

Вестник экономического правосудия Российской Федерации

Ежемесячный журнал
№ 9 спецвыпуск 2020

Главный редактор:

А.Г. Карапетов,
доктор юридических наук

Директор издательства:

В.А. Багаев

Учредитель и издатель —
ООО «Издательская группа «Закон»

Свидетельство о регистрации СМИ:
серия ПИ № ФС77-72466 от 05.03.2018

Включен в Перечень рецензируемых
научных журналов и изданий,
в которых должны быть опубликованы
основные результаты диссертаций
на соискание ученых степеней.
Группа научных специальностей
12.00.00 — юридические науки

Адрес редакции: 107078,
г. Москва, а/я 94
Тел.: (495) 927-01-62
www.vestnik.ru
E-mail: post@vestnik.ru

Выпускающий редактор: О.С. Розанова
Корректор: Т.А. Казакова
Верстка: М.А. Гранкина

Подписано в печать 08.09.2020
Формат 60 x 84 1/8. Объем 140 с.
Тираж 4000 экз.
Отпечатано в ООО «Буки Веди»



Редакционный совет:

- Абушенко Д.Б. — профессор кафедры гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук
- Архипова А.Г. — консультант Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО, кандидат юридических наук
- Асосков А.В. — профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Багаев В.А. — преподаватель Московской высшей школы социальных и экономических наук, руководитель проекта «Закон.ру», магистр юриспруденции (СПбГУ), MJur (Oxon)
- Бациев В.В. — почетный работник судебной системы, действительный государственный советник юстиции 3-го класса
- Белов В.А. — профессор кафедры коммерческого права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Борисова Е.А. — профессор кафедры гражданского процесса МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Гаджиев Г.А. — судья Конституционного Суда РФ, профессор кафедры гражданского права и процесса НИУ ВШЭ в Санкт-Петербурге, доктор юридических наук
- Дождев Д.В. — декан факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук, заведующий кафедрой теории и истории частного права Российской школы частного права, доктор юридических наук
- Иванов А.А. — профессор, заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук
- Ильин А.В. — декан юридического факультета НИУ ВШЭ в Санкт-Петербурге, доктор юридических наук
- Калятин В.О. — профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, старший научный сотрудник Международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности НИУ ВШЭ, главный юрист по интеллектуальной собственности ООО «УК «РОСНАНО», кандидат юридических наук
- Козлова Н.В. — заместитель декана, профессор кафедры гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Комаров А.С. — профессор, заведующий кафедрой международного частного права BABT, доктор юридических наук
- Красавчикова Л.О. — судья Конституционного Суда РФ, профессор кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук
- Кресси Регици Г. — профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Мифтахутдинов Р.Т. — доцент кафедры административного и финансового права СПбГУ, кандидат юридических наук
- Павлов А.А. — доцент кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук
- Рудоквас А.Д. — профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Толстой Ю.К. — академик РАН, профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Степанов Д.И. — доцент факультета права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, LL.M., MPA
- Шевелева Н.А. — заведующая кафедрой административного и финансового права СПбГУ, доктор юридических наук
- Шрамм Х.-И. — доктор юридических наук (Университет Висмара)
- Ярков В.В. — профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук

Содержание/Contents

Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве

Decrease in Priority (Subordination) of the Claims of the Debtor's Controlling or Affiliated Persons in Russian Bankruptcy Law

3	Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020
5	Общие положения
17	Комментарий к п. 1
17	Стандарт доказывания «вне разумных сомнений»
22	Расширение предмета доказывания
24	Отказ от доктрины переквалификации требований (п. 2 ст. 170 ГК РФ)
27	Комментарий к п. 2
27	Модель субординации контролирующих должника и аффилированных с ним лиц
31	Понятие контролирующего и аффилированного лица
41	Комментарий к п. 3
41	Понятие компенсационного финансирования
49	Понятие имущественного кризиса
52	Субординация требований контролирующих лиц в отдельную очередность
53	Субординация требований контролирующих лиц, подтвержденных судебным актом
53	Ключевой аргумент в пользу субординации требований контролирующих лиц
57	Оспаривание платежей по субординируемым требованиям контролирующих лиц в предбанкротный период
61	Комментарий к п. 4
66	Комментарий к п. 5
72	Комментарий к п. 6
73	Субординация суброгационных требований, основанных на обеспечении контролирующих лиц
75	Субординация требований, перешедших к контролирующему лицу от независимого кредитора в порядке уступки права требования
79	Субординация суброгационных требований, возникших в результате погашения долга в порядке ст. 313 ГК РФ перед внешними кредиторами
81	Комментарий к п. 7
85	Комментарий к п. 8
88	Комментарий к п. 9
88	Формирование уставного капитала участниками юридического лица
95	Недостаточная капитализация
104	Комментарий к п. 10
111	Комментарий к п. 11
120	Комментарий к п. 12
124	Комментарий к п. 13
127	Комментарий к п. 14
129	Вместо эпилога

Приложение к «Вестнику экономического правосудия РФ» № 9/2020



Рустем Тимурович Мифтахутдинов

доцент кафедры административного и финансового права СПбГУ, руководитель магистерской программы СПбГУ «Банкротное право», доцент кафедры коммерческого права и процесса РШЧП, кандидат юридических наук



Айнур Ильшатович Шайдуллин

консультант Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, магистр частного права

Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве¹

Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020

Статья посвящена комментированию правовых позиций, содержащихся в Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований лиц, контролирующих должника и аффилированных с ним (утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020). Этот документ является одним из ключевых для современ-

¹ Авторы выражают глубокую признательность И.В. Кокорину (преподаватель Лейденского университета), И.В. Горбашеву (соискатель Уральского государственного юридического университета) и А.Г. Карапетову за очень ценные замечания и предложения, высказанные к проекту настоящей статьи. Кроме того, особую благодарность авторы выражают О.Р. Зайцеву (доцент РШЧП), многочисленные беседы с которым во многом определили облик настоящей статьи. Однако за любые упущения и неточности отвечают исключительно авторы статьи.

ного банкротного права позитивных источников регулирования вопросов, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц. Авторы подробно рассматривают содержащиеся в упомянутом Обзоре разъяснения с учетом мотивов, лежащих в основе соответствующих правовых позиций, а также исследуют те аспекты, по которым еще можно развить российское право с учетом опыта зарубежных правовых порядков. Авторы являлись членами рабочей группы ВС РФ по подготовке проекта комментируемого Обзора.

Ключевые слова: понижение в очередности (субординация), контролирующее должника и аффилированное с ним лицо, компенсационное финансирование, имущественный кризис, несостоятельность (банкротство)

Rustem Miftakhutdinov

Associate Professor at the Administrative and Finance Law Department, Head of the Bankruptcy Law Master's Program of the Saint Petersburg State University, Associate Professor at the Business Law and Legal Procedure Department of the Russian School of Private Law, PhD in Law

Ainur Shaidullin

Consultant at the Alexeev Research Centre for Private Law under the President of the Russian Federation, PhD Student at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Master of Law (Russian School of Private Law)

Decrease in Priority (Subordination) of the Claims of the Debtor's Controlling or Affiliated Persons in Russian Bankruptcy Law

Scientific and Practical Commentary to the Review of Judicial Practice of Dispute Resolution Related to the Establishment of Claims of Controlling Debtor and Its Affiliates in Bankruptcy Procedures Approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 29 January 2020

The article comments legal positions contained in the Review of judicial practice of dispute resolution related to the establishment of claims of the controlling debtor and its affiliates in bankruptcy procedures (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 29 January 2020). This document is one of the key positive sources for modern bankruptcy law regulating issues related to the establishment of the claims of the controlling debtor and its affiliates in bankruptcy proceedings. The authors examine in detail the clarifications contained in the abovementioned Review, taking into account the motives underlying the respective legal positions, and also examine those aspects on which Russian law can still be developed, taking into account the experience of foreign jurisdictions. The authors were members of the working group of the Supreme Court of the Russian Federation that prepared a draft of the commented Review.

Keywords: reduction in priority (subordination), person controlling the debtor and his affiliates, compensation financing, financial crisis, insolvency (bankruptcy)

Общие положения

Вопрос о субординации требований участников корпорации при ее банкротстве — пример негативного влияния советского периода на отечественную юриспруденцию. Поскольку в плановой экономике нет места банкротству, то советское право также его не знало, и потому XX в. с его бурным развитием банкротного права в странах с рыночной экономикой прошел незамеченным для нашей страны. Большую часть своей истории банкротное право обсуждало именно банкротство граждан. И пока в XIX в. не была создана и не получила широкого распространения современная конструкция свободно создаваемой частными лицами корпорации как юридического лица с ограниченной ответственностью², вопрос о судьбе требований участника корпорации при ее банкротстве не стоял (в частности, в ситуации его ответственности по ее долгам всем своим имуществом спорной была сама возможность банкротства юридического лица). Но после того как эта конструкция прижилась, она с неизбежностью поставила перед юриспруденцией следующего века вопрос о том, какова будет судьба требования участников этой корпорации при ее банкротстве. Российское дореволюционное банкротное право успело добраться до обсуждения возможности банкротства юридического лица³, но в силу мало отведенного ему историей времени не дошло до вопроса о субординации, остановившись в 1917 г. в своем развитии (напомним, что обсуждение субординации за рубежом начинается с конца 1930-х гг.). Полное забвение банкротства в отечественной правовой традиции советского периода привело к тому, что при восстановлении банкротного права в постсоветский период представления отечественной юриспруденции о нем были естественным образом очень слабыми, и потому процесс доведения его состояния до уровня развитых иностранных юрисдикций ожидаемо затянулся на десятилетия.

По этой причине прямого и полноценного регулирования вопроса о субординации в новейшей истории банкротного права в каждом из трех российских законов о банкротстве почти невозможно было ожидать, но все же в них изначально содержались нормы, благодаря телеологическому толкованию которых можно было сформировать практику субординации требований контролирующих должника лиц. Имелись для этого и догматические предпосылки. Так, п. 2 ст. 30 Закона РФ от 19.11.1992 № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» предусматривал, что в четвертую очередь удовлетворялись требования конкурсных кредиторов, в пятую — членов трудового коллектива предприятия-должника, обладающих вкладом в его имущество; в шестую — прочих собственников, а в седьмую — все остальные требования. Предыдущие три очереди были привилегированными. В следующем законе — Федеральном законе от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон № 6-ФЗ) уже появляется норма, аналогичная действующей, согласно которой конкурсные кредиторы — это кредиторы по денежным обязательствам, за исключением учредителей (участников) должника — юридического лица по обязательствам, вытекающим из такого

² Об истории появления такой конструкции см., напр.: *Медведев А.Ю.* История доктрины корпорации в английском праве (XVIII — середина XX вв.). М., 2014.

³ См., напр.: *Ткачев В.Н.* Актуальные проблемы правового регулирования несостоятельности (банкротства) в современном российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 34; Может ли юридическое лицо быть признано несостоятельным? // *Юридический вестник.* 1879. Кн. 7. С. 170—171.

участия. Такое же законоположение содержится и в абз. 8 ст. 2 действующего Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве), в котором указано, что не являются конкурсными кредиторами учредители (участники) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия⁴.

При этом необходимо учесть, что как Закон № 6-ФЗ, так и действующий Закон о банкротстве концептуально являются крайне прокредиторскими, серьезно ограничивающими права должника и его контролирующих лиц в процедурах банкротства. Так, участники и акционеры должника не только не являются лицами, участвующими в деле о банкротстве (ст. 34 Закона о банкротстве), но даже в процессе о банкротстве могут участвовать только через одного представителя (ст. 35 Закона о банкротстве). Решение о судьбе должника принимается не судом, а конкурсными кредиторами, суд лишь его утверждает (п. 2 ст. 75 Закона о банкротстве). Процедуру финансового управления ввести нереально (нужна банковская гарантия под 120% всех требований кредиторов (п. 3 ст. 75)). Во внешнем управлении и конкурсном производстве прекращаются практически все корпоративные права участников (акционеров) в отношении должника (ст. 94 и 126 Закона о банкротстве). В конкурсном производстве остается одно-единственное право у контролирующих должника лиц — право погасить все требования кредиторов (ст. 129.1 Закона о банкротстве). Идеология любой прокредиторской модели хотя и очень спорна, но проста: если участники и акционеры крайне неумело управляли бизнесом или не смогли предвидеть риски, что в результате привело к банкротству, то они лишаются каких-либо прав и всё управление должником и его имущественным активом переходит к тем лицам, чьи обязательственные права нарушены в результате такого неумелого управления, — кредиторам⁵. При этом доктрина в дополнение к легальному определению конкурсных кредиторов, содержащемуся в ст. 2 Закона о банкротстве, называет два существенных признака конкурсных кредиторов в деле о банкротстве: право на инициирование конкурсного процесса и право на управление⁶. Очевидно, что при такой прокредиторской направленности современного российского банкрутного права сложно представить, что законодатель, так серьезно ограничив участников и акционеров в деле о банкротстве, имел целью допустить их как до равного удовлетворения требований наряду с независимыми кредиторами, так и до управления должником в процедурах банкротства путем голосования на собрании кредиторов.

Тем не менее потребовалось достаточно долгое время для того, чтобы телеологический смысл указанных норм заработал. Судебная практика очень долго к идее

⁴ Были в нашем законодательстве и другие примеры регулирования, догматически приводящие к идее о субординации. Так, в законодательстве о банкротстве банков предусматривалось удовлетворение после всех кредиторов требований по субординированным кредитам, которые, как правило, выдают банку его акционеры для поддержания капитала (п. 6 ст. 50.36 Федерального закона от 25.02.1999 № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», затем ст. 189.95 Закона о банкротстве). Кроме того, в НК РФ существуют правила так называемой тонкой капитализации, которые позволяют для целей уплаты налога рассматривать выплаты по займам как дивиденды (п. 2 ст. 269).

⁵ См.: Мифтахутдинов Р.Т. Банкротство хозяйствующих субъектов: учебник для бакалавров / под ред. И.В. Ершовой и Е.Е. Еньковой. М., 2016.

⁶ См.: Там же.

субординации таких требований относилась крайне осторожно. Причин этому, думается, несколько. Это и уже отмеченная новизна института банкротства в целом, требовавшая элементарного времени для понимания его особо сложных процессов⁷, это и общий позитивистский настрой в отечественной доктрине и судебной практике (например, даже в новейшей судебной практике до принятия Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020; далее — Обзор) почти в каждом деле, посвященном субординации требований, указывалось, что в Законе о банкротстве отсутствуют нормы, предусматривающие субординацию требований контролирующих должника лиц), а возможно, это и стремление судов выравнивать несправедливый дисбаланс российского банкротного права в сторону кредиторов⁸.

Единственной нормой, которая может прямо служить основой для этих целей, является пока абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве. Однако данная норма долгое время толковалась довольно узко, имея в виду, что под нее подпадают только корпоративные по своей форме требования о выплате дивидендов, действительной стоимости доли и т.д.⁹

В зарубежных правовых порядках в целом существует несколько классических моделей субординации¹⁰. Если говорить в общем и упростить детали, то немецкая модель

⁷ В этом смысле субординация — лишь один из многих примеров. Так, конкурсное оспаривание заработало эффективно в России только в 2009 г. (через 17 лет после возвращения банкротства), субсидиарная ответственность — еще позже, в начале 2010-х гг., и т.д.

⁸ Конечно, очевидно, что конструкция субординации требований контролирующих должника лиц при банкротстве не находится в какой-либо связи с прокредиторской, продолжниковской или сбалансированной моделью законодательства о банкротстве, поскольку в основу субординации заложена идея недопустимости переноса предпринимательского риска на независимого (внешнего) кредитора, который не участвует в предпринимательской деятельности должника, но тем не менее приведенная аргументация отлично иллюстрирует мысль о том, что российский законодатель никак не мог допустить мысль о равных правах внешних кредиторов и участников (акционеров) должника.

⁹ Вот как, например, комментировал аналогичные нормы Закона № 6-ФЗ один из его разработчиков проф. В.В. Витрянский: «Обязательства перед учредителями (участниками) должника — юридического лица, вытекающие из такого участия (например, обязанности по выплате дивидендов акционерам), носят внутренний характер и не могут конкурировать с т.н. внешними обязательствами, т.е. с обязательствами должника как участника имущественного оборота перед иными участниками имущественного оборота» (Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: постатейный комментарий / под общ. ред. В.В. Витрянского. М., 1998. С. 44 (комментарий к ст. 4). Аналогичную позицию этот автор высказывает и комментируя Закон о банкротстве 2002 г. (см.: Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Витрянского. М., 2003 (комментарий к ст. 4)).

