение предмета регулирования в области трансграничной несостоятельности (§ 2.Б.);
- 3) предложение средств регламентации вопросов трансграничной несостоятельности (§ 2.В.).

#### **А. Правовые основы института трансграничной несостоятельности в России и Германии.**

Институт трансграничной несостоятельности лишь в самой незначительной степени нашел свое непосредственное отражение в законодательстве России и Германии. Правила данного института позволяют установить себя в ряде смежных отраслей и институтов – международного частного права, порядке признания решений иностранных судов и других, но, прежде всего, разумеется, в законах о несостоятельности. Анализ источников трансграничной несостоятельности помимо общих источников, представленных в § 1 главы 1, необходим в связи с тем, что они являются специальными, в своем большинстве международно-правовыми актами.

**Конституция РФ и Основной Закон Германии.** Одним из основных догматов института трансграничной несостоятельности является положение, что трансграничная

<sup>271</sup> Например, программа Европейской Комиссии и РФ «Эффективные процедуры несостоятельности: фаза II»; российско-британский семинар по вопросам банкротства, о нем см. в: Спец. приложение к Вестнику ВАС РФ, 2001, № 3; международный семинар, посвященный вопросам трансграничной несостоятельности в государствах-участниках СНГ, Тбилиси, 1997.

несостоятельность всегда связана с вторжением в сферу правового суверенитета другого государства и с регулированием пределов вторжения законодательства иностранного государства в сферу национального правового суверенитета. Поэтому данный вопрос подлежит разрешению нормативным актом, обладающим высшей юридической силой в государстве.

Согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». При этом, само собой разумеется, что отечественный законодатель ограничен суверенитетом зарубежного государства и не может императивно устанавливать для последнего, какие последствия наступают при возбуждении на территории РФ производства по делу о несостоятельности на территории иного государства.

Основополагающее значение для важного в рамках института трансграничной несостоятельности вопроса о подсудности дел о несостоятельности (в данном случае международной подсудности) имеет положение статьи 47 Конституции РФ, согласно которой никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (п.1).

Основным Законом Германии также регулируются многие вопросы, касающиеся института несостоятельности (см. выше о конституционно-правовых принципах института несостоятельности Германии).

**Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Положение Германии о несостоятельности.** Центральное место в российском институте трансграничной несостоятельности, закономерным образом, занимает Федеральный Закон РФ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. Вопросы института трансграничной несостоятельности закреплены в данном законе не в рамках одной главы или статьи, как это произведено в законодательстве многих стран,<sup>272</sup> а по всему тексту нормативного акта.

Статья 1 Закона о несостоятельности повторяет вышеприведенные положения Конституции РФ: «Если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, применяются правила международного договора РФ» (ч. 4). Помимо этого, как будет рассмотрено далее, правом,

---

<sup>272</sup> Например, ст. 34 Закона Грузии «О процедурах несостоятельности» от 25 июня 1996 г., или раздел XIII Акта Канады о банкротстве и несостоятельности (ст. ст. 267-275).

применяемым в рамках института трансграничной несостоятельности, является право государства суда, возбудившего производство по делу о несостоятельности – *lex fori concursus*. Поскольку дела о несостоятельности (банкротстве) рассматриваются в РФ по правилам, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными Законом о несостоятельности, то последний является одним из основных актов, нормы которых составляют право *lex fori concursus*.

О статусе иностранных кредиторов в данном Законе сказано, что «к отношениям, регулируемым настоящим Федеральным законом, с участием иностранных лиц в качестве кредиторов применяются положения настоящего Федерального закона, если иное не предусмотрено международным договором РФ» (ч. 5 ст. 1). Иностранные кредиторы по денежным обязательствам поставлены в один ряд со всеми конкурсными кредиторами, то есть по данному вопросу установлен национальный режим статуса кредиторов.

Решение вопроса о признании решений судов иностранных государств на территории РФ отсылается Законом о несостоятельности к ее международным договорам (ч. 6 ст. 1). При отсутствии международных договоров РФ решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом (о принципе взаимности см. далее).

Одной из самых важных норм института трансграничной несостоятельности является статья 131 Закона о несостоятельности, в соответствии с которой конкурсную массу составляет все имущество должника, имеющееся на момент открытия конкурсного производства и выявленное в ходе конкурсного производства.<sup>273</sup> Законодатель уже в национальном праве может определить, на какие границы действия претендует отечественное производство по делу о несостоятельности, охватывает ли оно, например, имущество должника, находящееся за границей. В соответствии с ч. 1 ст. 131 Закона о несостоятельности всё имущество должника, имеющееся на момент открытия конкурсного производства и выявленное в ходе конкурсного производства независимо от места его расположения, составляет конкурсную массу.

Аналогичная норма закреплена в Положении Германии о несостоятельности: «Производством по делу о несостоятельности охватывается все принадлежащее должнику

---

<sup>273</sup> Например, законодательство Японии (Положение о конкурсе 1922 г.) и Южной Кореи (Закон о конкурсе 1972 г.) ограничивает конкурсную массу лишь имуществом, находящимся на территории данных стран.

на момент возбуждения производства и приобретенное им во время производства имущество (конкурсная масса)» (статья 35).

Ядро же германского института несостоятельности составляет Статья 102 Закона Германии о введении в действие Положения Германии о несостоятельности:

«(1) Иностранное производство по делу о несостоятельности охватывает также имущество должника, находящееся на территории страны. Данное правило не действует, если

1. суды государства, где было возбуждено производство, в соответствии с германским правом не обладают компетенцией для этого;

2. признание иностранного производства влечет к результату, очевидным образом несовместимому с существенными принципами германского права, в особенности, если оно несовместимо с основными правами.

(2) Правовое действие, последствия которого регулируются германским правом, может быть оспорено иностранным управляющим, если правовое действие и в соответствии с нормами германского права либо может быть оспорено, либо по иным основаниям не влечет наступление последствий.

(3) Признание иностранного производства не исключает возбуждение на территории Германии особого производства по делу о несостоятельности, которое охватывает имущество, находящееся только на территории страны. Если за рубежом в отношении должника возбуждено производство по делу о несостоятельности, то для возбуждения производства в Германии не требуется доказательство его неплатежеспособности либо сверхзадолженности».

**Арбитражный процессуальный Кодекс РФ и Гражданское процессуальное Уложение ФРГ.** Как было указано выше, производство по делам о несостоятельности регулируется АПК РФ с особенностями, установленными специальными законами о несостоятельности. Аналогичное правило действует и в германском институте несостоятельности (§ 4 ПоН). Актом общего действия здесь является Гражданское процессуальное Уложение Германии. Таким образом, и АПК РФ, и ГПУ Германии входят в число составляющих *lex fori concursus*.

Вопросами института трансграничной несостоятельности, регулируемые АПК РФ, являются:

- порядок применения иностранного права (ст. 13);

- правила подведомственности и подсудности дел о несостоятельности (ст. ст. 33, 224).  
За отсутствием специальных положений данные нормы одновременно являются правилами о международной подсудности арбитражных судов по делам о несостоятельности;

- признание решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (глава 31);

- компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц (ст. 247);

- компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по применению обеспечительных мер по делам с участием иностранных лиц (ст. 250);

- судебный иммунитет (ст. 251);

- порядок рассмотрения дел с участием иностранных лиц (ст. 253);

- процессуальные права и обязанности иностранных лиц (ст. 254);

- требования, предъявляемые к документам иностранного происхождения (ст. 255);

- поручения о выполнении отдельных процессуальных действий (ст. 256).

**Иные правовые акты.** К сожалению, необходимо отметить, что при принятии раздел IV «Международное частное право» части III Гражданского Кодекса РФ законодатель обошел стороной регулирование в его рамках вопросов трансграничной несостоятельности, хотя в настоящее время настоятельно требуется наличие правил о соотношении производств по делам о несостоятельности, основного и дополнительного, и предмета регулирования процессуальных норм в основном производстве, возбужденном на территории РФ (*lex fori concursus*).

Тем не менее, среди норм данного раздела ГК РФ, несомненно, должны быть приняты во внимание следующие правила:

- определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом (ст. 1186);

- квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению (ст. 1187);

- принцип взаимности (ст. 1189);

- установление содержания норм иностранного права (ст. 1191);

- применение императивных норм (ст. 1192);

- оговорка о публичном порядке (ст. 1193);

- общие положения о праве, подлежащем применению к вещным правам (ст. 1205);

- право, подлежащее применению к возникновению и прекращению вещных прав (ст. 1206).

Федеральный закон РФ от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в РФ» определяет условия предпринимательской деятельности иностранных инвесторов на территории РФ (преамбула), правовой режим деятельности иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями, который не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами (п. 1 ст. 4), основные гарантии прав иностранных инвесторов на инвестиции и получаемые от них доходы и прибыль (ст. 5).

Таким образом, в отношении иностранных инвесторов установлен национальный режим инвестиционной деятельности. Поэтому не предусматривается каких-либо ограничений прав иностранных учредителей или участников должника – юридического лица в отношении имущества, составившего конкурсную массу и оставшегося после погашения требований кредиторов, в том числе когда оно не было реализовано (ст. 118 Закона о несостоятельности, см. также ст. 4 Закона о несостоятельности).

Следует принять во внимание и акты обобщения судебной практики по делам с участием иностранных лиц.<sup>274</sup>

Среди иных нормативных актов Германии, затрагивающих вопросы несостоятельности, можно выделить:

- Гражданский Кодекс Германии (BGB);<sup>275</sup>
- Закон Германии о конкурсном оспаривании сделок от 5 октября 1994 года (AnfG);<sup>276</sup>
- Постановление Федерального Министерства юстиции Германии о вознаграждении деятельности управляющих по делам о несостоятельности (InsVV);<sup>277</sup>

<sup>274</sup> Например, Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. N 10 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 года»; Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г. N 29 «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц»; Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 января 2001 г. N 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов».

<sup>275</sup> От 20 апреля 1892 г. (RGBl. 1892 С. 477) в редакции от 13 июля 2001 г. (BGBl. I С. 1542).

<sup>276</sup> BGBl. I С. 2911.

**Дву- и многосторонние международно-правовые договоры.** Естественным образом, что международно-правовые акты, регулирующие вопросы трансграничной несостоятельности, обладают большим значением в рамках данного института, нежели соответствующие нормы национального законодательства. Поскольку именно данные акты в своих как коллизионных, так и процессуальных положениях позволяют гармонизировать правила о проведении производства по делу о трансграничной несостоятельности.

Со стороны Российской Федерацией специальных международно-правовых договоров в сфере несостоятельности, в том числе с Германией, заключено не было. Лишь на уровне Содружества Независимых Государств были приняты документы, которые регламентируют общие вопросы гражданского и арбитражного процесса.<sup>278</sup>

В связи с этим в следующем вопросе данного параграфа рассматривается возможное содержание двустороннего международно-правового договора между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия об урегулировании вопросов, возникающих по делам о несостоятельности. Представляется, что именно такая форма как

---

<sup>277</sup> От 19 августа 1998 года (BGBl. I S. 2205).

<sup>278</sup> 1. Соглашение о принципах сближения хозяйственного законодательства государств-участников Содружества от 9 октября 1992 г., см. в: Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество» 1992 г., № 7. Участники: государства - участники СНГ, Азербайджана, Грузии, Молдовы, Туркменистана и Украины.

2. Соглашение государств - участников СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности от 20 марта 1992 г., Соглашение предусматривает, что хозяйствующие субъекты каждого государства, ратифицировавшего Соглашение, имеют на территории другого такого же государства право беспрепятственно обращаться в компетентные суды общей юрисдикции, арбитражные, третейские, могут выступать в них, возбуждать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия.

3. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., см. в: Вестник ВАС, 1994 г. № 2. Участники: государства-участники СНГ, кроме Азербайджана, Грузии, Кыргызстана и Молдовы.

4. Договор о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г. см. в: Вестник ВАС, 1994 г., № 1. Участники: все государства-участники СНГ. Украина присоединилась на правах ассоциированного члена.

двусторонний международно-правовой договор является наиболее оперативным средством урегулирования вопросов трансграничной несостоятельности. В дальнейшем же он мог бы быть заменен многосторонним международно-правовым актом.

**Акты международных организаций.** Разработка актов о трансграничной несостоятельности является предметом работы многих международных постоянных и временных организаций. Уже в начале XX века Гагская конференция по международному частному праву разработала свой проект соглашения о международном конкурсном праве, категоричное следование которому принципу универсальности не нашло поддержки у глав государств-участников конференции. Идеям всеобщего равенства кредиторов всегда противостояли планы защиты национальных интересов, боязнь ущемления прав национальных кредиторов вследствие действия иностранного права.

Относительно взаимодействия институтов трансграничной несостоятельности России и Германии в поле зрения попадают два акта международных организаций:

а) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года (далее – Закон ЮНСИТРАЛ);

б) Европейская конвенция об отдельных международных аспектах банкротства 1990 г. (далее – ЕКБ).

Особенность разработанного Комиссией ООН по международному торговому праву Закона ЮНИСТРАЛ в том, что он не является актом прямого действия. Всеобщая ассамблея ООН рекомендовала имплементацию данного закона всем государствам-членам ООН.

Закон ЮНСИТРАЛ преследует создание мировой единой схемы сотрудничества при проведении производства о трансграничной несостоятельности. Данная цель достигается путем не закрепления материальных норм, а определения правил решения проблем сотрудничества, связанных с иностранным элементом в данных делах. Прежде всего, речь идет о праве иностранного управляющего на непосредственное обращение в любые суды, о признании иностранного производства и о сотрудничестве судов и управляющих.

Европейская конвенция об отдельных международных аспектах банкротства была принята Советом Европы в феврале 1990 г., однако она до сих пор не вступила в силу. Для этого согласно ст. 34 абз. 1 ЕКБ требуется ее ратификация, как минимум, тремя государствами-членами Совета Европы. К настоящему времени ратификация была проведена только Кипром. Поэтому положения данной Конвенции еще не вступили в силу.

Основным предметом регулирования ЕКБ являются определение порядка взаимного признания производств по делам о несостоятельности, трансграничные полномочия

управляющего, а также сотрудничество управляющих различных государств-участников Конвенции.

Положения ЕКБ облегчают использование назначенным в одном государстве управляющим своих полномочий на территории другого государства, в частности по привлечению в конкурсную массу находящегося там имущества (п.1 ст. 10). Наряду с этим гарантируются требования кредиторов, находящихся во втором государстве, они должны быть уведомлены о производимых действиях, а при возбуждении дополнительного производства вправе предъявить свои требования управляющим, как в основном, так и в дополнительном производстве (ст. 30). Помимо уведомления другим условием привлечения в конкурсную массу имущества, находящегося за рубежом, является истечение двухмесячного срока с момента объявления о полномочиях управляющего (ст.ст. 9-11), в течение которого кредиторы, обладающие преимущественными требованиями (п. 2 ст. 11), могут производить взыскание на данное имущество должника в индивидуальном порядке.

Особенностью дополнительного производства, охватывающего имущество, которое расположено только на территории соответствующего государства, согласно ЕКБ является то, что в его рамках удовлетворены могут быть только привилегированные требования кредиторов, а также публичные требования и требования, возникшие в связи с деятельностью подразделения должника в данном государстве. Все остальные требования, которые хотя и могут быть предъявлены в дополнительном производстве, удовлетворяются исключительно управляющим, ведущим основное производство (ст.ст. 20, 21, 31).

Конвенция закрепляет обязанность управляющих по информированию друг друга о ходе каждого производства, о передаче в основное производство имущества, оставшегося после проведения дополнительного производства, об обязательном одобрении управляющим основного производства мирового соглашения, заключаемого в рамках дополнительного производства.

Прежде чем обратиться к содержанию рассматриваемой темы, представляется необходимым дать оценку данным актам с обоснованием необходимости ратифицирования ЕКБ, ссылки на которую в дальнейшем предназначены для ориентира, с одной стороны, в делах о трансграничной несостоятельности в условиях наличия множества пробелов в данной области, с другой стороны, для определения целевых установок в рамках законотворческой деятельности на национальном и международном уровне.

Для дел о трансграничной несостоятельности ЕКБ предусматривает возбуждение основного и дополнительного (дополнительных) производств, что, по нашему убеждению, является наиболее оптимальным способом разрешения вопросов, возникающих в случае

наличия в делах о несостоятельности иностранного элемента. Во-первых, это значительно снижает процессуальные расходы, связанные с установлением кредиторов, выявлением и реализацией имущественных объектов должника. Во-вторых, такая модель предоставляет возможность защиты обеспеченных прав кредиторов в отдельном государстве посредством регламентации основных и специальных правил о применимом праве. В-третьих, именно в рамках модели основного и дополнительного производств достигается наибольшая эффективность сотрудничества между судами и управляющими, что в свою очередь влечет большую защиту имущественных интересов кредиторов и должника.

Схема, отраженная в Типовом Законе ЮНИСТРАЛ, представляется менее оптимальной в силу следования принципу территориальности (о нем см. далее). Кроме этого, данный акт нацелен на его имплементацию национальным законодательством отдельного государства, что не разрешает коллизионных и многих других вопросов о трансграничной несостоятельности при взаимодействии с правовой системой другого государства. Тем не менее, нельзя не признать обоснованность и точность отдельных положений Типового Закона ЮНСИТРАЛ, на которые далее будут приведены ссылки при рассмотрении соответствующих вопросов.

### **Б. Содержание института трансграничной несостоятельности.<sup>279</sup>**

Рассмотрев существующие правовые основы института трансграничной несостоятельности, обратимся сейчас непосредственно к его содержанию, что позволит определить, каким образом регулируются вопросы уже действующими нормами, а какие аспекты остались неурегулированными, в связи с чем будут предложены соответствующие варианты регламентации.

Институт трансграничной несостоятельности представляет собой совокупность коллизионных, с одной стороны, и материально- и процессуально-правовых норм, с другой стороны, регулирующих особенности проведения производства по делу о несостоятельности, осложненным иностранным элементом. Таковым иностранным элементом могут являться, как по отдельности, так и в совокупности:

<sup>279</sup> Об истории трансграничной несостоятельности см., например: *Meili*, Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts, 1908; *Meili*, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, 1909; *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht: systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, 1998.

- 1) участие иностранных лиц – кредиторов или учредителей (участников) должника;
- 2) нахождение имущества должника, входящего в конкурсную массу, за пределами государствами, на территории которого проводится производство по делу о несостоятельности;
- 3) особенности статуса требований, основанных на вещных правах в соответствии с правом иностранного государства.

Как было подчеркнуто, нормы института трансграничной несостоятельности, с одной стороны, определяют применимое право по делам о несостоятельности с иностранным элементом, а, с другой стороны, в рамках материальных и процессуальных норм устанавливают порядок рассмотрения таких дел. Таким образом, нормы института трансграничной несостоятельности позволяют условно разделить себя на две группы, составляющих его подинституты:

- 1) международный частноправовой (коллизионный) подинститут трансграничной несостоятельности;
- 2) международный материально-правовой (в широком понимании) подинститут трансграничной несостоятельности, который подразделяется в свою очередь на материальную (в узком смысле) и процессуальную части.

Комплексный по своей природе институт трансграничной несостоятельности регулирует взаимосвязанные элементы обеих отраслей, поэтому названное деление в данной степени является условным,<sup>280</sup> неверно понимать его исключительно как коллизионное либо как процессуальное право.

Международный частноправовой подинститут трансграничной несостоятельности (коллизионное право) направлен на определение отдельного государства, право которого регулировало бы те или иные вопросы производства по делу о несостоятельности, осложненного иностранным элементом. В случае присутствия иностранного элемента в деле о несостоятельности по вопросу регулирования различных обстоятельств могут конкурировать между собой правовые системы различных государств: нахождение имущества должника за рубежом, а значит и нахождение под суверенным действием другого государства; требования кредиторов к должнику, основанные на иностранном праве, а также требования публичного характера; участие непосредственно иностранных кредиторов в деле о несостоятельности – это наиболее частые случаи, порождающие вопрос об определении применимого права.

<sup>280</sup> См. также Л.П. Ануфриева, Указ. Соч., С. 6.

Исходной посылкой для определения применимого права по делам о несостоятельности с иностранным элементом является принцип равенства кредиторов. В соответствии с данным принципом должно быть выбрано такое право, которое было бы наиболее прогнозируемо для кредиторов. Таковым является право государства, в котором было возбуждено основное производство по делу о несостоятельности - *lex fori concursus*.

Конкретный предмет *lex fori concursus* определяется международными актами. Традиционно таковым являются следующие вопросы:

а) в отношении каких категорий должников допускается возбуждение производства по делу о несостоятельности;

б) какое имущество составляет конкурсную массу и каким образом урегулируется принадлежность имущества должника, приобретенное после возбуждения производства;

в) полномочия должника и управляющего;

г) условия действительности взаимозачета;

д) какие последствия влечет возбуждение производства в отношении текущих договоров должника;

е) какие последствия влечет возбуждение производства в отношении мер отдельных кредиторов по взысканию задолженности, исключая последствия в отношении незавершенных правовых споров;

ж) какие требования подлежат предъявлению в качестве конкурсных и каким статусом обладают требования, которые возникли после возбуждения производства по делу о несостоятельности;

з) предъявление, проверка и установление требований;

и) распределение выручки от проданного имущества, очередность требований и права кредиторов, которые получили частичное удовлетворение своих требований после возбуждения производства на основе вещного права или в результате взаимозачета;

к) условия и последствия завершения производства по делу о несостоятельности, в частности при заключении мирового соглашения;

л) права кредиторов после завершения производства по делу о несостоятельности;

м) на кого возлагаются процессуальные расходы производства по делу о несостоятельности;

н) какие действия признаются ничтожными, оспоримыми или по презумпции недействительными на основании ущемления интересов всего сообщества кредиторов.

Право *lex fori concursus* будет определять в таком случае круг лиц, которые могут быть признаны несостоятельными, например, потребительское банкротство. К настоящему

времени в РФ физические лица не могут быть признаны несостоятельными. Однако если производство по делу о несостоятельности было возбуждено на территории государства, законодательство которого предусматривает потребительское банкротство (например, ФРГ), то в случае его признания в РФ процедуры банкротства могут быть применены на ее территории и в отношении физического лица.

Не менее важная задача состоит и в определении пределов действия *lex fori concursus*, ограничение которого преследует цели защиты интересов кредиторов. В качестве таковых, как правило, предусматривается:

- право места расположения недвижимого имущества;
- право, регулирующее возникновение вещных прав;
- право, применяемое в отношении трудового договора;
- право регистрации вещных прав;
- право государства, судом которого производится процессуальное действие по поручению.

В международном публичном праве РФ понятие «оказание правовой помощи по гражданским делам» охватывает не только проведение отдельных процессуальных действий по поданному поручению, но и признание актов иностранных судебных органов. В связи с этим применению подлежат, с одной стороны, соответствующие нормы национального процессуального права, а с другой - при признании решений по гражданским делам - вышеназванные международные соглашения с участием РФ о правовой помощи по гражданским делам.

Материальную часть подинститута трансграничной несостоятельности составляют непосредственно нормы национального законодательства о несостоятельности, в РФ, в первую очередь, нормы Закона о несостоятельности, которые регулируют материальные и процессуальные аспекты дел о трансграничной несостоятельности. В рамках процессуальной части данного подинститута трансграничной несостоятельности регулируются следующие вопросы:

- порядок признания иностранного производства по делу о несостоятельности, то есть в особенности судебных актов о возбуждении производства;
- порядок координации производства по делу о несостоятельности общего должника, сотрудничества судов и арбитражных управляющих.

**Принципы института трансграничной несостоятельности.** До рассмотрения отдельных вопросов производства по делу о трансграничной несостоятельности

необходимо определить, на каких принципах будет строиться такое производство, будет ли несколько независимых друг от друга, параллельных производств, либо будет одно единое производство, либо будет присутствовать взаимодействие между основным и дополнительным производствами.

В качестве исходной посылки и в целях четкости используемой терминологии представляется целесообразным разграничить виды производств – единого, основного, дополнительного, параллельного и вспомогательного.

а) единое производство возбуждается только в одном государстве, охватывает все имущество должника и проводится в соответствии с правом данного государства;

б) основное производство возбуждается в соответствии с предусмотренными правилами международной подсудности - по месту нахождения должника, по основному месту его деятельности по центру его основных интересов - и наряду с традиционными последствиями возбуждения производства по делу о несостоятельности выполняет функцию по координации всех производств в отношении одного и того же должника;

в) дополнительным является производство, возбуждаемое до и после возбуждения основного производства для регулирования ограниченных территорией данного государства вопросов несостоятельности должника в связи с наличием его имущества, либо филиала, либо другой привязки. Проведение данного производства осуществляется в координации с ходом основного производства. Согласно ст. 28 ЕКБ любое производство возбужденное после основного, определяемого по правилам ст. 4, признается дополнительным;

г) для параллельного производства характерно ограничение своего действия границами государства, в котором оно было возбуждено, и исключение действия на его территории производства, возбужденного за рубежом;

д) вспомогательное производство, не являясь, по сути, самостоятельным производством по делу о несостоятельности, направлено на обеспечение сохранности имущества должника. Характерным примером вспомогательного производства является процедура в институте несостоятельности США - ancillary proceedings - в соответствии с Законом о банкротстве (ст. 304), направленная на обеспечение сохранности имущества должника, находящегося на территории США. По ходатайству управляющего судьей по месту расположения имущества могут быть приняты меры по обеспечению данного имущества.