¹⁰ Подробнее см., напр.: *Шайдуллин А.И.* Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 10. С. 24–46; *Он же.* Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 116–158; *Белоусов И.А.* Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 5. С. 120–169; *Аюян А.Э.* Проблемы имплементации доктрины *recharacterization* в российскую правовую систему // Вестник гражданского

сводится к тому, что все требования участников (акционеров) должны понижаться в очередности (субординироваться), помимо прямо упомянутых в законе исключений (привилегия миноритарности и привилегия санации). Австрийская модель (похожий подход также в Италии) заключается в том, что займы участников (акционеров) понижаются в очередности (субординируются) только в том случае, если они предоставлены в условиях кризиса общества (трудной экономической ситуации). Модель перекалфикации в США ориентирует суды на выяснение истинной воли участника (акционера) при предоставлении займа на основании многочисленных критериев, сформулированных судами, которые свидетельствуют о том, что предоставление участника (акционера) по существу являлось вкладом в капитал (*equity*). И наконец, можно выделить также модель субординации (справедливая субординация в США), при которой требования участника (акционера) понижаются в очередности (субординируются) только в том случае, если будут доказаны упречность его действий и причинение вреда иным кредиторам в размере такого вреда. Кроме того, стоит упомянуть, что ряд правовых порядков, а именно Франция и Англия¹¹, не понижают в очередности требования участника (акционера). Таким образом, российский правовой порядок в известном смысле стоял перед выбором одного из изложенных подходов.

Первый шаг на пути к признанию института субординации в России сделал Высший Арбитражный Суд РФ в постановлении Президиума от 30.11.2010 № 10254/10 по делу «Косых против Новосибирского хладокомбината», в котором суд указал, что участники (акционеры) хозяйственного общества — должника, составляющие в совокупности высший орган управления обществом (общее собрание участников (акционеров)), ответственны за эффективную деятельность самого общества и поэтому несут определенный риск наступления негативных последствий своего управления им¹².

Однако правовая позиция ВАС РФ не получила массового распространения в нижестоящих судах. Первое дело появилось только спустя четыре года. АС Красноярского края вынес определение от 10.09.2014 по делу № А33-16866/2013 («Красильников против агентства «Норильск Авиа Сервис»), в котором было дано тонкое телеологическое толкование правовой природе займа участника своему обществу (в том числе со ссылкой на дело Косых). Здесь прозвучала и недостаточная капитализация общества на момент создания, и долгое неистре-

права. 2017. № 6. С. 221–240; Кокорин И.В. Все кредиторы равны, но некоторые равнее других. К вопросу о субординации корпоративных займов при банкротстве в России, Германии и США // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 2. С. 119–137; Weijts R.J., de, Good M. Shareholders' and creditors' entitlements on insolvency: who wins where? // Journal of International Banking and Financial Law. November 2015. P. 642–645; Huber U., Habersack M. Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen // Lutter M. (Hrsg.). Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Berlin, 2006. S. 370–433.

¹¹ Существует мнение, что позиция о несубординации займов в Англии обусловлена стремлением привлечь компании под свою юрисдикцию (*comi-migration*). Наглядным примером может служить банкротство компании *BenQ Mobile Holding*, где акционеры пытались избежать банкротства в Германии по причине жесткой субординации их займов, см.: Weijts R.J., Breeman M. COMI-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law // European Company and Financial Law Review. 2015. Vol. 11 (4). P. 500–502, 524. URL: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2014-0495>.

¹² См. также: постановление Президиума ВАС РФ от 20.06.2013 № 3810/13.

бование займа заимодавцем. Однако Верховный Суд РФ своим определением от 06.08.2015 № 302-ЭС15-3973 отменил это определение и на тот момент оттолкнулся от крайне позитивистской концепции, указав на отсутствие в российском Законе о банкротстве норм о субординации и на право участника пользоваться всем гражданско-правовым инструментарием при вступлении в отношения со своим обществом. Нижестоящие суды тогда восприняли данное определение как сигнал к изменению судебной практики и прекратили на время какие-либо попытки субординации контролирующих должника лиц при банкротстве. Более того, в судебной практике стали встречаться дела, из которых были видны случаи злоупотреблений со стороны контролирующих должника лиц¹³.

Молодость и связанное с ней несовершенство российского банкротного права часто становится причиной того, что его нормы используются недобросовестными лицами для выстраивания различных схем. Термин «контролируемое банкротство» не является уже чем-то экзотическим и все чаще встречается в публикациях как особая форма злоупотребления правом¹⁴. Именно злоупотребления правом при банкротстве, в первую очередь со стороны контролирующих лиц, стали причиной появления и развития института субординации в России.

Особенностью финансирования компаний контролирующими должника лицами в России являлось не только и даже не столько желание экономической конкуренции с независимыми кредиторами, но прежде всего желание получить фактический контроль над процедурой банкротства. Это связано с тем, что, в отличие от иностранных правовых порядков, где сформировался институт субординации требований акционеров, в России кредиторы имеют гигантскую власть над процедурой банкротства (выбор управляющего и процедуры банкротства, утверждение порядка продажи имущества и т.д.). Такой контроль, учитывая несовершенство многих институтов в российском банкротном праве (в первую очередь института торгов и арбитражного управления), позволял получить в ходе торгов практически полный контроль над активом должника и не допустить эффективного оспаривания сделок должника и привлечения контролирующих лиц к субсидарной ответственности. Таким образом, *de jure* прокредиторская направленность российского банкротного права разбивалась о *de facto* контроль над процедурой, который участники должника легко могли получить ввиду отсутствия института субординации требований аффилированных к должнику лиц. По-видимому, поняв это, ВС РФ начинает менять свой категоричный подход, высказанный в деле Красильникова, и в марте 2017 г. появляется первое дело, в котором возрожда-

¹³ См., напр.: постановления Седьмого ААС от 08.07.2016 № 07АП-5673/16 по делу № А45-27751/2015; Пятнадцатого ААС от 03.03.2016 № 15АП-22038/2015 по делу № А32-29345/2015; АС Волго-Вятского округа от 12.02.2016 № Ф01-5781/2015 по делу № А38-3154/2014 и др.

¹⁴ См., напр.: Волчанский М.А. Оспаривание сделки во вред кредиторам до введения конкурсного производства. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-18538 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 8. С. 40–47; Филиппов А.С. Банкротство ликвидируемого должника: как это работает // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 6. С. 40–65; № 7. С. 49–72; Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования; Османова Д.О. Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве) / под ред. О.А. Беляевой. М., 2020; и др.

ется институт субординации как инструмент борьбы с вышеназванными злоупотреблениями при банкротстве¹⁵.

Таким образом, можно зафиксировать, что **катализатором развития института субординации стали очевидные злоупотребления аффилированных с должником лиц**, а не догматические соображения и требования справедливости распределения рисков банкротства должника, что в существенной степени определяет специфику возникновения российского института субординации по сравнению с его зарубежными аналогами. Однако уже при принятии комментируемого Обзора ВС РФ попытался сформулировать идею субординации требований контролирующих должника лиц, в основе которой лежит не только злоупотребление правом, но и общие принципы корпоративного и банкротного права. Датой окончательного закрепления института субординации в судебной практике ВС РФ можно назвать 06.07.2017 (дело «Нефтегазмаш-Технологии»)¹⁶. В этом деле впервые ВС РФ прямо признал, что институт субординации существует в российском банкротном праве. Пусть правовое обоснование ВС РФ и не было несвободным от критики, тем не менее это дело стало решающим для признания института субординации в России.

После этого начинается этап исканий и размышлений о наиболее приемлемой архитектуре этого правового института в российском банкротном праве. Имеют ли значение недобросовестность контролирующего лица, нерыночность условий займа, каков стандарт доказывания при установлении таких требований и т.д. — вот неполный перечень вопросов, которые предстояло решить¹⁷. Очевидно, что ВС РФ не мог не знать об иностранных подходах к субординации требований контролирующих должника лиц. В феврале 2018 г. происходит еще одно судьбоносное событие, показывающее, что ВС РФ склоняется к австрийской модели субординации, говоря, что ключевое значение имеет то, в каких условиях возникли требования контролирующего должника лица: если они возникли в «кризисной ситуации», то их следует субординировать¹⁸.

И наконец, в 2019 г. ВС РФ начинает обсуждать уже более тонкие вопросы — детали дизайна возведенного здания института субординации и опре-

¹⁵ См.: определения СКЭС ВС РФ от 30.03.2017 № 306-ЭС16-17647, № 306-ЭС16-17647 (2), № 306-ЭС16-17647 (6) (дело «Промсвязьбанк против О.Л. Михеева»); от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6) (дело «Промсвязьбанк против Т.Е. Михеевой»). Впрочем, и до них ВС РФ начал постепенно критически воспринимать права аффилированных лиц должника — например, в деле «Открытие» и др. против «Энерготехмонтаж 2000», где Суд указал, что голосование аффилированного кредитора за мировое соглашение осуществлялось в условиях конфликта интересов, что переносит на него бремя доказывания того, что он голосовал за соглашение в целях восстановления платежеспособности в интересах всех кредиторов, а не для извлечения частной выгоды (в частности, за счет отсрочки выплаты по обеспечению) (определение СКЭС ВС РФ от 17.05.2016 № 305-ЭС16-1045).

¹⁶ См.: определение СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1) по делу № А32-19056/2014, а также комментарий к нему: Горбашев И.В. Дело «Уралмаш НГО Холдинг» против Свиридова и Юркова. Почему Верховный суд отказался включить требование участников в реестр // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 9. С. 30—39.

¹⁷ См. также перечень основных дел по субординации: Суворов Е.Д. Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 4. С. 130—161.

¹⁸ См.: определения СКЭС ВС РФ от 12.02.2018 № 305-ЭС15-5734, от 21.02.2018 № 310-ЭС17-17994.

делять случаи, когда возможны исключения из общего правила (дело «АнкорДевелопмент»)¹⁹.

Принятие комментируемого Обзора в 2020 г. можно признать промежуточным венцом развития института субординации в России, ибо по концентрации решаемых в нем вопросов он ничуть не уступает законодательным кодификациям зарубежных стран, а где-то даже идет дальше. В любом случае дальнейший шаг уже за законодателем — согласится ли он с подходом ВС РФ и перенесет этот институт в Закон о банкротстве либо предпочтет иную архитектурную конструкцию, покажет время. Заметим, что в проекте Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (подготовлен Минэкономразвития России, *ID* проекта 02/04/03-20/00100272; далее — законопроект Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве) предлагается модель субординации, в существенных деталях совпадающая с положениями Обзора²⁰.

Институт субординации требований контролирующих должника лиц в нашем праве, пройдя сравнительно короткий путь развития, который составил пока всего 10 лет (в Германии до первой кодификации правил о субординации прошло около 43 лет, в США — 41 год, в Австрии — 13 лет), завершился пока принятием комментируемого Обзора, который заложил твердую основу для разрешения споров в судах на долгие годы. Бизнес нуждается в правовой определенности при принятии решений, поэтому хочется надеяться, что Обзор сослужит в этом хорошую службу. Примечательно, что Закон о замещении собственного капитала Австрии возник именно в результате требования австрийских владельцев бизнеса о правовой определенности²¹.

Правовые позиции, заложенные в Обзоре, имеют определенную внутреннюю систематику, позволяющую находить ответы на сложные вопросы не только из буквального смысла конкретного его пункта, но также из базовых постулатов и политико-правовых резонансов, содержащихся в нем. Содержание некоторых правовых позиций разнесено по нескольким пунктам Обзора, поэтому его можно понять и правильно применять, только уяснив его общую систему. В рамках настоящего комментария мы видим задачу не только донести до читателя общую систематику

¹⁹ Подробный анализ обстоятельств дела см.: *Шайдуллин А.И.* Субординация займов в банкротстве: жесткая или мягкая модель? К вопросу об обосновании необходимости субординации займов участников (акционеров) юридического лица // Закон.ру. 2019. 3 янв. URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/3/subordinaciya_zajmov_v_bankrotstve_zhestkaya_ili_myagkaya_model_k_voprosu_ob_obosnovanii_neobhodimos. См. также видеозапись его обсуждения на заседании Банкротного клуба в Санкт-Петербурге 15.03.2019. URL: <https://youtu.be/C7eiYb7JqG4>.

²⁰ См.: ст. 137.1 Закона о банкротстве в редакции проекта. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=100272> (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 16.04.2020).

²¹ Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz — EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 — GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml.

Обзора, мотивы, лежащие в основе правовых позиций, которые прямо сформулированы ВС РФ, но и обсудить, в каких направлениях еще можно развить российское право по этому вопросу с учетом зарубежного опыта.

Отдельным сложным вопросом, которого Обзор не касается, по-видимому, в силу самого жанра документа, является вопрос действия Обзора во времени, в том числе и вопрос его применимости к спорам, которые были рассмотрены до его публикации. С одной стороны, Обзор, как и любые другие абстрактные разъяснения высшей судебной инстанции подобного рода, в отличие от постановлений Пленума ВС РФ, не имеет обязательной силы для применения нижестоящими судами. С другой стороны, в данных абстрактных разъяснениях ВС РФ выработал определенную правовую позицию и очевидно, что неследование ей будет чревато для нижестоящих судов перспективой отмены судебных актов. Поэтому очевидно, что с момента принятия Обзора все суды будут следовать закрепленным в нем правовым позициям, как они следуют позициям, выраженным в аналогичных документах ВАС РФ и ВС РФ, и более того, часто следуют правовым позициям, принимаемым по конкретным делам. Иными словами, абстрактные обзоры по вопросам судебной практики, принимаемые вышестоящей инстанцией, имели до недавнего времени²² с процессуальной точки зрения так называемую скрытую, или мягкую, силу — они не являются обязательными для нижестоящих судов разъяснениями, но следование правовым позициям, изложенным в таких документах, осуществляется под страхом отмены судебного акта, а такой показатель, как процент отмен судебных актов, в свою очередь, заметно влияет на дальнейшую карьеру судьи, присвоение классного чина и т.д.

Как уже отмечалось, общая идея субординации была выражена в судебных актах ВС РФ до принятия Обзора, причем через преодоление собственной негативной практики. По-видимому, последнее особенно повлияло на отношение нижестоящих судов к восприятию правовых позиций ВС РФ, которые также эволюционировали и использовали различную правовую аргументацию. Судебная практика по субординации не отличалась единообразием, ибо суды, по существу, терялись в большом количестве определений ВС РФ по конкретным делам, в которых было очень сложно разглядеть логичную и стройную систему. Более того, скорее всего, этой системы и не было, ибо это был этап исканий и развития. С этой точки зрения принятие Обзора было просто необходимо.

Очевидно, что те суды, которые проявили осторожность и не торопились менять сложившиеся подходы к субординации до принятия Обзора, не сильно рисковали, учитывая общий процент дел, пересматриваемых ВС РФ. Более того, до принятия Обзора суды субординировали контролирующих должника лиц в основном только тогда, когда об этом заявлялись соответствующие требования от других лиц, участвующих в деле о банкротстве. Правило о том, что очередность удовлетворения требований должна устанавливаться судом независимо от заявления стороны, можно вывести только из настоящего Обзора (п. 3).

²²

ВС РФ недавно принял постановление Пленума от 30.06.2020 № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции» (далее — постановление № 13), одно из разъяснений которого как раз посвящено статусу обзора ВС РФ как документа, содержащего правовую позицию.

Поскольку обзоры судебной практики имели скрытую силу и ВС РФ прямо не сказал об их обратной силе (п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ), они не могут служить основанием для пересмотра состоявшихся судебных актов по новым обстоятельствам. Однако та же скрытая сила позволяла использовать правовую позицию при проверке обжалуемого акта в суде вышестоящей инстанции. Именно последнее продемонстрировал сам ВС РФ, отменив судебные акты нижестоящих судов, которые были приняты до Обзора²³. Доводы о придании абстрактному разъяснению²⁴ обратной силы здесь неприменимы, поскольку ничто не мешало судьям ВС РФ отменить эти акты без Обзора, просто руководствуясь внутренним убеждением при рассмотрении конкретного спора и следовать собственному пониманию правовой нормы, отличному от ее понимания нижестоящими судами (ложная обратная сила). Именно так и развивается право, именно в этом и состоит задача верховного суда, в какой бы юрисдикции он ни находился. Конечно, правовая позиция ВС РФ как органа высшей судебной власти, если она ошибочна, может иметь и неблагоприятные экономические или политико-правовые последствия, но это уже будет устраняться законодателем и победителем в этой конкуренции двух ветвей власти будет само право.