Соответственно существует два полярных принципа института трансграничной несостоятельности: принцип территориальности и принцип универсальности, вытекающих из того, что законодательство о несостоятельности каждого государства различным образом

регулирует вопрос о пределах действия национального производства и признания зарубежного производства по делам о несостоятельности.

1. **Принцип территориальности.** Принцип территориальности основан на постулате суверенитета каждого государства, следуя которому одно государство не вправе вторгаться в пределы суверенитета другого государства. В сфере института трансграничной несостоятельности данный постулат находит свое выражение в вопросах о границах конкурсной массы национального конкурсного производства, полномочиях конкурсного управляющего.

Поскольку принцип территориальности ограничивает производство границами одного государства, то следствием данного принципа является множественность производств. При этом не существует ни основных и дополнительных, ни вспомогательных производств, возбуждаются параллельные производства по делам о несостоятельности.

Следствием принципа территориальности являются то, что

1) одно государство исключает возможность включения имущества, расположенного на его территории, в конкурсную массу другого производства, проводимого на территории другого государства

2) государство допускает возможность возбуждения самостоятельного производства, независимого от производств за рубежом. Данное конкурсное производство охватывает имущество, расположенное на территории данного государства;

3) при распределении конкурсной массы среди кредиторов, участвующих в конкурсном производстве в данном государстве, не учитывается доля удовлетворения требований кредиторов в иностранных производствах

Например, в конкурсном праве Германии (после 1949 г. в ФРГ) до 1985 г. на практике признание находил именно данный принцип. Верховный Суд Рейха, а затем и Федеральный верховный суд ФРГ в ряде своих решений на основе § 237 Положения о конкурсе 1877 г.<sup>281</sup> высказали позицию, что иностранное конкурсное производство не может признаваться на территории ФРГ и учитываться при проведении национального конкурсного

<sup>281</sup> § 237 Положения о конкурсе (утратило силу) «Иностранное конкурсное производство».

(1) Допускается проведение исполнительных действий в отношении имущества должника, в отношении которого за рубежом открыто конкурсное производство, если данное имущество расположено имуществом на территории ФРГ. (2) Исключения из данного правила могут быть установлены распоряжением канцлера Рейха при получении согласия Бундесрата.

производства.<sup>282</sup> Причиной тому служит то, что возбуждение производства по делу о несостоятельности (открытие конкурса) является публичной формой проявления суверенитета отдельного государства и не может выходить за его границы.<sup>283</sup>

Однако в 1985 г. под давлением со стороны научных кругов<sup>284</sup> в своем решении по конкретному делу<sup>285</sup> Федеральный Верховный Суд ФРГ отказался от столь категоричной позиции. Суд указал, что § 237 Положения о конкурсе не исключает признания иностранного конкурсного производства. Открытие конкурсного производства за рубежом охватывает имущество, находящееся в ФРГ, и иностранный управляющий обладает правом включения такого имущества в конкурсную массу. Суд указал, что отказ в признании иностранного конкурсного производства противоречит идее равенства кредиторов. Открытие конкурсного производства, по мнению суда, является актом, направленным на защиту интересов кредиторов, а не государства как носителя суверенной власти. Поэтому иностранное конкурсное производство в той степени, в которой речь идет о частноправовых элементах, а не о реализации государственных и политико-экономических интересов, подлежит признанию.<sup>286</sup>

<sup>282</sup> Хотя в первом в области международного конкурсного права решении Верховного Суда Рейха от 28 марта 1883 г. – RGZ 6, 400, 404-408 - была признана возможность признания иностранного конкурса.

<sup>283</sup> См., например, решения Верховного Суда Рейха от 21 октября 1920 г., RGZ 100, 241; от 11 июня 1926 г. RGZ 114, 83; решения Федерального Верховного Суда ФРГ от 4 февраля 1960 г., NJW 1960, 774; от 30 мая 1962 г., NJW 1962, 1511; от 2 апреля 1970 г., NJW 1970, 1187.

<sup>284</sup> В научной литературе отстаивалась позиция, что положения § 237 вообще не предполагают тот вывод, к которому пришли судебные инстанции. См., например, *Jaeger/Jahr*, *Konkursordnung*, § 237 абз. 192 и посл., *Kilger/Schmidt*, *KO/VglO/GesO*, § 237, абз.2, *Kuhn/Uhlenbruck*, *Konkursordnung*, §§ 237, 238 абз. 13.

<sup>285</sup> Решение от 11 июля 1985 г. – IX ZR 178/84 – BGHZ 95, 256; WM 1985 1004. Конкурсному управляющему по конкурсу, открытому в Нидерландах, было разрешено включить находящееся на территории ФРГ имущество в конкурсную массу, а требование одного из ответчиков о взаимозачете было отклонено на том основании, что оно не признавалось допустимым согласно нидерландскому праву, то есть *lex fori concursus*.

<sup>286</sup> Как пример, указывалось на то, что на практике признанию подлежат многочисленные частноправовые акты, прежде всего, в сфере третейской юрисдикции. Такие акты и решения

2. **Принцип универсальности.** Основной идеей и целью производства по делу о несостоятельности является справедливое удовлетворение требования всех кредиторов несостоятельного должника, принцип равенства кредиторов (равенство кредиторов с равными требованиями) независимо от их национальной принадлежности и места нахождения – *par conditio creditorum*. Достижение данной цели в случае, когда должник обладает имуществом на территории нескольких государств, становится возможным только при условии, что конкурсная масса будет включать все имущество должника (универсальность). Только таким образом можно предотвратить ущемление интересов сообщества всех кредиторов, когда должником будет произведено перемещение имущества на территорию того государства, законодательство которого не признает открытие конкурсного производства за рубежом («forum shopping»).

Достойны здесь упоминания и идеи правового гуманизма, в соответствии с которыми право и законы становятся принадлежностью всего человечества в целом. Поэтому границы отдельных государств не должны служить препятствием для справедливого удовлетворения и по возможности в едином порядке требований кредиторов. Достижению данных целей уже в течение многих веков служит правовая наука, в рамках теорий которой находили и находят выражение идеи справедливого для своего времени удовлетворения требований кредиторов в случае несостоятельности с иностранным элементом.

Можно различить две направленности универсальности производства, внутреннюю и внешнюю. Внутренняя универсальность производства предполагает, что конкурсная масса в рамках местного производства претендует на включение (но не включает) того имущества должника, которое находится за рубежом. Именно данная норма закреплена в ст. 131 Закона о несостоятельности. Внешняя универсальность означает признание на территории данного государства иностранного производства и, как следствие, признание последствий, связанных с его открытием.<sup>287</sup>

---

по делам о несостоятельности необходимо отличать от актов национализации и конфискации, так как последние служат исключительно государственным интересам.

<sup>287</sup> Например, законодательство Китая следует внутренней универсальности – согласно ст. 123 Закона о конкурсе предприятий конкурсное производство, открытое в Китае, охватывает все имущество должника, в том числе расположенное за рубежом – но отказывается от включения универсальности внешней – в соответствии со ст. 7 названного Закона все конкурсные, реабилитационные и мировые процедуры, возбужденные за рубежом, не могут быть признаны на территории Китая.

Смежным с термином универсальности понятием является «экстратерриториальность». В ряде источников были выдвинуты даже предложения о замене универсальности названным термином.<sup>288</sup> Экстратерриториальность отражает один из элементов универсальности, а именно фактические границы производства по делу о несостоятельности, в то время как универсальность включает первоначально только предполагаемые пределы действия производства в соответствии с *lex fori concursus*. Поэтому как более узкое понятие термин экстратерриториальность распространения не получил.

Сложности реализации принципа универсальности связаны со следующими моментами. Во-первых, с различием материально-правовых положений правовых систем различных государств. Во-вторых, с ограниченностью возможностей урегулирования вопросов трансграничной несостоятельности с помощью лишь только средств национального законодательства. В то же время заключение международно-правовых актов по вопросам несостоятельности, как показывает практика, занимает продолжительное время.<sup>289</sup>

Большинство из государств в настоящее время признают принцип универсальности, и их национальное законодательство содержит соответствующие положения о включении в рамках местного конкурсного производства в конкурсную массу имущества, находящегося за рубежом, с одной стороны, и признания иностранного производства с возможностью включения в его конкурсную массу имущества, находящегося на территории данного государства. Однако данный принцип наталкивается на практике на ряд трудностей, которые не могут быть разрешены лишь национально-правовыми средствами и которые можно представить на следующих примерах.

Если иностранное конкурсное производство согласно законодательству суда, его открывшего, *lex fori concursus*, предполагает действие последствий возбуждения производства за рубежом, то только законодательство другого государства будет решать вопрос о допустимости данного действия. Законодательство другого государства будет регулировать условия и порядок признания иностранного производства, а также, самое главное, последствия признания. Немаловажно и наличие правил в законодательстве

<sup>288</sup> *Jaeger/Jahr*, Указ. соч. 1040; *Nussbaum*, *Das IKR der Schweiz*, С. 32 и посл..

<sup>289</sup> Например, германо-австрийский договор о конкурсе 1979 г. разрабатывался около ста лет, а работа над Европейским соглашением о процедурах несостоятельности длилась более 30 лет, в ходе которой было отклонено 4 проекта, а окончательный вариант так и не был ратифицирован.

первого государства, регулирующего различные варианты признания производства на его территории за рубежом. Поскольку и не исключена ситуация, когда другим государством, допускающим в целом признание иностранного производства, в данном случае в признании производства будет отказано (например, со ссылкой на противоречие основополагающим нормам публичного порядка, *ordre public*).

Возможна и другая ситуация, когда допускается возможность реализации имущества должника вне рамок иностранного производства (исполнительное производство, параллельное либо дополнительное конкурсное производство). *Lex fori concursus* в таком случае не вправе регулировать иностранные производства, однако оно может учитывать их результаты. Например, если кредитор получил частичное удовлетворение своих требований вне рамок данного производства, то *lex fori concursus* может обязать его к передаче полученного в конкурсную массу для получения удовлетворения из ее состава либо может предписать проведение взаиморасчета при определении квоты удовлетворения.

Если иностранное законодательство отказывается в признании производства, то *lex fori concursus* может содержать ответные аналогичные ограничения в отношении конкурсных производств, открытых на территории того государства. В этом и находит свое выражение принцип взаимности, закрепленные в п. 7 ст. 1 Закона РФ о несостоятельности. При разрешении вопроса о признании иностранного производства по делу о несостоятельности необходимо установить, в какой степени законодательством данного государства признается производство по делу о несостоятельности, возбужденное в РФ.

Следование принципу взаимности в институте трансграничной несостоятельности является очень спорным вопросом. Законодательство одних государств (РФ, Австрия, Чехия, Швеция) придерживаются его, законодательство других – нет (Германия, США). В отличие от ГПУ Германии в Положении о несостоятельности принцип взаимности прямо не закреплен, что повлекло в немецкой правовой науке разделение позиций по данному вопросу.<sup>290</sup> Недостатком данного принципа является то обстоятельство, что признание иностранного производства ставится в зависимость от права государства, где это производство было возбуждено, что предполагает установление данного права и производство на его основе сугубо эмпирической оценки национального производства по делу о несостоятельности в иностранном государстве.

<sup>290</sup> Так, принцип взаимности признается целесообразным в *Hanisch*, KTS 1978, 199; *Nadelmann*, KTS 1974, 196; *Zeuner*, в: *Smid*, GesO § 22 абз. 18, отрицается в следующих источниках *Lüer*, в: *Kuhn, Uhlenbruck*, §§ 237, 238 абз. 74; *Lüke*, KTS 1986, 16; *Schack*, JZ 1993, 724.

Необходимо также четко разграничивать понятия «универсальности» и «единства» производства. Универсальность обозначает пределы конкурсной массы, охватывающей все имущество должника независимо от места расположения такового. Единство отражает количественную характеристику конкурсного производства и означает наличие одного единственного производства, проводимого в отношении должника, который обладает имуществом на территории нескольких государств. Такая конструкция является больше теоретической, нежели практически осуществимой на практике, и по своей сути представляет идеальную и недостижимую даже в самом отдаленном будущем модель проведения производства.

Недостатки единого производства связаны, в первую очередь, с размером процессуальных расходов. Проведение одного производства, охватывавшего бы все имущество должника, наталкивается на большие практические трудности. С другой стороны, правовые системы государств содержат различные правила международной подсудности дел о несостоятельности, которые допускают возможность конкуренции производств, возбуждаемых в различных государствах. Поэтому в настоящее время большее распространение получают идеи так называемой контролируемой универсальности, суть которой заключается в проведении производства на основе принципа универсальности, но одновременно при множественности производств – основного и дополнительных.