Единственное, как не раз отмечал Конституционный Суд РФ, такое развитие не должно нарушать определенность правовых норм и стабильность гражданского оборота, но это уже достигается с помощью других процессуальных институтов, в том числе *res judicata*²⁵. Высшая судебная инстанция в целом должна развивать право на будущее.

Постановление № 13, хочется надеяться, оставляет рассуждения о мягкой силе в прошлом. ВС РФ, продолжая свой спор с КС РФ²⁶, в абз. 5 п. 28 указанного постановления дает судам кассационной инстанции обязательные разъяснения о

²³ См.: определения СКЭС ВС РФ от 03.06.2020 № 306-ЭС20-224 (1, 4, 6) по делу № А65-20265/2018, от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2, 3, 5) по делу № А65-20265/2018.

²⁴ Целесообразно при этом отличать так называемые тематические Обзоры ВС РФ, которые вполне отвечают требованию абстрактности, поскольку лишь демонстрируют применение абстрактного правила на примере конкретного дела (см.: Основы цивилистики: учебное пособие / под ред. А.В. Егорова и Э.А. Евстигнеева. М., 2020. С. 55 (автор раздела — Э.А. Евстигнеев)), от ежеквартальных Обзоров, в которых только обобщаются позиции, сформулированные судебными коллегиями ВС РФ по конкретным делам.

²⁵ См.: постановление КС РФ от 17.10.2017 № 24-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д.А. Абрамова, В.А. Ветлугаева и других».

²⁶ В том же постановлении от 17.10.2017 № 24-П Конституционный Суд отмечал, что неокончательные судебные акты ВС РФ «не могут рассматриваться как отражающие позицию Верховного Суда Российской Федерации в целом и не обладают свойствами, присущими постановлениям Президиума Верховного Суда Российской Федерации по конкретным делам, а потому не могут являться основанием для отмены по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов, тем более по делам, которые не были предметом рассмотрения судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации... Не изменяет свойств судебных актов, вынесенных судебными коллегиями Верховного Суда Российской Федерации по конкретным делам, и факт их включения в обзоры судебной практики, утверждаемые Президиумом Верховного Суда Российской Федерации, поскольку при решении вопроса о включении в обзор того или иного судебного акта, вынесенного судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации, рассмотрение самого дела в процедуре, предусмотренной процессуальным законом, не происходит».

том, что при проверке правильности применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права суд кассационной инстанции применительно к ч. 4 ст. 170 АПК РФ устанавливает, соответствуют ли выводы судов, помимо прочего, практике применения норм, содержащихся в обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом ВС РФ. Таким образом, Верховный Суд фактически приравнивал статус разъяснений, содержащихся в обзорах судебной практики, к статусу разъяснений, содержащихся в постановлениях пленума высших судебных инстанций. Представляется, что такой подход должен породить установление единых унифицированных более жестких правил действия разъяснений ВС РФ во времени, независимо от того, в каком документе они содержатся. В том числе более остро встает вопрос о юридической силе документов при наличии в них коллизий и, скорее всего, возникнет необходимость отмены обзоров в случае «устаревания» правовых позиций, по аналогии с отменой постановлений пленума в схожих ситуациях, в том числе в связи с принятием новых разъяснений. В любом случае с точки зрения укрепления правовой определенности указанный пункт постановления № 13 можно только приветствовать.

В зарубежной практике в силу отсутствия такого унификационного инструмента, как абстрактные разъяснения высших судов, вопрос об обратной силе правовых позиций высшего суда по субординации, по нашим сведениям, подобным образом не стоял, хотя доктрина субординации также впервые появилась в судебной практике. Однако в Германии, например, модель субординации изменилась в результате реформы 2008 г., когда вместо мягкой модели (субординация в кризис) законодатель закрепил жесткую (субординация всех займов). Вопрос действия во времени законодателем был решен в ст. 103d соответствующего Вводного закона (*EGInsO*), где говорилось, что если дело о банкротстве было возбуждено до 01.11.2008, то продолжают применяться старые правила, а новые правила применяются, соответственно, если дело возбуждено после указанной даты. Причем в этой же статье было предусмотрено исключение, когда старые правила об оспаривании могут применяться к делам о банкротстве, открытым после 01.11.2008. ВС Германии исходит из того, что такое исключение к вопросам субординации не применяется. Так, если дело было возбуждено после 01.11.2008, то, по мнению ВС Германии, подлежат применению новые правила, даже если займы были предоставлены контролирующими лицами до этой даты, за исключением случаев наличия истинной обратной силы²⁷.

Здесь стоит упомянуть, что в Германии различают истинную (*echte*) и ложную обратную силу (*unechte Rückwirkung*) закона (на основе ряда постановлений КС Германии²⁸). Настоящая обратная сила имеет место тогда, когда новая норма применяется к уже завершенным до ее принятия правовым отношениям. Под ложной обратной силой понимают ситуацию, когда новая норма применяется к еще не завершенным фактическим обстоятельствам. По общему правилу истинная обратная сила не допускается, а ложная, наоборот, допускается. ВС Германии, судя по всему, применение новых норм о жесткой модели субординации к займам, предоставленным до 2008 г., отнес к случаю ложной обратной силы. Федераль-

²⁷ См.: BGH, Urteil vom 17.02.2011 — IX ZR 131/10; BGH, Urteil vom 15.11.2011 — II ZR 6/11.

²⁸ См., напр.: BVerfG, Beschluss vom 08.07.1971 — 1 BvR 766/66; BVerfG, Beschluss vom 14.05.1986 — 2 BvL 2/83.

ный трудовой суд Германии придерживается позиции, что это «не противоречит идее защиты доверия к правопорядку, хотя новые правила и отказались от прежних квалификационных критериев субординации и критерия кризиса», и прямо указывает, что в данном случае имеет место ложная обратная сила²⁹. В Австрии законодатель повел себя более осторожно, указав, что новые правила о субординации, закрепленные в законе с 2004 г. (Закон о замещении собственного капитала), применяются к правоотношениям, возникшим после 31.12.2003. ВС Австрии, как правило, отклоняет доводы о том, что закон лишь кодифицировал правила, уже существовавшие в судебной практике, хотя действительно подходы изменились не столь принципиально, за исключением ряда деталей³⁰.

Таким образом, в качестве резюме, основанного на процессуальной доктрине и судебной практике, можно отметить следующее:

- Обзор не может служить основанием для преодоления принципа недопустимости повторения процесса по тем делам, где сторонам не удалось ранее добиться субординации оппонента;
- Обзор не может являться новым или вновь открывшимся обстоятельством для пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу;
- в случае если не истекли ординарные сроки обжалования, состоявшиеся судебные акты могут быть пересмотрены в вышестоящих инстанциях на основании правовых позиций, изложенных в Обзоре.

Комментарий к Обзору

«1. На аффилированном с должником кредиторе лежит бремя опровержения разумных сомнений относительно мнимости договора, на котором основано его требование, заявленное в деле о банкротстве.

В деле о банкротстве должника аффилированная с ним компания обратилась в суд с заявлением о включении задолженности по договору займа в реестр требований кредиторов должника (далее — реестр).

Определением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции, требование компании признано обоснованным и включено в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Суды сочли, что задолженность подтверждена договором о предоставлении займа, платежными поручениями о выдаче займа и о частичной уплате процентов по нему, актом сверки взаиморасчетов.

²⁹ См.: BAG, Urteil vom 27.03.2014 — 6 AZR 204/12 (суд субординировал требования работника, долгое время не истребовавшего свое вознаграждение, который был одновременно участником общества).

³⁰ См.: OGH 08.06.2005 7 Ob 288/04k.

Суд округа названные судебные акты отменил, направив обособленный спор на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Возражающая по требованию компании кредитная организация ссылалась на то, что вследствие аффилированности кредитора и должника стало возможным составление договора о выдаче займа, платежных документов о перечислении заемных средств, частичной уплате процентов и акта сверки, не отражающих реальное положение дел. Фактически расчетный счет должника был использован в качестве транзитного. Компания, аффилированная с должником, под видом выдачи займа перечисляла на его счет средства, которые последним не расходовались в собственных предпринимательских целях, а перенаправлялись на счета других лиц, входящих в ту же группу, что и должник с компанией. Как полагал банк, при таком обороте активы должника не пополнились на сумму якобы привлеченного от компании финансирования, происходил безосновательный рост долговых обязательств перед аффилированным лицом без получения встречного предоставления.

Согласно п. 1 ст. 170 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) мнимая сделка, т.е. сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, ничтожна.

Совершая мнимые сделки, аффилированные по отношению друг к другу стороны, заинтересованные в сокрытии от третьих лиц истинных мотивов своего поведения, как правило, верно оформляют все деловые бумаги, но создавать реальные правовые последствия, соответствующие тем, что указаны в составленных ими документах, не стремятся. Поэтому при наличии в рамках дела о банкротстве возражений о мнимости договора суд не должен ограничиваться проверкой документов, представленных кредитором, на соответствие формальным требованиям, установленным законом. Суду необходимо выяснить, представлены ли достаточные доказательства существования фактических отношений по договору.

В рассматриваемом случае в нарушение требований ст. 71, 168 и 170 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) суды первой и апелляционной инстанций возражения банка не проверили, в частности не проанализировали выписку по счету должника.

Суд округа указал на неправильное распределение судами бремени доказывания. Так, суды, с одной стороны, не учли, что являющиеся сторонами договора аффилированные лица (в отличие от обычных участников гражданского оборота, вступающих в обязательственные отношения с должником) имеют гораздо больше возможностей осуществить формальное исполнение мнимой сделки лишь для вида (п. 86 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»). С другой стороны, суды не приняли во внимание объективную сложность получения не связанным с должником кредитором, заявившим в деле о банкротстве возражения, отсутствующих у него прямых доказательств мнимости.

В ситуации, когда не связанный с должником кредитор представил косвенные доказательства, поставившие под сомнение факт существования долга, аффилированный кредитор не может ограничиться представлением минимального комплекта документов (например, текста договора займа и платежных поручений к нему, отдельных документов, со ссылкой на которые денежные средства перечислялись внутри группы) в подтверждение реальности заемных отношений. Он должен исчерпывающе раскрыть все существенные обстоятельства, касающиеся заключения и исполнения самой заемной сделки, оснований дальнейшего

внутригруппового перераспределения денежных средств, подтвердив, что оно соотносится с реальными хозяйственными отношениями, выдача займа и последующие операции обусловлены разумными экономическими причинами.

При этом аффилированный кредитор не имеет каких-либо препятствий для представления суду полного набора дополнительных доказательств, находящихся в сфере контроля группы, к которой он принадлежит, устраняющего все разумные сомнения по поводу мнимости сделки. Если аффилированный кредитор не представляет такого рода доказательства, то считается, что он отказался от опровержения факта, о наличии которого со ссылкой на конкретные документы указывают его процессуальные оппоненты (ст. 9 и 65 АПК РФ). В подобной ситуации действия, связанные с временным зачислением аффилированным лицом средств на счет должника, подлежат квалификации по правилам, установленным ст. 170 ГК РФ.

В другом деле было отказано во включении в реестр задолженности по договору поставки перед поставщиком, аффилированным по отношению к должнику, представившим договор и товарные накладные, по форме и содержанию соответствующие требованиям закона. Суды исходили из того, что аффилированный кредитор не опроверг возражения уполномоченного органа о мнимости отношений (ст. 170 ГК РФ), подтвержденные косвенными доказательствами существенной затруднительности поставки товара любым участником гражданского оборота, осуществляющим аналогичную с кредитором деятельность, в количестве, отраженном в товарных накладных, в течение срока, указанного в этих накладных».

Комментарий к п. 1

Значение этого пункта сложно переоценить. И это именно тот случай, когда расположение комментируемой правовой позиции в первом пункте Обзора отнюдь не случайно. Давайте посмотрим, почему это так.

Стандарт доказывания «вне разумных сомнений»³¹

Строго говоря, рассматриваемый пункт не относится напрямую к проблематике субординации требований контролирующих лиц как таковой (как пишут, например, в немецкой литературе в таких случаях — «настоящей субординации» или «субординации в истинном смысле слова»). Кроме рассматриваемого пункта, есть еще несколько примеров, где обсуждается установление требований контролирующих лиц, но не затрагивается вопрос субординации в истинном значении. По тексту Обзора это хорошо заметно, если обратить внимание на то, когда требования аффилированных или контролирующих должника лиц помещаются в отдельную очередность, предшествующую распределению ликвидационной квоты, а когда признаются необоснованными или квалифицируются как мнимые, как в рассматриваемом пункте (не включаются в реестр). К примерам настоящей субор-

³¹ Авторы понимают условность терминологии «стандарт доказывания» применительно к российскому арбитражному процессуальному праву, однако для целей настоящего комментария используют его как категорию, введенную ВС РФ при рассмотрении конкретных дел. Подробнее об этом см.: *Смола А.А.* Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 8. С. 129–165; *Будылин С.Л.* Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 3. С. 25–57; № 4. С. 34–66; *Смольников Д.И.* Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. № 12. С. 199–205.

динации можно отнести п. 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11 Обзора, а ненастоящей (ложной) — п. 5, 8, 12. Это обстоятельство очень важно, поскольку из этого следуют вполне ощутимые правовые последствия в виде приобретения соответствующего процессуального статуса в деле о банкротстве (см. комментарий к п. 14 Обзора).

Основным прототипом для формулирования первого примера комментируемого пункта стало дело общества «Еврофинанс»³². В этом деле суть позиции ВС РФ сводилась к тому, что если контролирующее лицо определяло действия должника и иных лиц, входящих в единую группу, которые использовали счет должника в качестве транзитного (т.е. деньги, полученные в качестве займа должником, немедленно перераспределялись внутри группы компаний вне каких-либо реальных экономических отношений), создавая для внешних участников оборота лишь видимость возникновения заемных отношений, то действия, связанные с временным зачислением таким аффилированным лицом средств на счета должника, подлежат квалификации по правилам ст. 170 ГК РФ. По большому счету в рассматриваемом деле институте субординации при таких обстоятельствах не было места. ВС РФ справился с разрешением спора с использованием института мнимости сделки.

Во втором примере комментируемого пункта еще более ярко показано, что он не относится к субординации: поставщику, который является аффилированным лицом по отношению к должнику, отказывается во включении в реестр задолженности по договору поставки в связи с тем, что он не доказал вне разумных сомнений, что он действительно поставил соответствующий товар должнику (поскольку были приведены доводы о том, что поставка товара любым участником гражданского оборота в таком количестве и при таких условиях является существенно затруднительной).

Между тем чуть ли не общим местом при обсуждении оснований для субординации требований контролирующих лиц стали ссылки на «массовое жульничество со стороны должников и контролирующих их лиц»³³, «большое количество злоупотреблений, совершаемых в России в целях создания подконтрольной кредиторской задолженности и контролируемого банкротства»³⁴, «борьбу с искусственным наращиванием кредиторской задолженности»³⁵, и этот довод выставляется едва ли не главным аргументом в пользу субординации³⁶. Надо сказать, что такие мотивы

³² См.: определение СКЭС ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-17629.

³³ См.: *Арабова Т.Ф., Будылин С.Л.* Дело о транзитном должнике, или Верховный Суд о субординации требований в банкротстве. Комментарий к определениям Судебной коллегии ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-17629, от 28.03.2019 № 305-ЭС18-17629 (2) // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 9. С. 7.

³⁴ См.: *Кокорин И.В.* Все кредиторы равны, но некоторые равнее других. К вопросу о субординации корпоративных займов при банкротстве в России, Германии и США. С. 128.

³⁵ См.: *Сафонов А.В.* Справедливая очередь кредиторов. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.07.2018 № 310-ЭС17-20671 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 19.

³⁶ О своих сомнениях релевантности такого аргумента применительно к субординации мы отмечали в одной из ранних своих публикаций, см.: *Шайдуллин А.И.* Основные политико-правовые аргументы *pro* и *contra* идеи субординации займов участников юридических лиц // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 1. С. 98–99.

можно было обнаружить и в некоторых определениях ВС РФ³⁷. Также нижестоящие суды зачастую просят контролирующих лиц обосновать экономическую целесообразность заключения договора займа³⁸, доказать реальные возможности таких лиц предоставить заем³⁹ и т.п. Такого рода запросы судов свидетельствуют о том, что они настороженно относятся к требованиям контролирующих лиц.

Скорее всего, когда суды требуют доказательства «экономической целесообразности», речь идет о том, что имеются сомнения в реальности операции, в том, что предоставленные в заем средства не были выведены иным способом, однако в отсутствие прямых подтверждений суды просят опровергнуть эти сомнения представителей займодавцев под видом обоснования «экономической целесообразности». Верховный Суд РФ в одном из последних своих определений справедливо отметил, что «целесообразность финансирования... аффилированным обществом не предопределяет то, каким образом должен быть разрешен вопрос об очередности погашения требований о возврате данного финансирования: наравне с требованиями независимых кредиторов или нет»⁴⁰. Заметим, что в этом определении не содержится каких-либо доводов, связанных с искусственным наращиванием подконтрольной задолженности. Поэтому мы не разделяем подобную правовую позицию и ее аргументацию, предлагая разграничить субординацию требований участников, пытающихся переложить риски своей предпринимательской деятельности на внешних (независимых) кредиторов, и иные виды субординации, в том числе в связи с причинением вреда имущественным интересам кредиторов и т.п. По нашему мнению, борьба с необоснованными (мнимыми) требованиями не может являться основной задачей института субординации, хотя субординация и может использоваться как санкция за неправомерное поведение. Например, в США право изменять относительный приоритет требований в связи с неправомерным поведением одного кредитора, которое наносит вред другим, уже давно является важным инструментом в ряду средств правовой защиты, доступных для суда по делам о банкротстве при осуществлении его широких полномочий, основанных на справедливости (хотя также отмечается, что субординация не является наказанием)⁴¹. В силу наличия существенных проблем с наращиванием необоснованных требований в российском банкротном праве,

³⁷ См., напр.: определения СКЭС ВС РФ от 30.03.2017 № 306-ЭС16-17647, № 306-ЭС16-17647 (2), № 306-ЭС16-17647 (6) (дело «Промсвязьбанк против О.Л. Михеева»); от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6) (дело «Промсвязьбанк против Т.Е. Михеевой»).

³⁸ См., напр.: постановления АС Московского округа от 07.08.2019 № Ф05-12131/2019 по делу № А40-212814/2017; АС Волго-Вятского округа от 15.03.2019 № Ф01-284/2019 по делу № А43-20053/2017; АС Поволжского округа от 12.10.2017 № Ф06-13365/2016 по делу № А06-336/2016. См. также: Шайдуллин А.И. Было ли финансирование компенсационным? О делах, переданных на рассмотрение Верховного Суда РФ // Закон. ру. 2020. 7 мая. URL: https://zakon.ru/blog/2020/05/07/bylo_li_finansirovanie_kompensacionnym_o_delah_peredannyh_na_rassmotrenie_verhovnogo_suda_rf.

³⁹ См.: абз. 3 п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» (далее — постановление № 35).

⁴⁰ См.: определения СКЭС ВС РФ от 03.06.2020 № 306-ЭС20-224 (1, 4, 6) по делу № А65-20265/2018, от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2, 3, 5) по делу № А65-20265/2018.

⁴¹ См.: Douglas M.D. Absence of actual harm to creditors defeats equitable subordination bid // Jones Day Business Restructuring Review. September — October 2008. URL: <https://www.jonesday.com/en/insights/2008/10/absence-of-actual-harm-to-creditors-defeats-equitable-subordination-bid>.

с чем сложно поспорить, институту субординации была приписана исключительно одна задача (борьба со злоупотреблениями), и только под это была подведена соответствующая аргументация.

Вместе с тем основной целью института субординации является понижение в очередности контролирующего лица по отношению к независимому (внешнему) кредитору, поскольку контролирующее должника лицо способно эффективно **управлять риском банкротства должника** в силу **наличия права контроля** и претендовать на извлечение неограниченной **прибыли** в случае удачи бизнес-проекта. А тот, кто участвует в распределении прибыли, должен непременно нести риски убытков в первую очередь. Поэтому такое лицо должно нести риск банкротства раньше внешних кредиторов, связанных лишь обязательственными отношениями (т.е. удовлетворяться после таких кредиторов в отдельной очередности)⁴².

Указанная логика не позволяет напрямую распространять правила о субординации на требования аффилированных физических лиц⁴³. Правила о субординации могут применяться в делах о банкротстве граждан лишь по аналогии в исключительных случаях. В делах о банкротстве граждан могут применяться прежде всего правила о ненастоящей субординации (в частности, п. 1 Обзора). Например, при установлении требований близких родственников может использоваться повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений».

В сравнительно-правовой и исторической перспективе субординация пробилась себе дорогу главным образом вовсе не для целей борьбы с необоснованными требованиями, а в целях недопущения переложения предпринимательских рисков на тех, кто не получает предпринимательской выгоды. Об этом свидетельствует как минимум опыт тех европейских стран, в которых она зародилась⁴⁴. Поэтому и в российском праве мы предлагаем отграничить такой вид субординации (назовем ее настоящей субординацией⁴⁵, или просто субординацией) от субординации как инструмента борьбы с необоснованными требованиями или действиями, совершенными с намерением причинения вреда кредиторам (назовем ее ненастоящей субординацией).

В целом ненастоящий характер субординации объясним и с другой точки зрения: если требование является необоснованным (мнимым и т.п.), то неважно, кто яв-

⁴² См.: *Шайдуллин А.И.* Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования. С. 31–33.

⁴³ О субординации требований в делах о банкротстве граждан см.: *Двойченков П.* ООО «БРАК». Субординация требований супругов в деле о банкротстве // Закон.ру. 2020. 5 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2019/06/05/ooo_brak_subordinaciya_trebovanij_suprugov_v_dele_o_bankrotstve.

⁴⁴ Подробнее см.: *Шайдуллин А.И.* Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. 2018. № 12. С. 116–158.

⁴⁵ Конечно, в ситуации, когда контролирующее должника лицо, имеющее право на прибыль, пытается разделить предпринимательский риск с внешними кредиторами, тоже можно усмотреть злоупотребление правом, однако здесь субординация применяется не как наказание за такое злоупотребление, а как справедливая очередность удовлетворения требования лица, несущего этот самый предпринимательский риск. То есть приведение ситуации к тому, как должно было быть. Поэтому это не может рассматриваться как наказание.

ляется обладателем такого требования (контролирующее лицо либо нет), — оно просто не подлежит установлению в реестре требований кредиторов. В данном случае могут различаться лишь стандарты доказывания⁴⁶. Так, в России для всех кредиторов при установлении своих требований в реестре предусмотрен повышенный (по сравнению с обычным общегражданским) стандарт доказывания «ясные и убедительные доказательства»⁴⁷. Если в реестре устанавливаются контролирующие должника или аффилированные с ним лица, то стандарт доказывания повышается еще на ступень и именуется стандартом «вне разумных сомнений»⁴⁸. Понимая в целом довод о том, что использование уголовного стандарта доказывания в данном случае является «аномалией и фикцией»⁴⁹, логика такого шага ВС РФ может объясняться тем, что контролирующее должника и аффилированное лицо должно нести повышенное бремя доказывания в деле о банкротстве, в отличие от обычного внешнего кредитора, ибо его возможности по фальсификации требований очевидно выше, чем у обычного кредитора, и опровергнуть их управляющему при наличии сговора между таким кредитором и должником также еще труднее. Однако иного стандарта доказывания между стандартом доказывания «вне разумных сомнений» и стандартом «ясные и убедительные доказательства» попросту не было сформулировано. Условно говоря, если бы для всех кредиторов стандарт доказывания в деле о банкротстве не был повышен, то в отношении контролирующих лиц он потенциально мог бы быть на уровне «ясные и убедительные доказательства». Иными словами, в данном случае, как нам представляется, имеется также и элемент связанности избранной трехзвенной классификацией стандартов доказывания⁵⁰.

Любопытно заметить, что в США также при субординации требований контролирующих лиц и обычных кредиторов могут различаться стандарты доказывания.

⁴⁶ См. об этом: *Каранетов А.Г., Косарев А.С.* Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия РФ. Приложение к ежемесячному журналу. 2019. № 5. Специальный выпуск. С. 3–96. Е.Д. Суворов отмечает, что квалификация лица в качестве связанного влечет за собой изменение в бремени доказывания (см.: *Суворов Е.Д.* Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 5. С. 53–107).

⁴⁷ См.: п. 26 постановления № 35; *Каранетов А.Г., Косарев А.С.* Указ. соч. С. 65.

⁴⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 по делу № А40-163846/2016.

⁴⁹ *Каранетов А.Г., Косарев А.С.* Указ. соч. С. 65.

⁵⁰ Мы также не стали бы преувеличивать реальное влияние указанных стандартов доказывания на результат разрешения спора. В частности, тезис о фактической невозможности преодоления стандарта «вне разумных сомнений» считаем поспешным. Так, в зарубежной литературе отмечается, что «дифференциация трех различных стандартов доказывания породила сомнения относительно того, понимают ли юристы и судьи тонкие различия между ними, которые должны передавать данные формулировки, и способны ли их применять в конкретной ситуации. Насколько обоснованы такие сомнения, показывает ряд эмпирических исследований. Так, в рамках этих исследований случайным образом выбранным людям был предоставлен одинаковый набор фактов, которые они, в свою очередь, должны были оценить на основе различных стандартов доказывания. Этот эксперимент наглядно продемонстрировал не только то, что различные стандарты доказывания не приводили к различным результатам, но и то, что многие участники эксперимента не могли даже вспомнить, на основе какого масштаба следует оценивать факты. Наконец, большинство испытуемых были чрезмерно озадачены тем, как соотносится стандарт *clear and convincing evidence* с иными стандартами доказывания» (*Brinkmann M.* Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. Köln, 2005. S. 32–33.)

В частности, поскольку положения Банкротного кодекса (*Bankruptcy Code*) позволяют субординировать требования любого кредитора в зависимости от того, является ли он инсайдером или нет, существенно различаются стандарты доказывания их недобросовестности. Применительно к инсайдерам этот стандарт является более высоким (*grossly inequitable conduct*)⁵¹.

Таким образом, ВС РФ в п. 1 Обзора отмечает, что аффилированное лицо должно представить доказательства, устраняющие «все разумные сомнения по поводу мнимости сделки». Если аффилированный кредитор этого не делает, то он, по мнению ВС РФ, считается отказавшимся от опровержения факта, на который указывают его процессуальные оппоненты (ст. 9 и 65 АПК РФ). Заметим, что не вполне точно говорить о том, что аффилированное лицо отказалось от опровержения факта в процессуальном значении (ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ), а скорее, такое лицо не справилось с возложенным на него бременем доказывания с учетом повышенного стандарта. При этом независимому кредитору, оспаривающему включение в реестр требования контролирующего должника кредитора, достаточно заявить свои возражения *prima facie*, т.е. представить доводы, на первый взгляд свидетельствующие о необоснованности требования контролирующего должника лица.

В результате можно с уверенностью констатировать, что на уровне ВС РФ теперь формируется четкий водораздел между вопросами субординации и борьбой с необоснованными (мнимыми) требованиями, иного рода правонарушениями или злоупотреблением правом контролирующих лиц посредством установления повышенного стандарта доказывания (**ненастоящая субординация**). Таким образом, проблематика субординации подлежит обсуждению только в том случае, если аффилированный кредитор сумеет пройти **первый рубеж**, заложенный в п. 1 Обзора, — повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений». Расположение этой правовой позиции в самом первом пункте однозначно сигнализирует о том, что любое контролирующее должника или аффилированное лицо при установлении своих требований в реестре требований кредиторов должно пройти сквозь сито в виде повышенного стандарта доказывания «вне разумных сомнений». Следовательно, если этот стандарт не выполняется, остальные пункты Обзора, посвященные настоящей субординации, в таком случае становятся попросту неактуальными.

Расширение предмета доказывания

Отдельно следует отметить, что аффилированные лица, по замыслу Обзора, должны проходить не только через упомянутое выше сито повышенного стандарта доказывания, но также продемонстрировать при установлении своих требований **более широкий объем сведений**. Как отмечается в тексте рассматриваемого пункта, «аффилированный кредитор не может ограничиться представлением минимального комплекта документов (например, текста договора займа и платежных поручений к нему, отдельных документов, со ссылкой на которые денежные средства перечислялись внутри группы) в подтверждение реальности заемных отношений.

⁵¹ См.: DeNatale A., Abram P. The doctrine of equitable subordination as applied to nonmanagement creditors // Business law. 1985. Vol. 40; Huber U., Habersack M. Op. cit. S. 381–382.

Он должен исчерпывающе раскрыть все существенные обстоятельства, касающиеся заключения и исполнения самой заемной сделки, оснований дальнейшего внутригруппового перераспределения денежных средств, подтвердив, что оно соотносится с реальными хозяйственными отношениями, выдача займа и последующие операции обусловлены разумными экономическими причинами». Иными словами, аффилированное лицо, помимо доказывания факта предоставления займа, должно раскрыть, **на какие цели были использованы эти денежные средства**⁵². Это необходимо, чтобы установить, были ли они использованы в интересах группы компаний. Если такие сведения не раскрываются, то требование не устанавливается. То же происходит, если аффилированное лицо не сможет вне разумных сомнений подтвердить, что деньги были потрачены в соответствии с реальными экономическими потребностями общества-должника (закупка необходимого оборудования, выплата заработной платы и т.п.), а были, скажем, перечислены другой компании группы либо направлены на погашение долгов другой компании группы перед третьими лицами (т.е. были использованы в «интересах группы компаний») во вред интересам кредиторов должника⁵³.

На основании изложенного можно сформулировать следующие практические рекомендации для материнских компаний. При кредитовании подконтрольных организаций целесообразно позаботиться о максимально точной фиксации предоставления соответствующего финансирования. Сведения о том, на какие цели были использованы соответствующие денежные средства, необходимо зафиксировать и сохранить на случай возникновения в дальнейшем споров относительно использования таких средств в интересах общества или группы компаний.

Внешним (независимым) кредиторам, напротив, надлежит рекомендовать занимать активную позицию и пользоваться правом заявления возражений «на первый взгляд», поскольку в отсутствие такого возражения суд не сможет приступить к проверке требования, подтвержденного обычными доказательствами.

Надо отметить, что вопрос соотношения п. 1 Обзора с настоящей субординацией имеет еще один практический аспект. Это связано с тем, что для применения настоящей субординации (поскольку речь идет об очередности) суду не нужно возражение других кредиторов, а для проверки обоснованности — нужно. При этом понижение очередности таких требований без возражений со стороны кредиторов по инициативе суда будет означать, что они перестанут конкурировать с требованиями независимых кредиторов. Согласно же статистике погашение требований, стоящих за требованиями третьей очереди в виде основного долга, происходит очень редко.

⁵² См.: определение СКЭС ВС РФ от 01.11.2019 № 307-ЭС19-10177 (2, 3) по делу № А56-42355/2018.

⁵³ Аналогичный подход содержится в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (Part III, Recommendations 211–213). Согласно ему внутригрупповое перераспределение средств или выдача внутригруппового поручительства не рассматривается как неправомерное действие, если это производится в интересах должника. Однако если такие сделки вредят интересам кредиторов, то они уже не могут защищаться. Относительно схожее правило закреплено в постановлении № 62, согласно которому вредоносная сделка не может являться основанием для взыскания убытков с директора, если последний доказал, что она была совершена в интересах должника, например предотвратила больший ущерб (п. 2).

Отказ от доктрины переквалификации требований (п. 2 ст. 170 ГК РФ)

В одном из первых определений ВС РФ, посвященных понижению в очередности требований аффилированных лиц (дело Свиридова и Юркова⁵⁴), была сформулирована позиция о том, что суд вправе переквалифицировать заемные отношения в отношении по поводу увеличения уставного капитала по правилам п. 2 ст. 170 ГК РФ. Иными словами, одним из ключевых нормативных обоснований субординации стали положения о притворных сделках.

В результате этой позицией было спровоцировано развитие практики признания требований аффилированных лиц имеющими «корпоративный характер». Мы отмечали, что это, на наш взгляд, ошибочный путь, который, справедливости ради стоит упомянуть, имеет свои аналоги в некоторых зарубежных странах (например, доктрина переквалификации в США⁵⁵).

Во-первых, контролирующие лица вольны свободно решать, к какому способу финансирования прибегнуть — вносить вклад в капитал, увеличивать уставный капитал или предоставлять заем. Нельзя лишать возможности такого выбора через признание их займов корпоративным вкладом в уставный капитал. Для третьих лиц вне рамок банкротства (несостоятельности) заемное финансирование (внешний капитал) не несет какой-либо опасности, а потому оснований вмешиваться в автономию воли контролирующих лиц не имеется. Отрицать же существенную привлекательность и удобство такого способа финансирования нельзя. Об этом, в частности, говорит и ВС РФ в п. 2 Обзора: «Из фундаментального принципа автономии воли и свободы экономической деятельности участников гражданского оборота (ст. 1 ГК РФ) следует право каждого определять правовую форму инвестирования, в частности, посредством внесения взносов в уставный капитал подконтрольной организации или выдачи ей займов».