Множественность производств в случае контролируемой универсальности коренным образом отличается от множественности производств, предполагаемой принципом территориальности. Отличия множественности производств при контролируемой универсальности состоят в следующем:

- только одно из производств является основным (здесь особенно отчетливо проявляется необходимость унифицированных правил о международной подсудности);
- данное основное производство признается во всех остальных государствах, в которых возбуждаются дополнительные производства;
- все иные производства помимо основного могут быть обозначены только в качестве дополнительных. Другие термины, такие как, например, вторичные, параллельные производства, не отражают в данном случае специфику контролируемой универсальности. Понятие «вторичное» отражает лишь количественный признак, множественность производств, характерную и принципу территориальности. Понятие «параллельное» свидетельствует о наличии нескольких, независимых друг от друга конкурсных производств в отношении одного и того же должника, проводимые в различных государствах.

**Признание иностранного производства.** В вопросе признания иностранного производства необходимо различать следующие объекты признания:

- признание решения о возбуждении производства по делу о несостоятельности;
- признание полномочий управляющего.

Безусловно, основным является признание первого из приведенных объектов, поскольку с признанием данного судебного акта связывается наступление основных последствий по делам о несостоятельности. Основными условиями и предпосылками признания судебного решения о возбуждении производства по делу о несостоятельности являются:

- соблюдение правил международной подсудности и вступление судебного решения в законную силу;
- соответствие публичному порядку государства, в котором осуществляется признание.

**Международная подсудность дел о несостоятельности.** Следующим условием признания иностранного производства по делу о несостоятельности (решения о возбуждении производства по делу о несостоятельности) является соблюдение правил международной подсудности судом, возбудившим производство.

Очевидна вся важность наличия унифицированных правил международной подсудности. В соответствии с российским законодательством привязкой для компетенции суда по возбуждению производства по делу о несостоятельности является расположение места нахождения должника - юридического лица на территории РФ (ст.ст. 24 АПК РФ, ст. 28 Закона о несостоятельности). Согласно ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное.

Согласно § 3 Положения Германии о несостоятельности исключительной территориальной подсудностью обладает суд по делам о несостоятельности, в округе которого находится место, определяющее общую подсудность должника.<sup>291</sup> В том случае, когда основное место самостоятельной хозяйственной деятельности должника находится в другом месте, рассмотрение дела о несостоятельности производится исключительно судом по делам о несостоятельности, в округе которого расположено это последнее место.

---

<sup>291</sup> Таковым является место жительства физических лиц, §§ 13-19 ГПУ Германии, место нахождения организаций, § 17 ГПУ Германии.

В настоящее с помощью международно-правовых актов проводится попытка установления правил о компетенции суда того государства, на территории которого располагается не столько место нахождения должника (место его регистрации), сколько большая доля его деятельности, находящая выражение в различных, в следующих далее примерах, формулировках.

Если обратиться к положениям ЕКБ, которые при ее вступлении будут обладать большей юридической силой, чем АПК РФ и Закон о несостоятельности, то в статье 4 данной Конвенции предусмотрено, что «суды и другие органы государства-участника, где должник имеет центр деловой активности, обладают компетенцией возбудить производство по делу о банкротстве. Центром деловой активности для юридических лиц, если не предусмотрено иное, считается место нахождения руководящих управленческих органов». Суды и другие органы государства-участника, на территории которого должник ведет хозяйственную деятельность, также обладают компетенцией по возбуждению производства по делу о несостоятельности:

а) если центр деловой активности должника не расположен на территории государства-участника;

б) если производство по делу о несостоятельности не может быть возбуждено судом или другим органом государства-участника, обладающим компетенцией в соответствии с абзацем 1 на основании положений национального законодательства или неспособности должника быть признанным несостоятельным. В этом случае такое государство-участник не обязано применять настоящую Конвенцию.

Если производство по делу о несостоятельности возбуждено в соответствии с пунктом «а» или «б» судом или другим органом в различных государствах-участниках, в которых должник ведет хозяйственную деятельность, суд или другой орган, принявший соответствующее решение первым, будет рассматриваться компетентным.

Наряду с этим, как следует из ст. 17 ЕКБ, не затрагивая различных оснований компетенции, предусмотренных в национальном праве, суды или другие органы любого государства-участника, на территории которого должник ведет хозяйственную деятельность, обладают компетенцией по возбуждению дополнительного производства по делу о несостоятельности. Суды и другие органы любого государства-участника, на территории которого находится имущество должника, обладают аналогичной компетенцией.

**Соответствие публичному порядку.** Традиционным условием признания иностранного конкурсного производства является правило о его соответствии публичному порядку государства, в котором осуществляется признание.

Как указано в п. 2 абз. 1 ст. 102 Закона Германии о введении в действие Положения о несостоятельности, «иностранное производство по делу о несостоятельности охватывает также имущество должника, находящееся на территории страны. Данное правило не действует, если признание иностранного производства влечет к результату, очевидным образом несовместимому с существенными принципами германского права, в особенности, если оно несовместимо с основными правами». Аналогичная норма действует и в России: «арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации» (п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ).

Как следует из приведенных положений, основное содержание оговорки о соответствии публичному порядку связано с соблюдением в производстве, подлежащем признанию, прав и процессуальных гарантий его участников, в особенности права быть выслушанным перед судом. В качестве примера нарушения данного права может выступать возбуждение производства по делу о несостоятельности в отношении должника без заслушивания его позиции.<sup>292</sup>

Оговорка о соответствии публичному порядку служит также препятствием для признания конкурсных производств, в форме которых фактически проводится конфискация и экспроприация имущества отдельных категорий должников.<sup>293</sup>

**Порядок признания.** Если отсутствуют правовые основы для автоматического признания возбуждения производства по делу о несостоятельности на территории другого государства, то в таком случае для этого требуется проведение процедуры признания иностранного производства.

---

<sup>292</sup> В этой связи стоит еще раз упомянуть о подобной практике дел о несостоятельности в РФ, оставшейся в прошлом, когда судья арбитражного суда должен был в течение трех дней разрешить заявление о признании должника несостоятельным.

<sup>293</sup> В качестве исторического примера можно привести подобные «конкурсные производства», которые проводились в Германии в тридцатые годы XX века во время прихода к власти фашистов. В форме конкурсного производства в то время производилась зачастую национализация имущества предпринимателей еврейской национальности.

Порядок признания судебных решений по гражданским делам, в том числе по делам о несостоятельности, в настоящее время был урегулирован АПК РФ (ст. ст. 241-246). Вопрос о признании решения иностранного суда рассматривается арбитражным судом по месту жительства (нахождения) должника, а если должник не имеет места жительства (нахождения) в РФ либо место жительства (нахождения) должника неизвестно, - по месту нахождения его имущества (ч. 1 ст. 242). Основания отказа в признании решения иностранного суда закреплены в ст. 244 АПК РФ.

Признание иностранного производства влечет наступление определенных последствий. Весь ход производства, в особенности последствия возбуждения основного производства по делу о трансграничной несостоятельности, регулируются, как правило, правом государства, где производство было возбуждено, *lex fori concursus*, если не предусматривается специального правила о применимом праве. В случае, когда речь идет о признании возбуждения производства в РФ, то последствий, предусмотренных ст. 63 Закона о несостоятельности.

**Понятие управляющего и его полномочия.** Следующим вопросом, требующим четкого разрешения при проведении конкурсного производства по делу о трансграничной несостоятельности, является определение круга лиц, признаваемых в качестве управляющих по данному производству и, следовательно, обладающих рядом широких полномочий по управлению и распоряжению имуществом несостоятельного должника. Признание на территории иностранного государства лица в качестве управляющего влечет допуск осуществления им своих полномочий за рубежом.

Согласно ЕКБ понятие «конкурсного управляющего» означает лицо или орган, чьи функции состоят в управлении предприятием-должником, ликвидации имущества предприятия-должника или контроле за его деятельностью (п. «а» абз. 3 ст. 1 ЕКБ). Назначение конкурсного управляющего должно быть подтверждено заверенной копией подлинного решения о его назначении или сертификатом о назначении, выданным судом или другим компетентным органом, начавшим производство по делу о банкротстве. Требуется перевод на официальный язык или языки государства-участника, на территории которого конкурсный управляющий осуществляет свои полномочия. Не требуется представления соответствующего законодательства и других формальностей (статья 2 ЕКБ).

При признании лица в качестве управляющего возникает следующая проблема по соотношению полномочий, предусматриваемых законодательством государства, в котором он был назначен, и законодательством государства, в котором статус управляющего был

признан. Как правило, определяющим предел полномочий управляющего является право *lex fori concursus*. Однако здесь возможны и исключения.

В международных многосторонних актах может быть предусмотрен единый для всех государств-участников круг полномочий управляющего в конкурсном производстве.

В соответствии со ст. 10 ЕКБ в рамках полномочий, возложенных на управляющего в соответствии с правом того государства-участника, где возбуждено производство по делу о несостоятельности и в соответствии с условиями, изложенными в настоящей главе, управляющий вправе предпринимать действия по управлению и распоряжению имуществом должника, включая возможность его перемещения с территории того государства-участника, где оно находится. Такие меры должны осуществляться в соответствии с правом того государства-участника, на территории которого находится имущество должника.

Осуществление полномочий управляющим на территории другого государства естественным образом подлежит ряду условий, предпосылок и ограничений. Например, согласно ЕКБ полномочия управляющего, изложенные в пункте 1 статьи 10 (см. выше), могут быть приостановлены в течение двухмесячного срока, начинающегося на следующий день после объявления, сделанного на основании ст. 9. Если же в течение этого срока или на любой другой стадии позднее будет подано заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности в государстве-участнике, где находится имущество должника, полномочия управляющего должны быть приостановлены до разрешения поданного заявления. Управляющий вправе заявить требования о возбуждении производства по делу о банкротстве, если условия такового соблюдены в соответствии с правом государства-участника, на территории которого управляющий намеревается осуществлять свои полномочия (ст. 11).

Управляющий не может осуществлять на территории другого государства-участника действия, которые:

- а) противоречат любому средству обеспечения, предоставленного любому лицу, за исключением должника, в форме ипотеки или залога иной собственности, установленному или признанному правом данного государства, или
- б) очевидным образом противоречат публичному порядку данного государства.

**Участие кредиторов в деле о трансграничной несостоятельности.** Аналогично определению последствий возбуждения производства по делу о несостоятельности регулируется порядок предъявления требований кредиторов и их установления: в случае

признания российского производства – в соответствии со ст.ст. 63, 46 Закона о несостоятельности; в случае признания в РФ иностранного производства по делу о несостоятельности – согласно законодательству о несостоятельности данного государства. Однако при этом необходимо заметить, что сроки для предъявления требований иностранными кредиторами с учетом зачастую необходимости легализации документов, обосновывающих требования, являются недостаточными для надлежащего соблюдения интересов кредиторов. Данную проблему должны разрешить специальные национальные нормы либо международно-правовые акты.

Статья 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривает порядок уведомления иностранных кредиторов о производстве. Применительно к РФ данная норма будет выглядеть следующим образом: во всех случаях, когда на основании федеральных законов РФ о несостоятельности уведомление должно быть направлено кредиторам в РФ, такое уведомление также направляется известным кредиторам, которые не имеют адреса в РФ. Арбитражный суд может вынести постановление о принятии соответствующих мер с целью направления уведомления любым кредиторам, адрес которых пока не известен.<sup>294</sup> Такое уведомление направляется иностранным кредиторам в индивидуальном порядке, если суд не сочтет, что с учетом обстоятельств более целесообразной является какая-либо другая форма уведомления. Передачи судебных поручений или соблюдения иных аналогичных формальностей не требуется. Когда уведомление о возбуждении производства должно быть направлено иностранным кредиторам, в этом уведомлении:

- а) указывается разумный срок для представления требований и конкретно указывается место их представления;
- б) указывается, требуется ли представление обеспеченных требований обеспеченными кредиторами;
- в) содержится любая другая информация, подлежащая включению в такое уведомление кредиторов в соответствии с законом настоящего государства и приказами суда.

Согласно ст. 20 ЕКБ в дополнительном производстве по делу о несостоятельности быть заявлены любые требования. Все требования, заявленные в дополнительном

---

<sup>294</sup> Вручение судебных документов иностранной стороне производится арбитражным судом через Министерство юстиции РФ, консула РФ и компетентный по законодательству иностранного государства орган, если иное не предусмотрено международным соглашением.

производстве по делу о несостоятельности, должны быть сообщены управляющему или компетентному органу в основном производстве по делу о несостоятельности. Сообщенные таким образом требования должны рассматриваться как заявленные в основном производстве по делу о несостоятельности.