Во-вторых, в результате восприятия обозначенного подхода переквалификация сделок может выйти далеко за пределы процесса о несостоятельности (банкротства), что очень опасно и не отвечает интересам участников соответствующих отношений. Можем ли мы на основании действующих норм закона ограничить такую переквалификацию только рамками дела о банкротстве? С нашей точки зрения, нет. Почему такая сделка становится притворной только при банкротстве? Суды в США при применении норм о переквалификации опираются на § 105 Банкротного кодекса США, в котором регулируются полномочия суда в банкротном процессе. Таким образом, право переквалификации предоставлено только банкротным судам и, соответственно, вне банкротства такая переквалификация невозможна. В России ситуация в этом отношении иная.

Если сделка притворная (ничтожная), то возбуждение дела о банкротстве не может оказывать на нее никакого решающего воздействия. Суд может и обязан самостоятельно *ex officio* переквалифицировать притворную сделку в отношении по пово-

⁵⁴ См.: определение ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1) по делу № А32-19056/2014.

⁵⁵ См.: *Wilton J., McGee W.* The Past and Future of Debt Recharacterization // *Business Lawyer*. 2018. Vol. 74. P. 91–125; *Tucker M.R.* Debt Recharacterization During an Economic Trough: Trashing Historical Tests to Avoid Discouraging Insider Lending // *Ohio State Law Journal*. 2010. Vol. 71. №. 1. P. 187–228.

ду увеличения уставного капитала даже вне рамок дела о несостоятельности. Так, в комментариях к ст. 170 ГК РФ указывается, что «притворная сделка характеризуется тем, что стороны умышленно искажают свое волеизъявление таким образом, чтобы вместо той сделки, которую они на самом деле хотят совершить, внешне это выглядело как иная сделка. Воля совершающих сделку лиц направлена не на те правовые последствия, которые отражены в волеизъявлении. Цивилисты нередко называют совершение притворной сделки симуляцией»⁵⁶. Вместе с тем в данном случае не имеется никакой симуляции, поскольку воля была направлена именно на установление заемных отношений, что нельзя игнорировать.

В связи с этим, полагаем, крайне важно иметь в виду, что ни о какой притворности (и переквалификации) вне зависимости от условий договора займа (даже если они носят нерыночный характер) между контролирующим лицом и должником речи быть не может. Как справедливо отмечает А.Г. Карапетов, «предоставление участниками общества займа своему собственному обществу — вполне нормальная сделка. В ней как таковой нет ничего порочного. И нет никакой необходимости сводить все богатство различных способов финансировать свое общество к увеличению уставного капитала»⁵⁷.

Вместе с тем следует признать, что специфика формы займа в отношениях участника и его компании в известной степени существует, учитывая фиктивный характер юридического лица и то, что любая фикция имеет свои пределы. Если взять самую простую ситуацию, когда единственный участник является также директором компании, то фактически распоряжаться выданными займы средствами будет ровно тот же человек, который заем выдал, поскольку вопреки формальному переходу права собственности все возможности по распоряжению деньгами останутся у заимодавца. У заемщика фактически нет никакой своей воли ни в вопросе получения займа и определения условий, ни в вопросе его возврата. Таким образом, необходимость в создании правовой связи отсутствует, поскольку у участника и компании уже есть правовая связь в корпоративной форме, которая обеспечивает намного большее доверие и которую обязательство в этом случае неспособно усилить. Иначе говоря, договор займа не может отменить и игнорировать предшествующие ему корпоративные отношения, которые неизбежно искажают его чистую обязательственную природу.

Важно заметить, что в последующем ВС РФ стал пересматривать вышеизложенный подход. Сначала в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах (утв. Президиумом ВС РФ 25.12.2019) он отметил, что спор, вытекающий из займа, предоставленного участником своему обществу, является обычным гражданско-правовым (т.е. вытекающим из договора займа) и подлежит разрешению в суде общей юрисдикции (были отвергнуты доводы о том, что заем предоставлялся «в целях пополнения

⁵⁶ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018. С. 557 (авторы комментария к ст. 170 — В.В. Байбак, А.Г. Карапетов).

⁵⁷ См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019. С. 165 (автор комментария к ст. 807 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

оборотных средств общества», а значит, спор является корпоративным). Далее ВС РФ все реже стал обосновывать свои выводы посредством ссылки на положения ст. 170 ГК РФ (или не делал на этом акцента). В комментируемом Обзоре практика по переквалификации требований контролирующих лиц была окончательно преодолена.

Во-первых, для таких требований была сформирована отдельная очередность, предшествующая распределению ликвидационной квоты (п. 3 Обзора).

Во-вторых, в п. 14 Обзора Верховный Суд прямо указал, что у контролирующего лица «сохраняется материальное требование к должнику, не являющееся корпоративным». Следует заметить также немаловажную деталь: в деле «Еврофинанса», которое, как уже отмечалось, стало прототипом для формулирования первого примера п. 1 Обзора, имелись отсылки к притворным сделкам (п. 2 ст. 170 ГК РФ), однако в тексте Обзора они отражения не нашли.

«2. Очередность удовлетворения требования кредитора не может быть понижена лишь на том основании, что он относится к числу аффилированных с должником лиц, в том числе его контролирующих.

В деле о банкротстве хозяйственного общества компания, являющаяся контролирующим обществом лицом, обратилась в арбитражный суд с заявлением о включении в реестр требования о возврате займа.

Определением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции, в удовлетворении заявления отказано.

Суды сочли, что вследствие общности экономических интересов должника и контролирующей его компании требование займодавца не может конкурировать с требованиями кредиторов, не имеющих фактическую возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия (далее — независимые кредиторы).

Суд округа отменил указанные судебные акты и направил обособленный спор на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Сама по себе выдача контролирующим лицом денежных средств подконтрольному обществу посредством заключения с ним договора займа не свидетельствует о том, что обязательство по возврату полученной суммы вытекает из участия в уставном капитале (абзац восьмой ст. 2 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве). Действующее законодательство о банкротстве не содержит положений о безусловном понижении очередности удовлетворения некорпоративных требований кредиторов, относящихся к числу контролирующих должника лиц. Из фундаментального принципа автономии воли и свободы экономической деятельности участников гражданского оборота (ст. 1 ГК РФ) следует право каждого определять правовую форму инвестирования, в частности, посредством внесения взносов в уставный капитал подконтрольной организации или выдачи ей займов. Если внутреннее финансирование с использованием конструкции договора займа осуществляется добросовестно, не направлено на уклонение от исполнения обязанности по подаче в суд заявления о банкротстве и не нарушает права и законные интересы иных лиц — других кредиторов должника, не имеется

оснований для понижения очередности удовлетворения требования, основанного на таком финансировании».

Комментарий к п. 2

Рассматриваемый пункт Обзора призван решать одну из ключевых задач — определение модели субординации требований контролирующих лиц в России. Кроме того, попутно в нем разъясняются понятия контролирующего должника и аффилированного с ним лица.

Модель субординации контролирующих должника и аффилированных с ним лиц

В комментируемом пункте ВС РФ закладывает основы правовой модели понижения в очередности займов контролирующих лиц. В мировой практике существуют две основные модели субординации⁵⁸ — так называемая жесткая модель (Германия), когда субординируются любые займы контролирующих должника лиц, и так называемая мягкая (Австрия, США), когда субординация осуществляется в зависимости от определенных критериев, например при предоставлении займа в условиях кризиса компании, изначальной недостаточной капитализации юридического лица и т.п.⁵⁹

В качестве отправной точки в Обзоре сформулирован тезис о том, что само по себе наличие у кредитора контроля над должником не является основанием для понижения в очередности (субординации) его требования. Таким образом, на первый взгляд кажется, что модель автоматической субординации требований контролирующих лиц (немецкая модель) была прямо отвергнута. В качестве общего правила была сформулирована австрийская модель субординации — требования контролирующих лиц понижаются, если они возникли в условиях имущественного кризиса должника.

Как отмечалось в начале настоящего комментария, для реализации жесткой модели путем судебного толкования есть все основания — это можно сделать, исходя из телеологического толкования норм о правовом положении конкурсных кредито-

⁵⁸

Следует отметить, что институт субординации требований контролирующих лиц отсутствует в Англии (см.: *Weijts R.J., de, Good M.* Shareholders' and creditors' entitlements on insolvency: who wins where? Р. 642–645) и Франции. Вместе с тем, например, во Франции суд может привлечь участников к деликтной ответственности, если они недокапитализировали общество достаточным собственным капиталом либо такая недостаточность образовалась в результате управленческих ошибок («action en comblement du passif» (Art. L651-2 Code de commerce)). В целом с помощью этого инструмента также можно решать проблему номинальной недостаточной капитализации, см.: *Huber U., Habersack M.* Op. cit. S. 388–390. В Голландии суды также по общему правилу не признают существование особого отношения к займам участника юридического лица в виде их непременной субординации, см.: *Scherer E., Schimmelpenninck R.J.* Equitable Subordination of Shareholder Loans: Going Dutch or the American Way? // *Insolvency law and practice*. 2004. Vol. 20. P. 54 (доступно в *Lexisnexis*).

⁵⁹

Подробнее про возможные модели субординации см.: *Шайдуллин А.И.* Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования. С. 33–43.

ров в деле о банкротстве и исключении их из числа кредиторов. Но Суд посчитал, что без вмешательства законодателя эксплицитная реализация немецкой (жесткой) модели субординации невозможна.

За рубежом жесткая модель субординации была закреплена законодателем в 2004 г. в Испании⁶⁰, в 2008 г. в Германии. Интересно заметить также, что в США в процессе законодательной регламентации правил о субординации в 1976 г. изначально в Палату представителей и Сенат был также внесен проект, закрепляющий жесткую модель субординации (по немецкой и испанской модели, которые при этом, как мы знаем, были реализованы существенно позже)⁶¹. Предлагаемая норма звучала следующим образом: «Любое обеспеченное или необеспеченное требование любого основного контролирующего лица, директора или аффилированного лица или любого члена семьи такого контролирующего лица, директора или аффилированного лица понижается в очередности по отношению к другим несубординированным, но допустимым требованиям»⁶². Однако американский законодатель в результате не стал вмешиваться в дискрецию судов по этому вопросу, закрепив в 1978 г. общую бланковую норму (§ 510 (с) Банкротного кодекса США) о возможности такой субординации на основе принципов справедливости (*principles of equity*). Таким образом, законодатель намеренно не стал регулировать условия такой субординации, оставив этот вопрос на усмотрение судов и тем самым фактически сохранив актуальной сформировавшуюся на тот момент практику судов по этому вопросу. В целом это объяснимо для американской правовой системы явление, где роль прецедентов высока, а законодатель вмешивается только тогда, когда развивающуюся практику по тем или иным причинам считает критически неприемлемой с политико-правовой точки зрения. Для американского законодателя в целом нехарактерно установление в законе генеральных принципов и норм, поскольку он, как правило, стремится убедить суд (*judge-proof*) в том, что он действительно имел в виду, оставив минимум простора для толкования по принципиальным для него вопросам, чем и объясняется инструктивный характер англо-американского нормотворчества⁶³. Кроме того, едва ли удивительно, что американский правопорядок предпочел справедливость конкретного случая (фактически отсутствие правовой нормы) общей абстрактной норме. В аналогичной ситуации немецкий и испанский правопорядки, в свою очередь, реализовали в законодательстве решение в виде автоматической субординации.

Кроме того, следует учитывать, что избранная в законодательстве Австрии в 2004 г. модель субординации во многом была инспирирована действовавшим на тот момент регулированием в Германии, предполагавшим тогда мягкую модель. Сложно предположить, по какому пути пошел бы австрийский правопорядок, если бы законодательная регламентация субординации осуществлялась, скажем, после немецкой реформы (2008 г.).

⁶⁰ В силу ст. 92 Закона о несостоятельности (*Ley Concursal*) субординируются любые займы участников, имеющих более 10% в уставном капитале, и аффилированных с ними лиц, см.: *Huber U., Habersack M.* Op. cit. S. 384, 385.

⁶¹ См. об этом: *Wilton J., McGee W.* Op. cit. P. 93 (сн. 7)

⁶² Ibid.

⁶³ См.: *Kischel U.* Comparative law. N.Y., 2019. P. 242, 243.

Вместе с тем общий вывод о том, что ВС РФ в п. 2 Обзора склонился к так называемой мягкой модели, был бы слишком поспешным и не совсем точным. По крайней мере, подход, закрепленный в комментируемом Обзоре в целом, в существенных деталях отличается от двух классических примеров так называемого мягкого подхода — Австрии и США.

Так, в Австрии в Законе о замещении собственного капитала (§ 3) указано, что заем, предоставленный до кризиса, который был пролонгирован или погашение которого было отсрочено, не понижается в очередности, поскольку новая ликвидность фактически не предоставляется. Надо заметить, что до законодательной регламентации (2004 г.) в судебной практике Австрии действовал прямо обратный подход — если заем изначально был предоставлен вполне кредитоспособному обществу, но затем не был востребован участником (*Stehenlassen*), правила о понижении в очередности (субординации) тем не менее подлежали применению⁶⁴. Таким образом, австрийский законодатель, корректируя подход судебной практики, стремился быть последовательным в избранной им модели субординации займов (субординация исключительно при условии наличия кризиса на момент предоставления займа). В частности, оправдывая реформу 2008 г. в Германии, комментаторы небезосновательно отмечали, что в результате закрепления жесткого подхода субординации всех займов положение участников (акционеров) в реальности по большому счету не ухудшится, поскольку если займы, предоставленные до кризиса и не востребованные впоследствии, также понижаются в очередности (субординируются), то на практике это коснется довольно большой доли займов участников (акционеров)⁶⁵.

ВС РФ сделал осмысленный шаг в сторону более жесткой позиции, отметив, что невостребование контролирующим лицом займа в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, равно как отказ от реализации права на досрочное истребование займа, предусмотренного договором или законом (например, п. 2 ст. 811, ст. 813 ГК РФ), или подписание дополнительного соглашения о продлении срока возврата займа являются по существу формами финансирования должника, следовательно, они подлежат субординации (п. 3.2 Обзора).

Более того, ВС РФ пошел дальше и предусмотрел, что займы, предоставленные в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, также могут быть понижены в очередности (п. 9 Обзора). Последнее очень важно, ибо иначе проблема номинальной недостаточной капитализации может остаться нерешенной, когда существенную долю инвестиций участников будут составлять займы, в то время как только небольшая часть будет внесена в виде собственного капитала⁶⁶.

⁶⁴ См.: ОGH 22.12.1993. 8 Об 28/93.

⁶⁵ См.: Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. С. 126.

⁶⁶ См.: Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования. С. 39.

Говоря об американской модели субординации, необходимо учитывать, что подходы могут отличаться от штата к штату. Так, Апелляционный суд Одиннадцатого округа США отмечает, что «займы участника могут считаться взносами в капитал при наличии одного из двух обстоятельств: когда управляющий докажет наличие изначальной недостаточной капитализации или тот факт, что займы были предоставлены в такой ситуации, когда никакой иной неаффилированный кредитор не предоставил бы заем»⁶⁷. Как видим, вывод суда очень напоминает подход, сформированный ВС РФ в Обзоре. Вместе с тем большинство судов при рассмотрении вопросов о субординации на основе доктрины переквалификации исходят из так называемого мультифакторного теста (*multi-factor approach*), основанного на исследовании многочисленных критериев (факторов)⁶⁸. Этот подход заимствован американскими судами из налогового права, и в литературе прямо признается, что он приводит к противоречивым и непредсказуемым результатам⁶⁹. Попытка переложения многочисленных критериев переквалификации на российскую почву, по нашему мнению, не привела бы к сколько-нибудь предсказуемому и справедливому результату. При применении доктрины справедливой субординации (*equity subordination*) необходимо доказать упречность поведения участника (акционера) (*inequitable conduct*), которая может выражаться в недостаточной капитализации (*undecapitalisation*), мошенничестве (*fraud*), злоупотреблении при принятии решений в компании (*mismanagment*), нарушении фидуциарных обязанностей (*breach of fiduciary duty*), использовании компании как *alter ego* кредитора (теория *alter ego*). Таким образом, суды в США в рамках справедливой субординации требуют доказывания конкретного вреда интересам иных кредиторов (*concrete harm to creditors*)⁷⁰.