Если производство по делу о несостоятельности возбуждено в одном из государств-членов, то суд данного государства-члена либо назначенный им управляющий незамедлительно уведомляет известных им кредиторов, место жительства, преимущественного пребывания или нахождения расположено на территории другого государства-члена. Уведомление осуществляется посредством направления индивидуального сообщения и в особенности содержит подлежащие соблюдению сроки, ознакомления с последствиями их пропуска, органы, компетентные для получения предъявляемых требований, и предписание дальнейших мер. В сообщении необходимо также указать, подлежат ли предъявлению требования привилегированных кредиторов либо требования, обеспеченные вещными правами.

**Взаимодействие производств.** Эффективность проведения производства по делу о трансграничной несостоятельности в наибольшей степени зависит от того, насколько успешным окажется сотрудничество органов, на которые возлагается данная задача, прежде всего, судебных органов и управляющих. Установление требований кредиторов, определение их очередности, с одной стороны, и формирование конкурсной массы, осуществление расчетов, с другой – это те ключевые моменты, которые подлежат координации между несколькими производствами. В этой связи можно выделить следующие два направления взаимодействия в рамках дела о трансграничной несостоятельности:

- оказание судебной помощи;
- взаимное информирование управляющих.

Как отмечалось выше, одной из составляющих при оказании правовой помощи является исполнение судебных поручений. Объектом судебных поручений может быть собирание доказательств, вручение документов (вызовов, извещений, копий судебных материалов), установлении адресов лиц, участвующих в деле. Порядок обращения с судебным поручением зависит от государства, с которым вступает в сношение арбитражный суд РФ. В рамках СНГ данный порядок урегулирован Соглашением государств - участников СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности от 20 марта 1992 г: «При оказании правовой помощи

компетентные суды и иные органы государств - участников Содружества Независимых Государств сносятся друг с другом непосредственно» (ст. 5). В сношениях с иными государствами при отсутствии заключенных с ними специальных международно-правовых актов судебные поручения исполняются в порядке, предусмотренном Гаагской Конвенцией 1965 года о судебных поручениях и статьей 256 АПК РФ.

Составляя одно из исключений принципа действия права *lex fori concursus*, исполнение судебного поручения регулируется нормами права государства запрашиваемого суда, если по ходатайству запрашивающего суда не было принято решение о применении норм права последнего.

Порядок предоставления судебной помощи предусмотрен и статьей 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ: в период с момента подачи ходатайства о признании и до принятия решения по этому ходатайству суд может по просьбе иностранного представителя, если судебная помощь срочно необходима для защиты активов должника или интересов кредиторов, предоставить судебную помощь временного характера, в том числе:

а) приостановить производство исполнительных действий в отношении активов должника;

б) поручить управление всеми или частью активов должника, находящихся в настоящем государстве, или их реализацию иностранному представителю или другому лицу, назначенному судом, в целях защиты и сохранения стоимости активов, которые по своим естественным свойствам или в силу иных обстоятельств являются скоропортящимися, могут утратить стоимость или подвержены иным опасностям;

в) предоставить любую судебную помощь, упомянутую в статье 21 абз. 1 пп. «в», «г», «ж».<sup>295</sup>

После признания иностранного производства, будь то основного или неосновного, если необходимо защитить активы должника или интересы кредиторов, суд может по просьбе иностранного представителя предоставить любую надлежащую судебную помощь, в том числе:

а) приостановить возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника;

б) приостановить производство исполнительных действий в отношении активов должника;

---

<sup>295</sup> Суд может отказать в предоставлении судебной помощи в указанном порядке, если такая помощь будет препятствовать проведению основного производства (абз. 3 ст. 19).

в) приостановить действие права на передачу, обременение или отчуждение иным образом любых активов должника;

г) принять меры по обеспечению опроса свидетелей, сбора доказательств или истребования информации в отношении активов, деловых операций, прав, обязательств или ответственности должника;

д) поручить управление всеми или частью активов должника, находящихся в настоящем государстве, или их реализацию иностранному представителю или другому лицу, назначенному судом;

е) продлить судебную помощь, предоставленную в соответствии со статьей 19 абз. 1.

После признания иностранного производства, будь то основного или неосновного, суд может по просьбе иностранного представителя поручить распределение всех или части активов должника, находящихся в настоящем государстве, иностранному представителю или другому лицу, назначенному судом, при условии, что суд убедится в том, что интересы кредиторов в настоящем государстве надлежащим образом защищены. При предоставлении судебной помощи согласно настоящей статье представителю неосновного иностранного производства суд должен убедиться в том, что эта помощь относится к активам, которые согласно закону настоящего государства подлежат управлению в рамках неосновного иностранного производства, или касается информации, требуемой в связи с этим производством (ст. 21).

При предоставлении судебной помощи согласно статьям 19 или 21 или отказе в ней или при изменении или прекращении судебной помощи суд должен убедиться в том, что интересы кредиторов и других заинтересованных лиц, включая должника, надлежащим образом защищены. Суд может обусловить помощь, предоставляемую согласно статьям 19 или 21, любыми условиями, которые он сочтет целесообразными (ст. 22).

Особого внимания заслуживает один из основных вопросов института несостоятельности – очередность требований кредиторов. Очередность удовлетворения требований кредиторов регулируется, как правило, правом *lex fori concursus*. В свою очередь, могут быть предусмотрены специальные правила о защите удовлетворения требований местных кредиторов либо приоритете права, регулирующего содержание вещного права на имущество должника.

В соответствии со ст. 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ принцип равноправия статуса местных и иностранных кредиторов не затрагивает порядка очередности требований на основании местного законодательства, за исключением того, что требования иностранных кредиторов не должны получать более низкого статуса, чем категория

непривилегированных требований. Согласно ст. 21 ЕКБ требования привилегированных кредиторов, кредиторов, права которых обеспечены ипотекой или залогом иной собственности, кредиторов, требования которых обладают публично-правовым характером, кредиторов, требования которых связаны с деятельностью должника или с работой у него в государстве-участнике, где возбуждено дополнительное производство по делу о несостоятельности, должны быть проверены и после их признания удовлетворены конкурсным управляющим из суммы, вырученной от реализации имущества должника в рамках вторичного производства.

### **В. Средства регламентации вопросов трансграничной несостоятельности.**

Уже из вышеприведенного материала видно, что все средства регламентации вопросов трансграничной несостоятельности можно подразделить на три группы:

- 1) национальное законодательство;
- 2) акты международных организаций и многосторонние международно-правовые акты;
- 3) двусторонние международно-правовые акты.

Здесь мы хотели бы обозначить те пробелы, которые присутствуют в данных группах, и определить возможные пути их восполнения.

Следует отметить, что даже в условиях, когда вопросы трансграничной несостоятельности прямо не названы в отечественных нормативных актах (Закон о несостоятельности, АПК РФ и другие), они все равно в той или иной степени регламентированы ими. Выше были представлены эти правовые основы. Тем не менее, многие, зачастую ключевые моменты трансграничной несостоятельности вниманием обделены.

Отечественная система законодательства о трансграничной несостоятельности в целом следует принципу универсальности. Это, в частности, вытекает из норм о признании на основе принципа взаимности, о пределах конкурсной массы и других. Следовательно, возникает вопрос, какой модели универсального производства следует российский институт несостоятельности: с единым производством либо с основным и дополнительным производствами.

Единое производство, как мы установили ранее, является идеальной, вряд ли достижимой и к тому же очень затратной моделью. Вполне логично было бы обратиться к концепции с основным и дополнительными производствами. Однако у нас нет никаких

оснований утверждать, что Закон о несостоятельности следует такой концепции. Если говорить откровенно, он вообще не следует никакой концепции в рассматриваемой сфере.

Для того, чтобы использовать самую эффективную, по нашему мнению, модель основного и дополнительного производств, должна существовать возможность возбуждения дополнительного производства по делу о несостоятельности, включая правила о международной подсудности, последствиях возбуждения такого производства, полномочия управляющего, порядка взаимодействия с основным производством, прежде всего, при ведении реестра требований кредиторов и их удовлетворении.

Таковой возможности в Российской Федерации в настоящее время не закреплено. Тем самым в итоге нарушаются интересы кредиторов, поскольку, во-первых, конкурсная масса уменьшается за счет имущества, расположенного за рубежом (в данном случае в России), а, во-вторых, даже если иностранный управляющий инициирует исполнительные действия в отношении имущественных объектов, расположенных в России, это повлечет несоизмеримые по общему правилу с полученной выручкой затраты.

Дополнительное производство по делу о несостоятельности является не единственным, не урегулированным в российском законодательстве вопросом трансграничной несостоятельности. Подлежат разрешению также проблемы, возникающие при необходимости уведомления кредиторов, находящихся за рубежом, временных затрат, связанных с легализацией иностранных документов, порядка сотрудничества российских судов и управляющих по производству, которое ведется в России (основное), с иностранными судами и управляющими.

Для решения последних вопросов могут стать эффективными акты международных организаций и многосторонние международно-правовые акты. Практика их заключения показывает, что чем конкретнее их участники пытаются урегулировать вопросы трансграничной несостоятельности, тем длительнее ведутся переговоры и вообще реше достигается отметка вступления в силу таких актов. Поэтому их основное предназначение должно заключаться в содействии координации производств, оказанию правовой помощи и сотрудничеству.

Именно этой цели следует Типовой Закон ЮНИСТРАЛ, который, однако, не обладает силой, положения которого лишь рекомендованы к имплементации со стороны его участников. Довольно спорно также и то, вступит ли в силу Конвенция Совета Европы об отдельных международных аспектах банкротства. В связи с этим, когда мы можем надеяться на действие многосторонних актов о трансграничной несостоятельности лишь в будущем, особое значение приобретает такая форма регламентации как двусторонний

международно-правовой договор, который впоследствии мог бы быть заменен многосторонним актом. Практика государств-членов Европейского Союза подтверждает данную идею, когда двусторонние договоры, заключенные между различными членами,<sup>296</sup> были заменены Регламентом Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о процедурах несостоятельности.<sup>297</sup>

В связи с этим нами предлагается концепция международно-правового договора между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия об урегулировании вопросов, возникающих по делам о несостоятельности (содержание данного договора см. в Приложении) в форме аналитической записки по вопросу о необходимости разработки проекта подобного договора. Данная концепция ориентируется на модель ЕКБ, предполагающей наличие основного и дополнительного производств по делу о несостоятельности.

**Цели и задачи договора.** В настоящее время институт несостоятельности (банкротства) является одной из актуальнейших тем отечественного законодательства, что нашло отражение, например, в принятии 26 октября 2002 года нового Закона о несостоятельности. Как тенденцию современности следует отметить, что и коммерческая деятельность предприятий, и имущественный оборот физических лиц все больше выходят за границы отдельных государств. Как следствие часто имущественные объекты должника расположены на территории различных государств, увеличивается число иностранных кредиторов, нередко в отношении обязательств должника выбрано иностранное применимое право. В таких условиях наступление трансграничной несостоятельности должника может привести к коллизии систем национального права различных государств,

---

<sup>296</sup> Например, бельгийско-австрийское соглашение о конкурсе, мировом соглашении и отсрочке платежей от 16 июля 1969 г.; германско-австрийский договор о конкурсном праве и мировом соглашении от 25 мая 1979 г.; французско-австрийское соглашение о юрисдикции судов, признании и исполнении решений в области института несостоятельности от 27 февраля 1979 г.; итальянско-австрийское соглашение о конкурсе и мировом соглашении от 12 июля 1977 г.; германско-нидерландский договор о взаимном признании и исполнении судебных решений и иных документов о признании задолженности по гражданским и торговым делам от 30 августа 1962 г.; Соглашение о конкурсном производстве между Данией, Финляндией, Норвегией, Швецией и Ирландией от 7 ноября 1933 г.

<sup>297</sup> Служебный вестник ЕС L 160 от 30/06/2000 С. 0001 – 0013.

для предотвращения которой требуется точная регламентация процедур несостоятельности на уровне как национального, так и международного права.

К сожалению, приходится констатировать, что в новом Законе о несостоятельности относительно данных вопросов была дана лишь общая ссылка на принцип взаимности и международно-правовые акты Российской Федерации. Однако, в свою очередь, у России отсутствуют и специальные международно-правовые договоренности, которыми были бы регламентированы вопросы трансграничной несостоятельности. Заключенные международные договоры общего характера, как, например, Договор о защите инвестиций либо предполагаемый Договор о правовой помощи (проект Министерства экономики РФ), не охватывают такую специальную область как институт трансграничной несостоятельности.

**Финансовая база.** Разработка и заключение данного международно-правового договора не потребует специальных финансовых затрат.