Как можно заметить, доминирующие подходы американских судов не были приняты в Обзоре. Заметим также, что в текущей редакции законопроекта Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве избрана аналогичная модель субординации. Так, в п. 1 ст. 137.1 Закона о банкротстве (в редакции законопроекта) предусмотрено, что в субординированной очереди удовлетворяются требования, вытекающие из предоставления контролирующим должника лицом финансирования должнику:

«1) после возникновения у должника обязанности подать заявление о признании его банкротом (пункт 1 статьи 9 настоящего Федерального закона) (капитализация в кризис);

2) сформированный при создании которого уставный капитал заведомо недостаточен для осуществления им деятельности, для которой он был создан (изначальная недокапитализация)».

⁶⁷ См.: *Estes v. N & D Props., Inc.* (In re N & D Props., Inc.), 799 F.2d 726, 733 (11th Cir. 1986).

⁶⁸ Суды в США для переквалификации займа во взнос в уставный капитал используют тесты, состоящие как из 11 факторов (см.: *AutoStyle Plastics, Inc.* (227 BR 797 — Bankr. Court, WD Michigan, 1998), так и из 13 (см.: *Sender v. The Bronze Group Ltd* (In re Hedged-Investments Assoc., Inc.) 380 F.3d 1292 (10th Cir. 2004)), а иногда и из 15 или 16 (см.: *Borger Props., Inc. v. Auer Corp.* (In re Wheeler Hospitality, Inc. (Bankr. N.D. Tex. Mar. 29, 2013))).

⁶⁹ См. об этом: *Wilton J., McGee W.* Op. cit.

⁷⁰ См.: *Kreisler*, 546 F.3d 863 (7th Cir. 2008); *Wooley v. Faulkner* (In re SI Restructuring, Inc.), 532 F.3d 355 (5th Cir. 2008).

Поэтому было бы ошибочным делать глобальные выводы о модели субординации займов в России лишь на основании прочтения комментируемого пункта Обзора, в отрыве от общей его систематики.

Понятие контролирующего и аффилированного лица

В российском праве довольно скоро после возникновения понимания, что займы участников юридического лица следует понижать в очередности (субординировать), стало очевидно, что аналогичный подход надлежит распространять на требования иных контролирующих и аффилированных с должником лиц. Однако, к сожалению, категория «аффилированность», несмотря на расхожее ее использование в российском праве, является более чем туманной⁷¹. Если в Германии при распространении норм о субординации на контролирующих лиц уверенно ссылаются на разработанное право концернов⁷², то в российском праве в этом отношении нет уверенной почвы под ногами.

Понятие аффилированности, которое изначально было никак не связано с проблематикой корпоративных отношений, довольно прочно устоялось в российской юридической терминологии. Оно было впервые закреплено в Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» для целей применения антимонопольного законодательства. Под аффилированными лицами в этом Законе понимаются физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. В частности, это лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица.

На этой основе практика судов пошла как по пути расширительного толкования понятия аффилированности, включая в него также и фактическую аффилированность, так и по пути акцента на понятии контролирующего лица как более узкого по сравнению с аффилированностью. Например, ВС РФ в определении от 15.06.2016 № 308-ЭС16-1475 отмечает, что доказывание в деле о банкротстве факта общности экономических интересов допустимо через подтверждение аффилированности не только юридической (в частности, принадлежность лиц к одной группе компаний через корпоративное участие), но и фактической. Второй из названных механизмов не исключает доказывание заинтересованности даже в тех случаях, когда структура корпоративного участия и управления искусственно позволяет избежать формального критерия группы лиц, однако сохраняется возможность оказывать влияние на принятие решений в сфере ведения предпринимательской деятельности. В ГК РФ при этом в ходе реформы гражданского законодательства была вклю-

⁷¹ См.: *Северюк О.* Понятие аффилированности и контроля в корпоративном законодательстве // *Корпоративное право: проблемы и решения: сб. работ / сост. и отв. ред. И.С. Чупрунов. М., 2020. С. 347–416; «Субсидиарная ответственность — это некая страшилка, которая заставляет бизнесменов не терять чувство меры»: интервью с Р.Т. Мифтахутдиновым // Арбитражная практика. 2014. № 4. С. 12–19.*

⁷² См.: *Шайдуллин А.И.* Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. С. 134–140.

чена соответствующая довольно бессодержательная статья об аффилированности (ст. 53.2), несмотря на жаркие споры, имевшие место при ее подготовке.

В то же время в ГК РФ на сегодняшний день сохранились правила о дочерних хозяйственных обществах. При этом невозможно не согласиться с Е.А. Сухановым в том, что в действующем корпоративном праве пока отсутствует развернутая регламентация права концернов (или холдингов) в понимании развитых зарубежных правопорядков⁷³. Указывая на имеющиеся недостатки в этом отношении, Д.И. Степанов отмечает, что взамен имеющей довольно узкое применение на практике конструкции «основное — зависимое общество» (ст. 67.3 ГК РФ) следовало бы ввести в корпоративное право и законодательство более универсальную категорию «контролирующее — подконтрольное лицо»⁷⁴. Вообще надо отметить, что регулирование отношений связанности и контроля является подлинной ахиллесовой пятой корпоративного и банкротного права России, ибо в этой сфере отсутствует какая-либо системность подходов.

Концептуально при определении условий распространения правил о субординации на контролирующих лиц необходимо иметь в виду, что контролирующие лица должны иметь возможность заранее оценивать риски понижения в очередности их требований. Поэтому крайне важно очертить круг контролирующих лиц, в отношении которых должны применяться такие правила. При попытке их определения мыслимы следующие варианты опоры в действующем законодательстве:

- существующие общие положения о дочерних хозяйственных обществах (ст. 67.3 ГК РФ);
- понятие контролирующих лиц, указанное в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) (ст. 61.10 Закона о банкротстве), и норма п. 3 ст. 53.1 ГК РФ о лицах, имеющих фактическую возможность определять действия юридического лица;
- понятие контролирующего лица, указанное в ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»;
- фактически специальные правила о контролирующих лицах, требования которых должны подпадать под режим субординации.

Заметим, что в США субъективная сфера действия правил о субординации опирается также на довольно казуистичное понятие «инсайдер», закрепленное в § 101 Банкротного кодекса. Прежде всего это члены менеджмента компании и иные лица, осуществляющие контроль над должником (*person in control of the debtor*). Участник признается контролирующим, если он владеет мажоритарной долей участия. Контролирующим должника лицом (*person in control*) признается только такое лицо, которое должно иметь перманентную возможность контроля над

⁷³ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 254.

⁷⁴ См.: Степанов Д.И. Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах // Закон. 2016. № 5. С. 67–86.

бизнесом при принятии решений (*day-to-day control*)⁷⁵. Кроме того, инсайдерами являются также аффилированные лица, под которыми понимаются лица, прямо или косвенно контролирующие или владеющие 20% голосов на общем собрании.

Понятие контролирующего лица, закрепленное в главе III.1 Закона о банкротстве, не вполне пригодно для целей субординации, поскольку вводилось для целей ответственности за причинение вреда имущественным интересам кредиторов и является излишне широким — это может быть главный бухгалтер, финансовый директор, родственники члена органа управления должника и т.д. При этом, как справедливо отмечает И.В. Горбашев, предмет доказывания состава правонарушения, влекущего субсидиарную ответственность, очень часто совпадает с предметом доказывания по вопросу об определении статуса контролирующего лица⁷⁶. Главным критерием для признания лица контролирующим по правилам главы III.1 Закона о банкротстве является именно влияние такого лица на формирование воли должника (неважно каким образом) по совершению действий, нарушивших права кредиторов⁷⁷. Применяя историческое толкование, необходимо учитывать, что понятие контролирующего лица, появившееся в Законе о банкротстве сначала в ст. 2 и 10, а затем в ст. 61.10, выросло из ст. 56 ГК в старой редакции, согласно которой любое лицо, чьими неправомерными действиями вызвано банкротство должника, должно нести за это ответственность. То есть если лицо своими неправомерными действиями довело должника до банкротства, то оно является контролирующим для целей субсидиарной ответственности.

Однако очевидно, что широкое понимание контролирующего лица, основанное на ст. 61.10 Закона о банкротстве и главе 59 ГК, не может учитываться для целей субординации требований по общему правилу, ибо субординация осуществляется за сам факт такого контроля⁷⁸. С учетом того, что субординация есть следствие недопустимости переноса рисков предпринимательской деятельности на внешних кредиторов (а не наказание за доведение до банкротства), принципиально важно, чтобы контролирующее лицо прямо или косвенно являлось фактически совладельцем (бенефициаром) бизнеса и имело цель получения прибыли, что достигается прежде всего (но не исключительно) через прямую или косвенную контролируемую долю участия в капитале. Таким образом, круг лиц должен быть ограничен теми, кто имеет прямой или косвенный интерес в прибыли общества. Контролирующие лица, как правило, являются одновременно и бенефициарами бизнеса (контролирующий выгодоприобретатель). Таким образом, нормы о контролирующих лицах (ст. 61.10 Закона о банкротстве) могут применяться для целей субординации при условии, если будет доказано, что такое контролирующее лицо извлекало неограниченную выгоду из предпринимательской деятельности долж-

⁷⁵ См.: Optical Techs., Inc., 252 B.R. 531, 539 (M.D. Fla. 2000), *aff'd*, 246 F.3d 1332 (11th Cir. 2001).

⁷⁶ См.: Горбашев И.В. О некоторых материально-правовых аспектах привлечения к субсидиарной ответственности в разъяснениях ВС РФ // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 154–202.

⁷⁷ См.: Мифтахутдинов Р.Т. Контролирующие должника лица как субъекты субсидиарной ответственности при банкротстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 7. С. 33–36.

⁷⁸ По этой же причине не должно для целей субординации учитываться правило о трехлетнем сроке контроля до появления признаков банкротства, поскольку оно установлено для целей ответственности контролирующих лиц, а не субординации.

ника (бенефициарный интерес). При этом полагаем ошибочным делать вывод о необходимости субординации только на основе возможности влияния на управление (которым могут обладать в том числе кредиторы, включившие в договоры ковенанты, залогодержатель и пр.), необходимо также учитывать возможности извлечения прибыли из бизнеса в случае успеха. Однако следует признать, что, безусловно, конечный бенефициар, не имеющий соответствующих формальных полномочий, не заинтересован в раскрытии своего статуса контролирующего лица⁷⁹. Поэтому о наличии бенефициарного интереса, как правило, свидетельствуют косвенные признаки (например, выдача поручительства по долгам должника, участие в принятии ключевых решений, нерыночность условий финансирования и т.п.).

Отдельным сложным вопросом является вопрос о понижении в очередности займов директора должника. В литературе встречается вывод о необходимости субординации требований директора, который делается только на том основании, что директор имеет возможность определять волю общества и, следовательно, «несет ответственность за неверные управленческие решения и возможный дефолт общества»⁸⁰. Но такое решение представляется слишком простым, тогда как указанная проблема требует более тонкого подхода к ее разрешению. С одной стороны, как мы отметили выше, только контроля явно недостаточно для применения института субординации. С другой стороны, при допущении несубординации займов директоров для тех случаев, когда директор является только наемным сотрудником, работающим за зарплату и не участвующим в распределении прибыли (отсутствует участие в капитале), открывается широкое поле для злоупотреблений, при которых участники в силу тесной фидуциарной связи с наемным директором будут оформлять через него свое финансирование⁸¹.

Поэтому в качестве более тонкого решения мы предлагаем использовать инструментарий, уже выработанный банкротным правом, в том числе и в настоящем Обзоре. Проблема злоупотреблений в этом случае также может быть преодолена с помощью так называемых стандартов доказывания. Независимые кредиторы могут заявить о субординации требования директора, не имеющего долю в обществе, если *prima facie* его заем вызывает сомнения относительно своей цели или истинной фигуры заимодавца. Об этом, например, могут свидетельствовать крупный размер займа, очевидность отсутствия соответствующих личных средств у заимодавца⁸², предоставление займа для целей ведения деятельности в условиях недостаточной

⁷⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-17629 по делу № А40-122605/2017.

⁸⁰ Алоян А.Э. Указ. соч.

⁸¹ Например, в Германии суды равным образом могут субординировать займы третьих лиц, предоставленные за счет контролирующего должника лица (*aus dem Vermögen Gesellschaften*). В частности, возможна ситуация, когда такое лицо имеет право требовать компенсации у контролирующего лица за предоставление займа должнику. Либо, например, ситуация, когда супруга акционера предоставляет займы обществу за счет такого акционера (самих по себе родственных отношений в данном случае для оправдания субординации, как правило, считается недостаточно). Такое положение дел иногда в Германии обозначается термином *Strohmann* («марионетка» (подставное лицо)). Лицо, предоставляющее заем, по сути, является марионеткой. См.: BGH, Urteil vom 26.06.2000 — II Z 21/99; Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung. § 39. 6 Auflage. Heidelberg, 2011. Rn. 41. S. 443, 444.

⁸² Этот механизм для опровержения мнимых сделок содержится, например, в абз. 3 п. 26 постановления № 35.

капитализации и т.п.⁸³ Такое возражение директор уже должен опровергать с использованием стандарта «вне разумных сомнений». Также если у директора имеется доля в капитале либо он, например, участвует в так называемой опционной программе⁸⁴, безусловно, его требования следует понижать в очередности, ибо он уже является лицом, «создающим для себя прибыль» (чаще всего это действительно будет так). Равным образом эти рассуждения справедливы в отношении членов коллегиальных органов управления.

Если директор имеет только фиксированный доход, оговоренный в трудовом договоре, и его заем очевидно не покрывает другого субъекта, например ввиду предоставления относительно небольшой суммы для погашения заработной платы в условиях временного дефолта по причине задержки платежей контрагентами, то его требование не должно субординироваться.

В любом случае, учитывая тесную фидуциарную связь директора с учредителями, доверившими ему бизнес, основания для несубординации должны быть достаточно весомыми. Еще одним примером такой несубординации могут быть доказанные директором факты разрыва фидуциарной связи с участниками общества (например, в результате корпоративного конфликта) и предоставления займа в интересах кредиторов в целях недопущения причинения им убытков. Как бы то ни было, даже приведенные примеры показывают всю сложность вопроса и невозможность предложения простых рецептов, не говоря уже о том, что реальная предпринимательская кухня может приготовить гораздо более изысканные и сложные блюда. Главное, необходимо учитывать общую идеологию.

Аналогичные замечания касаются регулирования, содержащегося в п. 3 ст. 53.1 ГК РФ. Одна лишь возможность оказывать определяющее воздействие не может являться единственным и достаточным критерием для понижения в очередности (субординации). Вопросы дефектов управления лиц, не участвующих в прибыли, не связаны с так называемой настоящей субординацией.

В Германии судебная практика исходит из того, что контролирующее лицо с **экономической точки зрения должно быть равнозначно участнику (акционеру)**. Это означает, что такое контролирующее лицо имеет такой же интерес в бизнесе, как участник, однако владеет им при этом опосредованно — через контролирующую долю в обществе — участнике должника либо соответственно в капитале самого должника, ибо субординация является следствием распределения рисков предпринимательской деятельности.

83

Например, в деле о субординации требований директора Фондуракина (определение СКЭС ВС РФ от 30.07.2020 № 310-ЭС18-12776 (2) по делу № А68-7860/2016) ВС РФ указал, что в этом случае «вероятность того, что денежные средства, [переданные] Фондуракиным А.И., являлись средствами группы организаций, в которую входил должник, находящимися в теневом обороте, возвращаемыми на расчетные счета последнего по мере необходимости совершения им тех или иных расходных операций, выше, чем вероятность существования между должником и Фондуракиным А.И. заемных отношений, регулируемых положениями параграфа первого главы 42 ГК РФ».

84

Опционная программа считается довольно эффективным способом решения «агентской проблемы». См. об этом: *Текутьев Д.И.* Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации. М., 2017.

Любопытно заметить, что ВС Германии отказался применять норму § 138 Положения о несостоятельности (*Nahestehende Personen*)⁸⁵ о приближенных лицах для решения вопроса о наличии оснований для субординации, указав, что она адаптирована для регулирования другой области отношений (перенос бремени доказывания при оспаривании сделок должника) и сам по себе статус инсайдера (наличие информационных преимуществ) не является достаточным основанием для субординации⁸⁶. Одним из свидетельств наличия контроля является доступ к внутренней информации (о финансовом положении и т.п.), но это само по себе не может служить определяющим критерием для субординации.

В целом критерии контроля, указанные в ст. 67.3 ГК РФ, посвященной дочерним хозяйственным обществам, могут быть приемлемыми для этих целей. Режим субординации должен распространяться прежде всего на такие ситуации, когда взаимоотношения основного и дочернего обществ представляют собой с экономической точки зрения единый хозяйствующий субъект⁸⁷. Вместе с тем правила о дочерних хозяйственных обществах не приобрели такое всеобъемлющее значение для корпоративного права России и не закрывают ряд ситуаций, в том числе те, в которых контролирующими лицами являются физические лица⁸⁸.

Критерии контролирующих лиц, закрепленные в ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», могут быть приемлемы с оговорками, указанными выше.

Однако ВС РФ обошел этот сложный вопрос довольно элегантно — в Обзоре фактически отсутствуют какие-либо ссылки на упомянутые выше нормы применительно к контролирующим лицам.

Под контролирующим лицом по смыслу Обзора понимается лицо, имеющее общие экономические интересы с должником и фактическую возможность давать ему обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия. Особо следует обратить внимание на слова «лицо, имеющее общие экономические интересы», которые должны передавать необходимость наличия внутреннего предпринимательского интереса, что обсуждалось нами выше.

ВС РФ прямо не сформулировал в Обзоре позицию о том, при владении каким объемом акций или долей займы участников по общему правилу не должны понижаться в очередности (уровень миноритарности). Субординации подлежит контролирующее лицо, а значит, как говорится, кто заказывает музыку, тот и платит.

⁸⁵ По существу, норма является аналогом норм о заинтересованных лицах Закона о банкротстве (ст. 19). В понятие приближенных лиц для должника — юридического лица согласно § 138 Положения о несостоятельности включаются члены органов управления юридического лица, лица, владеющие более 1/4 доли в капитале должника, иные лица, имеющие доступ к информации об экономическом положении должника, а также лица, имеющие родственные личные связи с перечисленными лицами.

⁸⁶ См.: BGN, 17.02.2011 — IX ZR 131/10.

⁸⁷ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 04.12.2012 № 8989/12 по делу № А28-5775/2011-223/12.

⁸⁸ См. об этом: *Степанов Д.И.* Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах.

Исходя из положений Закона о банкротстве (ст. 61.10), даже несмотря на отсутствие прямой ссылки, можно сделать вывод о возможности применения презумпции, содержащейся в п. 6 этой статьи: к контролирующим должника лицам не могут быть отнесены лица, если такое отнесение связано исключительно с прямым владением менее чем 10% уставного капитала юридического лица и получением обычного дохода, связанного с этим владением⁸⁹.

Еще одним мыслимым вариантом (более мягким) может быть использование презумпции о владении не более 25% акций (долей) в уставном капитале общества. С учетом того, что в Закон об АО были внесены изменения, ограничивающие участников в получении информации у общества, при закреплении порога миноритарности для целей субординации требований участников необходимо учитывать эти нормы, поскольку широкие информационные права участников являются одним из мотивов (хотя и не ключевым) субординации их требований. Так, в ст. 91 Закона об АО наиболее широкие информационные возможности предусмотрены для акционеров, владеющих не менее чем 25% голосующих акций общества. Например, условиями распространения правил о субординации (ст. 2467 ГК Италии (*Codice civile*)) на акционерные общества Кассационный суд Италии назвал возможность акционера получения всей необходимой информации и наличие влияния на бизнес⁹⁰.

Однако независимо от того, какой из указанных вариантов будет избран, важно подчеркнуть, что это является лишь презумпцией. Поэтому если будет доказано, что фактический контроль над должником принадлежал, например, лицу с 2% акций (долей), а два других участника с долями по 49% не действовали согласованно, то такое лицо может быть признано контролирующим и его заем также потенциально может быть субординирован. Возникновение подобной ситуации возможно, например, если в уставе заемщика содержатся положения о повышенном пороге голосов, необходимых для принятия решений по вопросам, отнесенным к компетенции общего собрания участников заемщика (решения принимаются единогласно независимо от размера доли в уставном капитале должника). Кроме того, как уже отмечалось, субординации может подлежать и лицо, не владеющее напрямую акциями или долями, но являющееся фактическим бенефициаром, или любое подставное лицо, через которого собственники бизнеса пытались предоставить заем (марионетка)⁹¹.

Более того, ВС РФ выделяет отдельную категорию аффилированных с должником лиц, которые не имеют прямого контроля над должником, но связаны между собой по признаку вхождения в одну группу лиц по смыслу антимонопольного законодательства. Иными словами, лицо является аффилированным с должником, если имеется общее контролирующее лицо, которое имеет возможность определять действия как аффилированного лица, так и должника (отношения горизон-

⁸⁹ См., напр.: определение СКЭС ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 по делу № А40-163846/2016.

⁹⁰ См.: Cass. Civ., Sez. I, sentenza 20 giugno 2018, n. 16291. См.: *Manganelli P.* Equitable subordination of loans granted by shareholders of an S.p.A. URL: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/equitable-subordination-of-loans-granted-by-shareholders/>.

⁹¹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 30.08.2018 № 305-ЭС17-18744 (2).

тальной связанности) (подробнее об этом см. комментарий к п. 4 Обзора). При этом, если будет установлено, что аффилированное лицо действует под влиянием контролирующего должника лица, в отношении него подлежат применению все положения Обзора, касающиеся контролирующего лица⁹².

«3. Требование контролирующего должника лица подлежит удовлетворению после удовлетворения требований других кредиторов, если оно основано на договоре, исполнение по которому предоставлено должнику в ситуации имущественного кризиса.

3.1. Финансирование, оформленное договором займа

В процедуре конкурсного производства, введенной в отношении должника, кредитор обратился в суд с заявлением о включении в реестр задолженности по договору займа. При этом кредитор представил вступивший в законную силу судебный акт о взыскании с должника в его пользу невозвращенного займа и неуплаченных процентов.

Суд первой инстанции отказал во включении данного требования в реестр, сославшись на то, что кредитор является контролирующим должника лицом, а значит, на него относятся все риски банкротства подконтрольного общества.

Суд апелляционной инстанции отменил определение суда первой инстанции, включил требование в реестр с удовлетворением в третью очередь. Как указал суд, сам по себе факт корпоративного контроля кредитора над должником не является основанием для понижения очередности удовлетворения заемного требования такого кредитора. Кроме того, суд отметил, что требование подтверждено вступившим в законную силу судебным актом о взыскании задолженности по договору займа.

Суд округа отменил определение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции, направил спор на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Окружной суд согласился с выводом суда апелляционной инстанции о том, что действующее законодательство о банкротстве не содержит положений об автоматическом понижении очередности удовлетворения требования лица, контролирующего должника.

Вместе с тем внутреннее финансирование должно осуществляться добросовестно и не нарушать права и законные интересы иных лиц. В данном деле судами не были установлены обстоятельства предоставления займа подконтрольному обществу.

Согласно п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве при наличии любого из обстоятельств, указанных в этом пункте, считается, что должник находится в трудном экономическом положении (далее — имущественный кризис) и ему надлежит обратиться в суд с заявлением о собственном банкротстве.

Контролирующее лицо, которое пытается вернуть подконтрольное общество, пребывающее в состоянии имущественного кризиса, к нормальной предпринимательской деятельности посредством предоставления данному обществу финансирования (далее — компенсационное финансирование), в частности, с использованием конструкции договора займа, т.е. избравшее модель поведения, отличную от предписанной Законом о банкротстве, принимает на

⁹² См.: определения СКЭС ВС РФ от 03.06.2020 № 306-ЭС20-224 (1, 4, 6) по делу № А65-20265/2018, от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2, 3, 5) по делу № А65-20265/2018.

себя все связанные с этим риски, в том числе риск утраты компенсационного финансирования на случай объективного банкротства. Данные риски не могут перекладываться на других кредиторов (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Таким образом, при банкротстве требование о возврате компенсационного финансирования не может быть противопоставлено их требованиям — оно подлежит удовлетворению после погашения требований, указанных в п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве, но приоритетно по отношению к требованиям лиц, получающих имущество должника по правилам п. 1 ст. 148 Закона о банкротстве и п. 8 ст. 63 ГК РФ (далее — очередность, предшествующая распределению ликвидационной квоты).

Суд округа дал суду первой инстанции указание: при новом рассмотрении спора установить, при каких обстоятельствах предоставлялось финансирование, и с учетом этого определить очередность удовлетворения требования контролирующего лица. При этом окружной суд отметил, что вопреки выводу суда апелляционной инстанции само по себе наличие вступившего в законную силу судебного акта, подтверждающего задолженность, не освобождает арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, от обязанности определить очередность удовлетворения основанного на этой задолженности требования (п. 10 ст. 16 Закона о банкротстве).

3.2. Финансирование, осуществляемое путем отказа от принятия мер к истребованию задолженности

В деле о банкротстве было установлено: контролирующее должника лицо изначально предоставляло заем не в условиях имущественного кризиса.

Суды тем не менее признали требование о возврате займа подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, исходя из следующего.

После наступления согласованного в договоре срока возврата займа контролирующее должника лицо не принимало мер к его истребованию. Такое поведение было обусловлено тем, что к этому моменту изъятие финансирования повлекло бы возникновение имущественного кризиса на стороне должника.

Суды указали следующее: неостребование контролирующим лицом займа в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, равно как отказ от реализации права на досрочное истребование займа, предусмотренного договором или законом (например, п. 2 ст. 811, ст. 813 ГК РФ), или подписание дополнительного соглашения о продлении срока возврата займа по существу являются формами финансирования должника. Если такого рода финансирование осуществляется в условиях имущественного кризиса, позволяя должнику продолжать предпринимательскую деятельность, отклоняясь от заданного п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве стандарта поведения, то оно признается компенсационным с отнесением на контролирующее лицо всех рисков, в том числе риска утраты данного финансирования на случай объективного банкротства.

3.3. Финансирование, оформленное договором купли-продажи, подряда, аренды и т.д.

Разновидностью финансирования по смыслу п. 1 ст. 317.1 ГК РФ является предоставление контролирующим лицом, осуществившим неденежное исполнение, отсрочки, рассрочки платежа подконтрольному должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды и т.д. по отношению к общим правилам о сроке платежа (об оплате товара непосредственно до или после его передачи продавцом (п. 1 ст. 486 ГК РФ), об оплате работ после окончательной сдачи их результатов (п. 1 ст. 711 ГК РФ), о внесении арендной платы в сроки, обычно применяемые при

аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах (п. 1 ст. 614 ГК РФ) и т.п.). Поэтому в случае признания подобного финансирования компенсационным вопрос о распределении риска разрешается так же, как и в ситуации выдачи контролирующим лицом займа. При этом контролирующее лицо, опровергая факт выдачи компенсационного финансирования, вправе доказать, что согласованные им условия (его действия) были обусловлены объективными особенностями соответствующего рынка товаров, работ, услуг (ст. 65 АПК РФ).

Так, в одном из дел о банкротстве контролирующее лицо подало заявление о включении в реестр основного долга по арендной плате за несколько лет, предшествующих введению в отношении подконтрольного должника процедуры наблюдения.

Суд, указав на то, что при аренде коммерческой недвижимости арендная плата обычно вносится ежемесячно, арендодатель не принимал мер к истребованию в разумный срок задолженности, возникшей до имущественного кризиса, продолжил сдавать имущество в аренду после наступления этого кризиса, всю задолженность признал подлежащей удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

3.4. Доказывание обстоятельств, при которых предоставлялось финансирование

Неустранимые контролирующим лицом разумные сомнения относительно того, являлось ли предоставленное им финансирование компенсационным, толкуются в пользу независимых кредиторов.

В деле о банкротстве определением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции, требование контролирующего должника лица включено в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Суды сослались на то, что возражающий по требованию независимый кредитор не доказал факт предоставления финансирования в ситуации имущественного кризиса.

Суд округа названные судебные акты изменил, понизив очередность удовлетворения требования контролирующего лица.

В силу ч. 1 ст. 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

В рассматриваемом случае независимый кредитор, обосновывая довод о предоставлении финансирования в условиях имущественного кризиса, представил косвенное доказательство — выписку по счету должника, из которой усматривалось существенное снижение выручки в период, предшествующий финансированию. Обычно это свидетельствует о возникновении реальной угрозы неплатежеспособности (обстоятельства, указанного в абзаце шестом п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве).

Контролирующее должника лицо, обладающее по сравнению с независимым кредитором значительно большим объемом информации о деятельности должника, структуре его активов и пассивов, состоянии расчетов с дебиторами и кредиторами и т.д., представило документы, которые не устранили все разумные сомнения относительно компенсационной природы финансирования.

При таких обстоятельствах в соответствии с ч. 1 ст. 9 АПК РФ и исходя из смысла разъяснений, изложенных в п. 26 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 июня 2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве», именно контролирующее лицо должно нести риск наступления негативных последствий несовершенства им процессуальных действий по

представлению доказательств отсутствия имущественного кризиса в виде понижения очередности удовлетворения его требования».

Комментарий к п. 3

Комментируемый пункт является одним из ключевых в Обзоре. В нем разъясняются такие основополагающие вопросы, как (1) понятие финансирования для целей субординации, (2) понятие имущественного кризиса, (3) закрепляется позиция о помещении требований контролирующих лиц в отдельной очередности и (4) решается вопрос о влиянии судебного акта на вопросы субординации. Кроме того, он закладывает идеологическую основу субординации требований контролирующих лиц. Одновременно в этом пункте и во всем Обзоре, к сожалению, не нашла отражения проблематика порядка оспаривания платежей по требованиям контролирующих лиц, подлежащих понижению в очередности. Рассмотрим перечисленные вопросы подробнее.

Понятие компенсационного финансирования

Под финансированием в рамках комментария мы будем понимать снабжение контролирующим лицом денежными средствами и иными ресурсами подконтрольного общества для целей осуществления им своей деятельности. ВС РФ называет финансирование контролирующего лица компенсационным: это обусловлено стремлением подчеркнуть, что Обзор прежде всего обсуждает финансирование, которое предоставляется в условиях имущественного кризиса, как бы компенсируя его недостаток для продолжения основной деятельности подконтрольным обществом.

Без сомнений, наиболее распространенным случаем финансирования должника контролирующими лицами является договор займа (кредита), поскольку это и есть основной правовой инструмент, опосредующий экономические отношения финансирования⁹³. Заметим, что это обстоятельство находит свое отражение в используемой терминологии применительно к вопросам субординации в зарубежном праве. В частности, в Положении о несостоятельности Германии речь идет о займах участников (*Gesellschafterdarlehen*), а также о приравненных к ним с экономической точки зрения правовых актах (*Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen*). Аналогичным образом в англоязычной терминологии при обсуждении вопросов субординации используется, как правило, выражение *shareholder loan*. В США равным образом могут быть субординированы требования контролирующих лиц, если они возникли на ином основании. В данном случае ни наука, ни практика не проводят принципиального различия между ними для целей субординации⁹⁴. Таким образом, ключевая идея субординации заключается в том,

⁹³ Например, уже после принятия Обзора ВС РФ отмечает, что «выдача займов является наиболее распространенной формой финансирования» (определение СКЭС ВС РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077 (2) по делу № А65-1704/2019).

⁹⁴ См.: *Herzog A.S., Zweibel J.B.* The Equitable subordination of claims in Bankruptcy // *Vanderbilt Law Review*. 1961. Vol. 15. No. 1. P. 83–113; *Braunschweig V.* Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA. Frankfurt, 2012. S. 182.

что требования контролирующих лиц понижаются в очередности, если они **экономически предоставили кредит своему обществу**. Из этого исходит и ВС РФ, обсуждая в первую очередь субординацию требований, возникших на основании договора займа (п. 3.1 Обзора).

По меткому замечанию К. Шмидта, в силу своего положения участники являются «прирожденными инвесторами» своего общества (*geborenen Investoren*)⁹⁵. Законодатель в целом исходит из того, что именно участники должны снабдить общество необходимым капиталом, чтобы надлежащим образом отделить имущество юридического лица от своего имущества. При успешности бизнеса, безусловно, общество может и должно привлекать финансирование от независимых (внешних) кредиторов. Однако это не отменяет того, что при любой трудной экономической ситуации последним кредитором (если все внешние кредиторы не предоставят кредит), который будет готов предоставить финансирование обществу, всегда будет контролирующее лицо (внутренний кредитор), если оно заинтересовано в сохранении бизнеса.