**Ожидаемые результаты.** Заключение подобного международно-правового акта в значительной степени увеличит инвестиционную привлекательность Российской Федерации, создаст необходимую опору для сотрудничества участников международного делового оборота. Будут защищены имущественные интересы как российских, так и иностранных должников и кредиторов.

---

---

## Заключение.

---

---

Исходя из цели диссертационного исследования, заявленного во введении – определение концепции (модели), лежащей в основе порядка возбуждения производства по делам о несостоятельности в судах Германии – и ориентируясь на представленный выше материал и его анализ, необходимо сделать ряд следующих выводов, которые завершили бы данную работу.

**Во-первых**, следует особо подчеркнуть историческую преемственность правил действующего Положения Германии о несостоятельности, эволюционность норм законодательства о несостоятельности.

Восходя своими корнями к частноправовой организации конкурсного производства в римскую эпоху, германский институт несостоятельности с течением времени воспринимал самые передовые идеи каждой эпохи, будь то на определенном этапе и формализм испанского конкурсного права, и рецепция римского права во французском праве. В результате в конце XIX века был принят Конкурсный Устав, для своего времени ставший «жемчужиной законодательства».

Отвечая на требования современного времени, германский институт несостоятельности был реформирован в конце XX века, усилив значимость реабилитационных процедур в условиях взаимосвязанности экономической и социальной жизни общества.

Необходимо отметить, что каждая реформа законодательства Германии о несостоятельности проводилась в результате тщательной и длительной проработки, исключая возможность экспериментов и перегибов.

**Во-вторых**, производство по делам о несостоятельности в Германии предстало как яркий образец подвида исполнительного производства, что особенно ценно в условиях по-прежнему неопределенной принадлежности производства по делам о несостоятельности в России к какому-либо определенному виду судопроизводства. Вряд ли мы сможем отнести дела о несостоятельности в России к исполнительному производству, однако зарубежные модели аналогичных институтов показывают нам многообразие средств регулирования вопросов несостоятельности.

К тому же, как отмечалось выше, сегодня даже в Германии производство по делу о несостоятельности престало быть сугубо исполнительным производством. Процессу

кристаллизации требований кредиторов предшествует самостоятельная стадия возбуждения производства по делу о несостоятельности, где господствуют принципы современного гражданского процесса. Это позволило нам назвать германскую концепцию «моделью трансформирования» от гражданского процесса в рамках квази-судебной процедуры к собственно сводному исполнительному производству.

Другими признаками, подчеркивающими своеобразие современного института несостоятельности являются цели по реабилитации должников, право должника на инициирование процедур несостоятельности, единство конкурсной массы, субсидиарное применение норм ГПУ.

Как следствие такой модели в рамках дел о несостоятельности наблюдается столкновение публично- и частноправовых интересов участников дела. В целях установления разумного баланса между такими интересами в делах о несостоятельности господствует как следственное, служащее защите публичных интересов, так и диспозитивное начало, отражающее частную автономию делового оборота.

**В-третьих**, стадия возбуждения производства по делам о несостоятельности в Германии делится на два этапа: 1) от момента подачи заявления до его принятия (допуск заявления); 2) с момента принятия заявления до момента возбуждения производства по делу о несостоятельности.

Первый этап представляет собой, в сущности, гражданский процесс, где одна сторона должна обосновать требования, предъявленные в качестве основы заявления, подтвердить соблюдение правил подсудности, конкурсообразность должника, управомоченность на обращение с заявлением, а другая сторона вправе опровергнуть доводы, представленные первой стороной, обосновать отсутствие указанных обстоятельств.

**В-четвертых**, в условиях загруженности арбитражных судов, когда судьи вынуждены по делам о несостоятельности выполнять неприсущие им функции, не может не броситься в глаза институт функциональной подсудности в германском гражданском процессуальном законодательстве, где по делам о несостоятельности полномочия распределены между судьей и его помощником.

Введение института помощника судьи в отечественном арбитражном процессе также позволяет использовать данную модель. Судья должен принимать решения в деле, то есть разрешать споры о праве и о факте, принимать акты, влекущие возникновение, изменение и прекращение прав. Технические же функции, не связанные с осуществлением правосудия, но подлежащие выполнению судом могут быть возложены на помощника судьи.

При этом судья должен обладать правом сделать оговорку о тех или иных полномочиях, которые он может оставить только за собой. Он же будет рассматривать жалобы на действия помощника. Представляется, что со временем такая модель будет введена в отечественном процессе, поскольку она служит целям процессуальной экономии, объективна и естественна.

**В-пятых**, узловым вопросом рассматриваемой темы являются основания возбуждения производства по делу о несостоятельности, здесь Россия и Германия используют различные модели.

В Германии отсутствуют точно определенные формы выражения неплатежеспособности либо сверхзадолженности, например, в твердых денежных суммах. Для ответа на данный вопрос широкие дискреционные полномочия предоставлены судье, именно поэтому большую роль здесь играет судебная практика.

По сути, указанное различие основывается на различном подходе к идее самого производства по делам о несостоятельности в России и представленной во второй главе стадии возбуждения производства в Германии. Если в России сначала возбуждается производство, а затем устанавливается несостоятелен ли должник и соответственно решается вопрос о процедурах несостоятельности, то в Германии вначале определяется не только соблюдение формальных условий при обращении с заявлением, но и наличие материальных оснований – неплатежеспособности, ее угрозы либо сверхзадолженности, и только в этом случае возбуждается производство, где выбирается его или ликвидационный, либо реорганизационный характер.

**В-шестых**, следует обратить внимание на опыт построения в Германии деятельности конкурсных управляющих и, в особенности, на модель их сотрудничества с судами по делам о несостоятельности. Представляется, что в связи с принятием нового Закона о несостоятельности этот вопрос станет одним из злободневных.

Институт несостоятельности должен способствовать, прежде всего, формированию независимых профессиональных управляющих как отдельной специализированной профессиональной категории. Средствами к тому являются стимулирование и ответственность.

Представляется, что саморегулируемые организации арбитражных управляющих как форма организации их деятельности, по своей сути, идея логичная и правильная, является преждевременной. Арбитражные управляющие только стали формироваться как самостоятельная категория предпринимателей, еще недостаточно окрепшая, в том числе, чтобы отстоять свою независимость. Поэтому в настоящее время необходимо обязательно

разрешить конкуренцию саморегулируемым организациям со стороны свободных управляющих, не загнанных в ряды первых.

**В-седьмых**, реалии нынешнего времени – процессы глобализации, ускорения научно-технического прогресса, развития экономического сотрудничества, усиления миграции населения – привели к тому, что еще никогда мир не становился таким малым, а точнее говоря никогда прежде мир не представлял собой такого единого образования, где все его члены были бы взаимозависимы друг от друга. Прежде всего, это касается экономико-правовых вопросов: финансовый кризис в одном регионе может моментально ударить по другим регионам. Одним из важнейших элементов в этой структуре является институт трансграничной несостоятельности.

Механизмы взаимодействия институтов несостоятельности различных государств – это не столько вопрос о производствах и процедурах, конкурсной массе и управляющих, сколько вопрос о формировании основ международного делового оборота, инвестиционного климата и защиты социально-экономических интересов. Именно на баланс этих составляющих должны быть нацелены соответствующие нормы национальных и международно-правовых актов о несостоятельности.

В отношениях России с Германией, являющейся ее основным торговым партнером, такой необходимой основой пока не создано, что, тем не менее, не означает отсутствие усилий и попыток к улучшению такого положения вещей, как на государственном, так и на частном уровне. Хочется надеяться, что представленная работа внесет свой, пусть и скромный вклад в это дело.

**Приложение.** Содержание международно-правового договора между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия об урегулировании вопросов, возникающих по делам о несостоятельности.

**Преамбула.**

**Глава . Общие положения.**

Статья . Сфера применения международного договора

Статья . Понятия, используемые в международном договоре

Статья . Международная подсудность

Статья . Общие правила о применимом праве

Статья . Специальные правила о применимом праве (вещные права третьих лиц, взаимозачет, оговорка о праве собственности, сделки с недвижимостью, трудовые договоры, регистрируемые права, интеллектуальные права, деликтные обязательства);

Статья . Публичный порядок.

**Глава . Основное производство по делу о несостоятельности.**

Статья . Признание возбуждения производства.

Статья . Последствия признания.

Статья . Признание и исполнение иных судебных актов, выносимых в рамках основного производства

Статья . Меры обеспечения.

Статья . Подтверждение назначения в качестве управляющего.

Статья . Полномочия управляющего, в том числе действия по управлению и распоряжению имуществом должника и способы охраны имущества должника

Статья . Уведомление кредиторов

Статья . Предъявление кредиторами требований.

Статья . Порядок участия кредиторов в органах кредиторского сообщества

Статья . Порядок удовлетворения требований кредиторов

**Глава . Дополнительное производство по делу о несостоятельности.**

Статья . Возбуждение дополнительного производства по делу о несостоятельности

Статья . Меры обеспечения.

Статья . Полномочия управляющего

Статья . Равенство кредиторов основного и дополнительного производств

Статья . Уведомление кредиторов

Статья . Предъявление требований кредиторов

Статья . Удовлетворение требований

Статья . Передача оставшегося имущества

Статья . Обязанность судов и управляющих по обмену информацией

Статья . Реорганизационные процедуры в дополнительном производстве

Статья . Завершение дополнительного производства.

**Глава . Заключительные положения.**

## Список использованной литературы

## На русском языке:

1. *Агеев А.Б.* Банкротство в гражданском праве. Проблемы теории. Автореф. канд. дис. - М., 2001.
2. *Агеев А.Б.* Законодательство о банкротстве: защита интересов должника // Законодательство, 2000, № 3.
3. *Агеев А.Б.* Банкротство как форма юридической ответственности // Законодательство, 2001, № 2.
4. Актуальные проблемы применения гражданского законодательства и законодательства о банкротстве в практике Высшего Арбитражного Суда РФ // Цивилистическая практика, 2001, выпуск третий.
5. Антикризисное управление: теория, практика, инфраструктура: учебно-практическое пособие / отв. ред. *А.А. Александров*. - М.: БЕК, 2002.
6. *Ануфриева Л.П.* Трансграничная несостоятельность как институт международного частного права, в: Международное частное право. М.: БЕК - 2001. Т. 3, С. 1-63;
7. Арбитражное управление: теория и практика наблюдения / Под общ. ред. *В.В. Голубева*, М., 2000.
8. *Архипов И.В.* Конкурсный процесс в системе торгового права России XIX века // Правоведение, 1999, № 1.
9. *Афонькин В.Н., Сабинина Е.А.* Законодательство о банкротстве: теоретические и практические аспекты. - М.: Современная экономика и право, 2000.
10. *Бакланова И.П.* Особое производство в арбитражном процессе, Автореф. канд. дис. - Екатеринбург, 1999.
11. Банкротство / под ред. *С.А. Позорова*. - М.: Экзамен, 2001.
12. *Баренбойм П.* Правовые основы банкротства: Учебное пособие, М., 1995.
13. *Баренбойм П., Копман А.* Статус арбитражного управляющего // Российская юстиция, 1999, № 12.
14. *Баринов В.А.* Антикризисное управление. - М.: ФБК Пресс, 2002.
15. *Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л.* Правовые основы несостоятельности (банкротства): учебно практическое пособие / под общ. ред. проф. *В.С. Якушева*. - М.: Норма, 2001.
16. *Белых В., Скуратовский М.* Гражданский кодекс и банковское законодательство // Хозяйство и право, 1997, № 4.

17. *Белых В.С.* Правовые основы банкротства юридических лиц - учебное пособие, Екатеринбург, 1996.
18. *Белых В.С.* Концепция банкротства: законодательная модель и реальность // Российский юридический журнал, 1995, № 3.
19. *Беляев С.* Банкротство и неплатежи: взаимосвязь, причины и следствия // Экономика и жизнь, 1994, №. 50.
20. *Бортич А.В.* Правовое регулирование наблюдения в процессе банкротства. Автореф. канд. дис. - М., 2002.
21. *Бургер М., Шельберг Б.* Возбуждение дел о несостоятельности в Германии // Бухгалтерский учет, №. 1.
22. *Вавилин Е.В.* Понятие несостоятельности (банкротства) предприятий // Правоведение, 1997, №. 4.
23. *Васильев Е.А.* Гражданское и торговое право капиталистических государств. М.: Международные отношения – 1993, глава XXII.
24. *Васильев Е.А.* Правовое регулирование несостоятельности и банкротств в гражданском и торговом праве капиталистических государств. М. 1989.
25. *Васьковский Е.А.* Учебник гражданского процесса. М., 1914.
26. *Ведде Р.* Обзор института несостоятельности в Германии / Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса – 2001 год, М.: Норма. 2002.
27. *Весенева Н.А.* Некоторые вопросы, связанные с рассмотрением арбитражными судами дел о несостоятельности // Вестник ВАС РФ, 1999, №. 6.
28. *Весенева Н.А.* О некоторых вопросах рассмотрения дел о несостоятельности // Хозяйство и право, 1999, №. 1.
29. *Вершинин А.П.*, Выбор способа защиты гражданских прав. – СПб., 2000.
30. *Витрянский В.В.* Новое законодательство о несостоятельности (банкротстве) // Хозяйство и право, 1998, №. 3.
31. *Витрянский В.В.* Как реформировать законодательство о банкротстве // Законодательство, 1999, №. 5.
32. *Витрянский В.В.* Пути совершенствования законодательства о банкротстве. Оно не должно быть дышлом в переделе собственности // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. 2001. №. 3.
33. *Витрянский В.В.* Новое в правовом регулировании несостоятельности // Хозяйство и право, 2003, №. 1.

34. Германское право. Часть III ... Положение о несостоятельности / Исследовательский центр частного права, Германский фонда международно-правового сотрудничества; научн. ред. *Р.И. Каримуллин*. – М.: Статут, 1999.
35. *Голубев В.В.* Арбитражные управляющие: квалификационные требования, этика, ответственность // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. 2001. № 3.
36. *Гольмстен А.Х.* Исторический очерк русского конкурсного процесса. СПб., 1888.
37. *Гордейчик С.* Банкротство как способ уклонения от долгов // Российская юстиция, 1999, № 1.
38. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999.
39. *Давтян А.Г.* Гражданское процессуальное право Германии. – М.: Городец, 2000.
40. *Дубинчин А.А.* Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) юридических лиц. Автореф. канд. дис. – Екатеринбург, 1999.
41. Ежегодник сравнительного правоведения. 2001 год. – М.: Норма, 2002.
42. *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран. Источники, судоустройство, подсудность. – М.: Статут, 2000.
43. *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. – М.: Статут, 2001.
44. *Калнан Р.* Процедура наблюдения // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. 2001. № 3.
45. *Каримов А.А.* Правовое регулирование несостоятельности индивидуального предпринимателя, Автореф. канд. дис. – СПб., 1997.
46. *Клейнман А. Ф.* О несостоятельности частных лиц по советскому процессуальному праву. Иркутск, 1929.
47. *Клочков А.А.* Принципы разрешения хозяйственных споров судами ФРГ // Международное публичное и частное право, 2002, № 1.
48. *Колиниченко Е.А.* Признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, Франции и России (сравнительный анализ) // Вестник ВАС РФ, 2000, № 8.
49. *Колиниченко Е.А.* Защита интересов неплатежеспособного должника при банкротстве. Сравнительно-правовой анализ. – М.: Статут, 2001.
50. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. *В.Ф. Попондопуло*. – М.: Омега-Л, 2003.
51. *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренсфельд П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. М.: Международные отношения - 2001, § 12.

52. *Кращенко Е.А.* Банкротство субъектов предпринимательской деятельности в Российской Федерации: проблемы правового регулирования. Автореф. канд. дис. - Волгоград, 2001.
53. *Кулешов В.В.* Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) в рамках Европейского Союза – Бизнес Адвокат, 2001 г., № 11.
54. *Кулешов В.В.* Механизм правового регулирования трансграничной несостоятельности в Содружестве Независимых Государств, в: Сборник докладов и выступлений на научно-практической конференции «Актуальные проблемы антикризисного управления: практика и перспективы», М., 2001.
55. *Ле Хоа*, Новый закон РФ о несостоятельности (банкротстве): взгляд зарубежного экономиста // Экономика и жизнь, 1998, № 11.
56. *Леонтьева Е.А., Бахин С.В.* Международно-правовая унификация регулирования трансграничной несостоятельности // Журнал международного частного права, 2001, № 4.
57. *Мальшев К.И.* Исторический очерк конкурсного процесса, СПб, 1871.
58. *Масевич М.Г., Орловский Ю.Л., Лаелодский Е.А.* Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». М., 1998.
59. *Маттель А.А.* К вопросу о пределах власти окружного суда при назначении присяжных попечителей по делам о банкротстве несостоятельных должников // Журнал гражданского и уголовного права. 1888. Кн. 3.
60. *Маттель А.А.* Правила о производстве дел о несостоятельности // Журнал гражданского и уголовного права. 1884. Кн. 8.
61. *Михалев И.Ю.* Криминальное банкротство. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.
62. *Монастырский Ю.Э.* Проблема применимого права в делах о несостоятельности (пример судебной практики 2000 г.), в: Международное частное право: современная практика. – М., 2000.
63. *Моул Н., Харби К., Алексеева Л.* Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6 Право на справедливое судебное разбирательство. – М.: Российская Академия правосудия, 2001.
64. *Муранов А.И.* Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений. Компетенция российских судов. – М.: Юстицинформ, 2002.
65. *Мухачев И.Ю.* Арбитражный управляющий: кто он и как им стать ? // Законодательство, 2000, № 12.
66. *Нефедьев Е.А.* Судопроизводство торговое. Конкурсный процесс. М., 1910.

67. *Никитина О.А.* Процедура наблюдения // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. 1998. Nr. 3.
68. *Осаке К.* Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. – М.: Дело, 2000.
69. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под. рук. *В.В. Залесского.* – М.: Норма, 2000.
70. *Пане Г.* Институт несостоятельности. Общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству. – М.: БЕК, 2002.
71. *Попондопуло В.Ф.* Конкурсное право (правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей). – М.: Юристъ, 2001.
72. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. – М.: БЕК, 2001.
73. *Прокудина Л.А., Простова В.М., Попов А.Д.* Участие прокурора в арбитражном процессе по делам о несостоятельности (банкротстве). Научно-практический комментарий. – М.: Юрлитинформ, 2001.
74. Российско-британский семинар по вопросам банкротства // Спец. приложение к Вестнику ВАС РФ, 2001, Nr. 3.
75. *Светланов А.Г.* Международный гражданский процесс: современные тенденции. Монография. – М.: ТОН, 2002.
76. *Семенов В.М.* Конституционные принципы гражданского судопроизводства. М., 1982.
77. *Семина А.Н.* Банкротство. Вопросы правоспособности должника - юридического лица. – М.: Экзамен, 2003.
78. *Сердитова Е.Н.* Конкурсное производство как форма реализации решения арбитражного суда, Автореф. канд. дис. - Екатеринбург, 2002.
79. *Сердитова Е.Н.* К вопросу о конкурсном производстве, в: Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. – Екатеринбург, изд. Гуманитарного университета, 2000.
80. *Сердитова Е.Н.* Некоторые процессуально-правовые вопросы, связанные с возбуждением дел несостоятельности (банкротстве) // Арбитражный и гражданский процесс, 2002, Nr. 3, С. 26-29.
81. *Степанов В.В.* Правовые системы регулирования банкротства. Автореф. канд. дис. - М., 1999.
82. *Степанов В.В.* Правовое регулирование несостоятельности в Германии, США, Англии, Франции и России // Актуальные проблемы гражданского права. - М.: Статут, 1998.

83. *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. - М.: Статут, 1999.
84. *Степанов В. В.* Проблемы трансграничной несостоятельности, в: Московский журнал международного права, 1998, №. 3.
85. *Суворов А.В.* Банкротство кредитных организаций. Автореферат канд. дис. - М., 2002.
86. *Телюкина М. В.* Проблемы несостоятельности и банкротства юридических лиц. Автореф. канд. дис. - М., 1997.
87. *Телюкина М.В.* Конкурсное право: теория и практика несостоятельности (банкротства) - М.: Дело, 2002.
88. *Телюкина М.В.* Сущность и некоторые проблемы конкурсного права // Законодательство, 2000, №. 4.
89. *Телюкина М.В.* Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». - М.: БЕК, 1998.
90. *Телюкина М.В.* Признаки и критерии несостоятельности юридических лиц /1 Юридический мир, 1997, №. 11.
91. *Телюкина М.В.* Возбуждение производства по делу о несостоятельности // Юридический мир, 1998, №. 11-12.
92. *Телюкина М.В.* Временный управляющий. Его статус и полномочия // Законодательство и экономика, 1999, №. 9.
93. *Телюкина М.В.* Действие российского законодательства о несостоятельности (банкротстве) // Законодательство и экономика, 1999, №. 2.
94. *Телюкина М.В.* Наблюдение как процедура конкурсного процесса // Хозяйство и право, 1998, №. 9-10.
95. *Телюкина М.В.* Особенности нового законодательства о банкротстве // Законодательство, 1999, №. 5.
96. *Телюкина М. В.* Полномочия конкурсного управляющего и теоретические проблемы определения его статуса // Юридический мир, 1999, №. 1-2.
97. *Телюкина М.В.* Правовое положение кредиторов должника, находящегося в процессе производства по делу о банкротстве // Юридический мир, 1999, №. 3.
98. *Телюкина М.В.* Способы предупреждения банкротства юридического лица // Адвокат, 1999, №. 9.
99. *Телюкина М.В.* Соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» в дореволюционном и современном праве // Юрист, 1997, №. 12.

100. *Ткачев В.Н.* Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) в Российской Федерации. – М.: Книжный мир, 2002.
101. *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». – М.: БЕК, 2000.
102. *Трайнин А.Н.* Несостоятельность и банкротство, СПб 1913.
103. *Трайнин А.Н.* Юридическая сила определения свойства несостоятельности // Вестник права, 1916, №. 38.
104. *Трофимов К.Т.* Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». – М.: Инфра-М, 2000.
105. *Тур Н.* Конкурсный устав Германской Империи и русские законы о конкурсе. Сравнительное изложение. - Карлсруэ, 1879 -1880.
106. *Туткевич Д.В.* Что есть торговая несостоятельность. СПб., 1896.
107. *Туткевич Д.В.* О праве объявления судом торговой несостоятельности *ex officio* // Журнал Министерства юстиции, 1896, №. 5.ы
108. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)». Постатейный комментарий / под общей ред. *В.В. Витрянского* - М., 1998.
109. *Федоров С.И.* Некоторые особенности рассмотрения арбитражными судами дел о несостоятельности (банкротстве). Автореф. канд. дис. - М., 2001.
110. *Федоров С.И.* Дело о несостоятельности (банкротстве): место в системе арбитражного судопроизводства, их цели и задачи, в: Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. – Екатеринбург, изд. Гуманитарного университета, 2000.
111. Хрестоматия по гражданскому процессу / под общ. ред. *М.К. Треушникова*. – М.: Городец, 1996.
112. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998.
113. *Чиркунова Е.В.* Особенности рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) граждан в арбитражных судах. Автореф. канд. дис. - СПб., 2001.
114. *Шеленкова Н.Б.* Россия и Германия: новое законодательство о банкротстве. Сравнительно-правовой анализ. - Законодательство, 1998, №. 7.
115. *Щенникова Л.* Банкротство в гражданском праве России: традиции и перспективы // Российская юстиция, 1998, №. 10.
116. *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс. - М.: Статут. 2000 (с издания 1912 г.).
117. *Шершеневич Г.Ф.* Учение о несостоятельности. Казань, 1890.

118. Юдин В.Г. Несостоятельность (банкротство): исторический аспект // Вестник ВАС РФ, 2002, Nr. 1.

**На немецком языке:**

1. Balz, Die Ziele der Insolvenzordnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 3.
2. Beule, Die Umsetzung der Insolvenzrechtsreform in die Justizpraxis, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 23.
3. Baur, Stürner, Zwangsvollstreckung, Konkurs- und Vergleichsrecht, Т. II. Insolvenzrecht, 12. Auflage, 1990.
4. Bernsen, Probleme der Insolvenzrechtsreform aus der Sicht des Rechtspflegers, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 1825.
5. Berscheid, Arbeitsrechtliche Probleme im Insolvenzeröffnungsverfahren, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 1361.
6. Berscheid, Personalanpassung im eröffneten Insolvenzverfahren und im Insolvenzplanverfahren, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 1395.
7. Beule, Die Umsetzung der Insolvenzrechtsreform in die Justizpraxis, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 23.
8. Boecker, Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient, 1984.
9. Bork, Die Aufrechnung im internationalen Insolvenzverfahrensrecht, ZIP 2002, 690.
10. Bremen, Erst Konkursverfahren - dann Insolvenzverfahren?, ZInsO 2002, 1.
11. Dabelow, Lehre vom Concurse der Gläubiger, 1801.
12. Delhaes, Die Stellung, Rücknahme und Erledigung verfahrensleitender Anträge nach der Insolvenzordnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 141 .
13. Die neuen Insolvenzgesetze: mit Einleitung; Begründung des Regierungsentwurfs ... // Dusseldorf: IDW-Verl., 1995.
14. Drukarczyk, Schüler, Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 95.
15. Eckardt, Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, С. 743.
16. Endemann, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis der Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877, ZZP 12 (1888), 24.

17. *Fischer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Insolvenzrecht im Jahre 2001, NZI 2002, 28.
18. *Fischer*, Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, DZWIR 2002, 15.
19. *Frind*, Das Insolvenzverfahren braucht zwei Köche, NZI 2002, 138.
20. *Frind, Frank, Schmidt*, Sozialversicherungsträger - Nassauer des Insolvenzverfahrens?, ZInsO 2002, 8.
21. *Fröhlich, Köchling*, Immaterielle Werte im Insolvenzverfahren, ZInsO 2002, 478.
22. *Fuchs*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1679.
23. *Fuchs*, Erste Erfahrungen mit dem InsO - Änderungsgesetz 2001, ZInsO 2002, 298.
24. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht. 4.Auflage, 2001, часть XIV.
25. *Gerhardt*, Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 193.
26. *Gottwald, Gerhardt*, Insolvenzrechts-Handbuch. 2. Auflage, 2000.
27. *Griese*, Beteiligung des Betriebsrats im Insolvenzeröffnungsverfahren, nach Verfahrenseröffnung und im Insolvenzplanverfahren, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1513.
28. *Grub*, Die Stellung des Schuldners im Insolvenzverfahren, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 671.
29. *Haarmeyer*, Strukturmerkmale der Vergütung im Insolvenzverfahren, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 483.
30. *Haarmeyer, Wutzke, Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, InsO/EGInsO. - 2. Auflage - München: Beck, 1998.
31. *Habscheid*, Die Anerkennung des schweizerischen Konkursverlustscheins in Deutschland und des Auszuges aus der Insolvenztabelle, KTS 2002, 251.
32. *Heidland*, Die Rechtsstellung und Aufgaben des Gläubigerausschusses als Organ der Gläubigerselbstverwaltung in der Insolvenzordnung (InsO), в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 711.
33. *Hellmann*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 1907.
34. *Henssler*, Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, ZIP 2002, 1053.
35. *Henze, Bauer*, Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im früheren und gegenwärtigen Insolvenzrecht, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1311.

36. *Herchen*, Die Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters hinsichtlich der «Auslandsmasse» nach In- Kraft- Treten der EG- Insolvenzverordnung (Verordnung des Rates Nr. 1346/2000), ZInsO 2002, 345.
37. *Hess, Weis, Wienberg*, InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO. 2.Auflage, 2001, T. I, §§ 1-34.
38. *Heyer*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, 1997.
39. *Heyrath*, Zur Forderung des Deutschen Bundes Deutscher Rechtspfleger auf Vollübertragung des gerichtlichen Insolvenzverfahrens, ZInsO 2002, 216.
40. *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. – Berlin, 1932.
41. *Jaeger u òp.*, Kommentar zur Konkursordnung – 8. Auflage, 1973.
42. *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Auflage, 1996.
43. *K.Schmidt, Uhlenbruck*, GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 1999.
44. *Kessler*, Das Grundrecht auf Bestellung zum Insolvenzverwalter, ZInsO 2002, 201.
45. *Kilger, Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze. KO/VglO/GesO, 17. Auflage, 1997.
46. *Kirchoff*, Die Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 268.
47. *Kirchhof*, Zwei Jahre Insolvenzordnung – ein Rückblick, ZinsO 2001, C. 1.
48. *Kluth*, Die «übertragende Sanierung» - Risiken und Nebenwirkungen einer Packungsbeilage zur Unternehmensveräußerung in der Insolvenz, NZI 2002, 1.
49. *Kocher*, Entschuldung jetzt auch für mittellose Schuldner?, DZWIR 2002, 45.
50. *Kohler*, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Auflage, 1903.
51. *Kreuzer, Wagner*, Insolvenzverfahren, в: *Dausers*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2000, раздел Q.6.
52. *Kübler*, Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 967.
53. *Kuhn, Uhlenbruck*, Konkursordnung, 11. Auflage, 1994.
54. *Landfermann*, Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 159.
55. *Lemontey*, Bericht über das Übereinkommen über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren. – Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Generaldirektion Binnenmarkt und gewerbliche Wirtschaft, 1985.
56. *Lüer*, Deutsches Internationales Insolvenzrecht nach der neuen Insolvenzordnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis. 2. Auflage, 2001, C. 297.

57. *Lüke, Prütting*, Lexicon des Rechts. Zivilverfahrensrecht. 2. Auflage, 1995.
58. *Lutter, Hommelhoff*, GmbH – Gesetz Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000.
59. *Marotzke*, BGB und InsO: zwei neue Leistungsstörungenrechte im Widerstreit, KTS 2002, 1.
60. *Mäusezahl*, Die unerlaubte Handlung in der Insolvenz der natürlichen Person, ZInsO 2002, 462.
61. *Meili*, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, 1909.
62. *Meili*, Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts, 1908.
63. *Mönning*, Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 375.
64. *Müller, Haas*, Bilanzierungsprobleme bei der Erstellung eines Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1799.
65. *Naumann*, Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 431.
66. *Noack*, Gesellschaftsrecht. – Koeln: RWS Verlag, 1999, в: *Kübler, Prütting*, InsO; спец. издание 1.
67. *Obermüller*, Kreditkündigung durch Banken angesichts einer Insolvenz, ZInsO 2002, 97.
68. *Oetker*, Konkursrechtliche Grundbegriffe, T. I, 1891.
69. *Omuseit*, Ausgewählte steuerrechtliche Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1779.
70. *Pagenstecher, Grimm*, Der Konkurs, 4. Aufl. 1968.
71. *Pape G.*, Die Eigenverwaltung des Schuldners nach der Insolvenzordnung, в: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 895.
72. *Pape G.*, Rechtsbeschwerden nach §§ 574 ff. ZPO n.F. im Konkursverfahren, ZInsO 2002, 249.
73. *Pape G., Pape J.*, Vorschläge zur Reform des Insolvenzverfahrens, insbesondere des Verbraucherinsolvenzverfahrens, ZIP 2000, 1553.
74. Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, eine rechtssoziologische Untersuchung. – *Gessner, Rhode, Strate, Ziegert*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 1977.
75. *Paulus*, Änderungen des deutschen Insolvenzrechts durch die Europäische Insolvenzverordnung, ZIP 2002, 729.
76. *Paulus*, Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten, WM 2002, 725.
77. *Paulus*, «Protokolle» – ein anderer Zugang zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen, ZIP 1998, C. 977.

78. *Plümpe*, Das Adhäsionsprinzip - gangbare Alternative zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Wirtschafts- und Insolvenzstraftaten, ZInsO 2002, 409.
79. *Prütting*, Aktuelle Entwicklungen des internationalen Insolvenzrechts, ZIP 1996, C. 1277.
80. *Prütting, Kübler*, InsO, 1998, T. I, §§ 1-34.
81. *Prütting*, Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 221.
82. *Richter*, Strafbarkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2002, 121.
83. *Robrecht*, Verschwiegenheitsverpflichtung des Notars im Insolvenzverfahren, KTS 2002, 57.
84. *Rosenberg, Schwab, Gottwald*, Zivilprozessrecht, Zivilprozessrecht, 15. Auflage, 1993.
85. *Runkel*, Reformvorschläge des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter zum Unternehmensinsolvenzrecht und Verhaltensrichtlinien der Arbeitskreismitglieder, NZI 2002, 2.
86. *Schmidt*, Änderung des Kaufrechts durch die Schuldrechtsreform und deren Bedeutung für die Praxis der Insolvenzverwaltung, ZInsO 2002, 103.
87. *Schulte-Kaubrügger*, Massenentlassungsanzeige während des Insolvenzeröffnungsverfahrens und nach Verfahrenseröffnung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1585.
88. *Schwerdtner*, Der Sozialplan im Eröffnungsverfahren und nach der Verfahrenseröffnung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1605.
89. *Seuffert*, Deutsches Konkursprozessrecht. – Leipzig: Duncker&Humblot, 1899.
90. *Seuffert*, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, 1888.
91. *Smid*, Das deutsche internationale Insolvenzrecht und das Europäische Insolvenz-Übereinkommen, DZWIR 1998, C. 10.
92. *Smid*, Die Haftung des Insolvenzverwalters in der Insolvenzordnung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 453.
93. *Spahlinger*, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, 1998.
94. *Summ*, Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren, Berlin, 1992.
95. *Thieme*, Zur Entwicklung des Konkursordnung, FS 100 Jahre KonkursO, 1977, 35.
96. *Thomas*, Mindestquote als Voraussetzung für die Restschuldbefreiung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1763.
97. *Trinkner*, Wiedereinführung der altorientalischen Schuldknechtschaft durch die Insolvenzordnung ?, BB 1992, 2441.

98. *Trunk*, Dogmatische Grundlagen zur Anerkennung von Auslandskonkursen, KTS 1987, C. 415.
99. *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht: systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, 1998.
100. *Uhlenbruck*, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 325.
101. *Uhlenbruck*, Die Insolvenzordnung – ein Jahrhundertgesetz ? NJW 2000, C. 1386.
102. *Uhlenbruck*, Probleme des Eröffnungsverfahrens nach dem Insolvenzrechts-Reformgesetz, 1994, KTS 1994, C. 169.
103. *Uhlenbruck Jan*, Die Rechtsfolgen der Abweisung oder Einstellung mangels Masse für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 1187.
104. *Uhlenbruck*, Die anwaltliche Beratung bei Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsantrag, 2. Auflage, 1996.
105. *Uhlenbruck*, Einhundert Jahre Konkursordnung, FS 100 Jahre KonkursO, 1977, 3.
106. *Vallender*, Die Reform der Reform, KTS 2002, 519.
107. *Vallender*, Das gerichtliche Gehör im Insolvenzverfahren v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 249.
108. Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1995.
109. *Wach*, Der Konkursprozess, Leipzig 1913/1914.
110. *Wellensiek*, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, C. 403.
111. *Wimmer, Stenner*, Lexicon des Insolvenzrechts // Neuwied, Krefeld: Luchterhand, 1999.
112. *Zöller u òp.*, Kommentar zur ZPO, 21. Auflage, 1999.

## Список сокращений.

## На русском языке:

- АПК - Арбитражный процессуальный Кодекс РФ 2002 г.  
 ГДР - Германская Демократическая Республика  
 ГПУ - Гражданское процессуальное Уложение Германии  
 ЕКБ - Конвенция Совета Европы о некоторых международных аспектах банкротства  
 ЕКПЧ - Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод  
 КУ - Конкурсный Устав ФРГ  
 ОЗ - Основной Закон Германии  
 ПоН - Положение Германии о несостоятельности  
 РФ - Российская Федерация (Россия)  
 ФКС - Федеральный Конституционный Суд Германии  
 ФРГ - Федеративная Республика Германия (Германия)

## На немецком языке:

- ABl. - *Amtsblatt* - Ведомственный бюллетень  
 Aufl. - *Auflage* - издание  
 Bd. - *Band* - Том  
 BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* - Гражданский кодекс Германии  
 BGBl. - *Bundesgesetzblatt* - Федеральный вестник законов  
 BGH - *Bundesgerichtshof* - Федеральный Верховный Суд Германии  
 BVerfG - *Bundesverfassungsgericht* - Федеральный Конституционный Суд Германии  
 BVerfGE - *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* -  
 Официальный сборник решений Федерального Конституционного Суда  
 Германии  
 BT - *Bundestag* - Бундестаг  
 BT-Drucks - *Bundestagsdrucksache* - печатное издание Бундестага  
 EGBGB - *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* - Закон Германии о введении  
 в действие Гражданского кодекса  
 EGGVG - *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* - Закон Германии о  
 введении в действие Закона о судостроительстве  
 EGInsO - *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* - Закон Германии о введении в  
 действие Положения о несостоятельности

- GesO - *Gesamtvollstreckungsordnung* – Положение ГДР о сводном исполнительном производстве
- HGB - *Handelsgesetzbuch* - Торговый Кодекс Германии
- InsO - *Insolvenzordnung* – Положение Германии о несостоятельности
- KO - *Konkursordnung* – Конкурсный Устав ФРГ
- KTS - *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen* - Основы конкурса, доверительного управления и третейской юрисдикции (журнал)
- LG - *Landesgericht* - суд земли Германии
- OLG - *Oberlandesgericht* – высший суд земли Германии
- UWG - *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* - Закон Германии о запрете недобросовестной конкуренции
- VglO - *Vergleichsordnung* – Положение ФРГ о мировом соглашении
- WM - *Wertpapier-Mitteilungen* - Заметки о ценных бумагах (журнал)
- ZInsO - *Zeitschrift für Insolvenzordnung* - журнал о несостоятельности
- ZIP - *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* - журнал по коммерческому праву
- ZPO - *Zivilprozeßordnung* - Гражданское процессуальное Уложение Германии