Помимо займа (кредита), могут быть и иные правовые формы, опосредующие отношения экономического кредита. Важно при этом помнить, что Обзор концентрируется на отношениях экономического кредита, возникших в ситуации имущественного кризиса общества. Так, в соответствии с Обзором под финансированием также понимается отсрочка, рассрочка платежа должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды и т.д. (п. 3.3 Обзора), отказ от принятия мер к истребованию задолженности (если заем (кредит) был предоставлен не в условиях имущественного кризиса, то его не востребование в таких условиях является по существу новым кредитом) (п. 3.2 Обзора), выдача поручительства, залога или иного обеспечения (см. об этом комментарий к п. 6 Обзора), приобретение требования контролирующим лицом у независимого кредитора (см. об этом комментарий к п. 6 Обзора), погашение долга подконтрольного лица перед независимым кредитором (см. об этом комментарий к п. 6 Обзора)⁹⁶.

Таким образом, во всех перечисленных случаях, если такое финансирование предоставляется в условиях имущественного кризиса должника, наступают соответствующие правовые последствия в виде понижения в очередности требований контролирующих лиц.

В российской литературе И.А. Белоусов вслед за зарубежными коллегами справедливо отмечает, что подчинению должны подлежать не только требования по займам, но и любые требования, основанные на выдаче корпорации кредита участником⁹⁷. Вместе с тем в данной ситуации можно было бы помыслить субординацию любых требований контролирующих лиц вне зависимости от оснований их возникновения. Именно такой жесткий вариант реализован, например, в Словакии

⁹⁵ См.: Schmidt K. Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung // GmbH-Rundschau. 2009. S. 1009.

⁹⁶ Заметим, что аналогичная правило предлагается в пункте 2 статьи 137.1 Закона о банкротстве в редакции законопроекта Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве.

⁹⁷ См.: Белоусов И.А. Указ. соч. С. 165.

(ст. 95 (3) Закона о банкротстве)⁹⁸. То есть в рамках этой модели контролирующее лицо не будет удовлетворяться с иными кредиторами в равной очереди вне зависимости от того, на каком основании возникло его требование. Подобный подход кажется чрезмерно радикальным. Полагаем, что необходимо устанавливать волю участника, направленную на финансирование своего общества, которая предполагается при предоставлении займа. Это призвано подчеркнуть общую допустимость рядовых гражданско-правовых отношений между аффилированными лицами. Вопрос понижения в очередности (субординации) займов является следствием прежде всего капитализации (финансирования) своего бизнеса. Исходит из этого и Верховный суд Германии⁹⁹, отмечая, что требования должны субординироваться, если имеет место предоставление финансовой помощи (*Finanzierungshilfe*) подконтрольному обществу, когда выполняется функция финансирования (*Finanzierungsfunktion*)¹⁰⁰.

В связи с этим возникает вопрос: каким образом устанавливать направленность такой воли применительно к **обменным сделкам**? Если по договору поставки в пользу своего общества срок платежа в пользу участника установлен в размере 6 месяцев, есть ли здесь намерение профинансировать? А если такой срок составляет 1 год, 2 года, 10 лет? В Австрии законодательно предусмотрели срок в 6 месяцев, при котором участник не будет понижаться в очередности, и кроме того, он не лишен права доказать, что установление более длительных сроков отсрочки является обычным для этой сферы (отрасли) (§ 3 Закона о замещении собственного капитала). Соответственно, если срок отсрочки составляет 6 месяцев, то финансирования нет, следовательно, нет и оснований для понижения в очередности. Если же срок отсрочки превышает 6 месяцев, то предполагается финансирование, но участник не лишен возможности доказать обратное.

В России решение и без того непростого вопроса применительно к банкротству усложняется тем, что поныне в судебной практике нет понимания того, при каких обстоятельствах возникают отношения по коммерческому кредитованию по смыслу ст. 823 ГК РФ¹⁰¹. С одной стороны, в практике широко представлена позиция, что отношения по коммерческому кредитованию возникают при несовпадении во времени момента оплаты по договору и предоставления встречного исполнения и только при условии прямого указания в договоре на то, что такое несовпадение является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредитованию¹⁰². С другой стороны, некоторые суды отмечают, что коммерческим кредитованием считается всякое несовпадение во времени момента оплаты по договору и предо-

⁹⁸ См.: Lutz G.S., Steinecker J. A new subordination rule entered into force: the role of related party creditors in bankruptcy post Amendment to the Slovak Bankruptcy Act. 2012. URL: <https://spectator.sme.sk/c/20042879/a-new-subordination-rule-entered-into-force-the-role-of-related-party-creditors-in-bankruptcy-post-amendment-to-the-slovak-bankr.html>.

⁹⁹ См.: BGH — Urteil vom 29. January 2015 Az. IX ZR 279/13.

¹⁰⁰ См.: BGH — Urteil vom 27 Juni 2019 — IX ZR 167/18.

¹⁰¹ См. об этом: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 682–692 (автор комментария к ст. 823 — А.Г. Карапетов).

¹⁰² См.: определение СКЭС ВС РФ от 19.12.2017 по делу № 306-ЭС17-16139.

ставления встречного исполнения даже без указания на то, что такое несовпадение является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредитованию¹⁰³. Избрание для целей субординации первого подхода, очевидно, неприемлемо — нетрудно предсказать, что популярность таких оговорок, не отражающих при этом реально складывающихся экономических отношений, может возрасти в разы.

Поэтому, скорее, следует за точку отсчета воспринимать позицию, в соответствии с которой коммерческим кредитованием может считаться всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по заключенному договору, когда товары поставляются (работы выполняются, услуги оказываются) ранее их оплаты либо платеж производится ранее передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг) (имплицитная теория). Однако такой механический подход выискивания временных лагов по оплате, по крайней мере применительно к решению вопроса о наличии оснований для понижения в очередности (субординации) требований контролирующего лица, также вряд ли можно признать приемлемым и справедливым. Необходим дополнительный критерий. Несмотря на заметную абстрактность, им может быть упоминавшийся выше критерий направленности воли участника на предоставление компенсационного финансирования своему обществу. В свою очередь, такую направленность следует определять на основе объективных критериев, и прежде всего типичности соответствующих схем платежа. Если, например, отсрочка платежей в 30 дней на практике является довольно распространенным явлением применительно к отношениям поставки оборудования (в том числе в отношениях между независимыми участниками гражданского оборота), то следует исходить из отсутствия намерения профинансировать общество, а значит, отсутствуют основания для понижения таких требований в очередности. Таким образом, суду надлежит выяснить, насколько несовпадение встречных предоставлений применительно к конкретному случаю является типичным. В ситуации, когда участник не востребует долгое время встречное предоставление по договору купли-продажи (оказания услуг), в большинстве случаев можно усмотреть такое намерение, поскольку средний разумный предприниматель так себя не ведет без надлежащего на то основания.

ВС РФ разъясняет, что разновидностью финансирования по смыслу п. 1 ст. 317.1 ГК РФ является предоставление контролирующим лицом, осуществившим неденежное исполнение, отсрочки, рассрочки платежа подконтрольному должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды и т.д. по отношению к общим правилам о сроке платежа (об оплате товара непосредственно до или после его передачи продавцом (п. 1 ст. 486 ГК РФ), об оплате работ после окончательной сдачи их результатов (п. 1 ст. 711 ГК РФ), о внесении арендной платы в сроки, обычно применяемые при аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах (п. 1 ст. 614 ГК РФ) и т.п.)¹⁰⁴.

¹⁰³ См.: постановления ФАС Московского округа от 04.06.2012 по делу № А40-34524/11-38-173Б, от 25.04.2006, 18.04.2006 № КГ-А41/2041-06 по делу № А41-К1-11344/05.

¹⁰⁴ В частности, в развитие данного разъяснения ВС РФ отмечает, что (1) «финансирование может осуществляться посредством авансирования должника (предварительной оплаты приобретаемого у него товара) — предоставления ему средств в счет оплаты товара до его передачи, то есть путем проведения расчетов по договору купли-продажи с отступлением от диспозитивных правил пункта 1 статьи 486 ГК РФ» (определение СКЭС ВС РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077 (2)) и (2) «факты оказания обществом услуг должнику, несмотря на непрекращающееся нарушение со стороны последнего условий об их оплате, а также не взыскание имеющейся задолженности, могут свидетельствовать о предоставлении обществом аффилированному лицу (должнику) компенсационного финансирования» (определение СКЭС ВС РФ от 31.08.2020 № 309-ЭС20-6158).

Заметим, что в данном разъяснении отсутствуют ссылки на правила о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ), что неслучайно. Более того, приведенная позиция выводится по смыслу п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, а не из буквального значения нормы. По общему правилу ВС РФ исходит из того, что всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по заключенному договору является компенсационным финансированием. Однако контролирующее лицо вправе доказать, что такая отсрочка или рассрочка не является компенсационным финансированием, а была обусловлена объективными особенностями соответствующего рынка товаров, работ, услуг (ст. 65 АПК РФ).

Одновременно возникает другой ключевой вопрос: на кого возлагается бремя доказывания отсутствия (или наличия) намерения профинансировать в рамках соответствующих отношений? С одной стороны, исходя из защиты интересов оборота, возможно, следовало бы отталкиваться от того, что компенсационного финансирования нет, — иное может быть доказано кредитором в силу нетипичности условий, слишком значительной просрочки в оплате подтвержденного долга и пр. С другой стороны, думается, что, если иное прямо не указано в Обзоре, должна работать общая конструкция доказывания, содержащаяся в его п. 1, поскольку в силу своей близости к собственной корпорации контролирующее лицо способно завуалировать фактическое предоставление компенсационного финансирования иными гражданско-правовыми конструкциями. Поэтому представляется, что любые *prima facie* доводы внешнего кредитора относительно компенсационного финансирования или свидетельства о завуалированности предоставления финансирования должны влечь переход доказывания по правилам доказательственного пинг-понга¹⁰⁵ к контролирующему должнику лицу с использованием стандарта доказывания отсутствия компенсационного финансирования вне всяких сомнений.

Хороший пример из судебной практики в своей статье приводит И.М. Шевченко¹⁰⁶. Компания перечислила обществу предоплату по договору поставки (между обществом и участником с долей 49%) в размере 1 500 000 руб., но продавец не поставил товар. Компания обратилась с заявлением о включении этой задолженности в реестр требований кредиторов. Суд первой инстанции возложил бремя доказывания того, что правоотношения сторон носили реальный характер, а не «опосредовали движение денежных средств внутри группы аффилированных лиц», на участника и отметил, что «само по себе перечисление должнику 1 500 000 руб. не свидетельствует о наличии задолженности по договору». Фактически суд в данном случае, возложив бремя доказывания реальности возникших отношений, а также указав на вероятность «движения денежных средств внутри группы аффилированных лиц», говорит о намерении участника профинансировать свое общество, возлагая бремя доказывания обратного на последнего.

105

См. о переходе доказывания: Мифтахутдинов Р.Т. Высшая судебная инстанция продолжает объяснять правила «доказательственного пинг-понга». Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.05.2017 № 306-ЭС15-8369 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 24–26; Смольников Д.И. Переход бремени доказывания в гражданском судопроизводстве: игра в пинг-понг или стрельба из лука? // Закон. 2019. № 1. С. 138–148; Смола А.А. Указ. соч. С. 129–165.

106

См.: Шевченко И.М. К вопросу о рассмотрении в делах о банкротстве требований, основанных на отношениях внутрикорпоративного характера // Арбитражные споры. 2018. № 4. С. 36–54.

Основываясь, по существу, на изложенных рассуждениях, ВС РФ подчеркивает, что любые не устраненные контролирующим лицом разумные сомнения относительно того, являлось ли предоставленное им финансирование компенсационным, толкуются в пользу независимых кредиторов (п. 3.4 Обзора).

Отдельно хотелось бы выделить проблематику передачи имущества в пользование **по договору аренды** применительно к субординации займов, хотя ВС РФ и не акцентирует на этом внимание. В ситуации, когда контролирующее лицо передает предмет аренды подконтрольному обществу, возникает вопрос о том, можно ли в данном случае увидеть определенную финансовую помощь, оказываемую самим фактом передачи предмета аренды. Речь не идет о включении этого предмета в конкурсную массу. Надо сказать, что это всерьез обсуждалось¹⁰⁷ в Германии и такие предложения были отклонены Верховным Судом¹⁰⁸. Вместе с тем неясно, должны ли мы в данном случае исходить из общего правила о том, что в таких отношениях необходимо усматривать компенсационное финансирование. Должны ли понижаться в очередности требования из такого договора в любом случае? Иными словами, должен ли быть в такой ситуации более жесткий подход?

Существует аргумент в пользу того, чтобы любые требования контролирующего лица на основании договора аренды понижать в очередности (вне зависимости от наличия отсрочек, рассрочек платежей). Он заключается в том, что возможны ситуации, когда все основные производственные активы будут принадлежать контролирующему лицу, которое будет их предоставлять подконтрольному обществу по договору аренды.

Например, в деле АС Московского округа № А41-4408/2016¹⁰⁹ между аффилированными лицами (в обществе-должнике и в обществе-заимодавце должность единоличного исполнительного органа занимало одно и то же лицо) был заключен договор аренды, согласно которому общество передало должнику манипулятор и экскаватор, а должник обязался вносить арендную плату за пользование имуществом. В период действия договора арендодатель надлежащим образом исполнил свои обязательства по предоставлению в аренду спецтехники, а также услуг по ее управлению и технической эксплуатации, однако арендатор-должник в нарушение обязательств по договору не вносил арендную плату, в связи с чем образовалась крупная задолженность. Общество-арендодатель заявило впоследствии с этими требованиями в реестр.

В данном деле, поскольку арендатор практически не вносил арендную плату, наличие компенсационного финансирования не вызывает сомнений. Допустим, что арендатор ежемесячно и исправно ее бы вносил. Справедливо ли в таком случае не субординировать требования такого арендодателя? Отсутствие субординации в таком случае провоцирует контролирующих лиц приобретать имущество в свою собственность и предоставлять впоследствии подконтрольному обществу. С одной стороны, они таким образом защищают активы от рисков банкротства, с другой —

¹⁰⁷ См.: *Wiedemann H.* Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung // ZIP. 1986. S. 1293–1303.

¹⁰⁸ См.: Bundesgerichtshof Urt. v. 11.07.1994, Az.: II ZR 146/92.

¹⁰⁹ См.: постановление АС Московского округа от 29.05.2017 № Ф05-4320/2017.

получают шанс на установление своих требований в реестре наравне с иными кредиторами¹¹⁰. А.В. Егоров и К.А. Усачева, рассматривая практику создания унитарных предприятий, за которыми собственник не закрепляет имущество на вещном праве, а передает им то же самое имущество на праве аренды, отмечают, что, очевидно, собственник преследует цель спасения своих активов¹¹¹. Примечательно, что в деле ВС Германии наблюдалась аналогичная ситуация, когда общество без производственных средств, предоставленных участником в аренду подконтрольному, не могло бы осуществлять свою деятельность и было по существу нежизнеспособно¹¹². Поэтому было бы желательно создание стимулов для контролирующих лиц инвестировать средства в подконтрольное общество для целей закупки соответствующих необходимых активов, а не предоставлять их в пользование своему обществу.

Следует также заметить, что помещение всех активов на одну из компаний группы может рассматриваться в качестве обычной практики и объясняться иными мотивами¹¹³. Верховный суд Германии исходит из общего подхода о том, что арендные платежи подпадают под регулирование правил о капиталозамещении только в том случае, если их уплата будет отсрочена участником. При этом суд обосновывает свой тезис тем обстоятельством, что обменные сделки (*Austauschgeschäften*), в том числе договор аренды, не выполняют финансовую функцию (*keine Finanzierungsfunktion*), поскольку средства выплачиваются из компании по взаимовыгодной сделке. Только если платежи по арендным платежам будут отсрочены или не востребованы участником, можно говорить о предоставлении такой финансовой помощи подконтрольному обществу, поскольку любая отсрочка с экономической точки зрения является кредитом (*«jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt»*). ВС Германии также разъясняет, что, например, требование, вытекающее из договора о возмездном оказании услуг участником своему обществу, по общему правилу не подпадает под режим капиталозамещения, однако если встречное предоставление участника было отсрочено, то оно будет удовлетворяться уже в субординированной очереди¹¹⁴.

Аналогичным образом в Австрии в § 3 Закона о замещении собственного капитала указано, что если обществу предоставлена вещь в пользование или оказана услуга, то предоставление займа может распространяться только на предоставление в денежной форме, а не на передачу в пользование или оказание услуги.

ВС РФ в комментируемом пункте также сформулировал позицию в отношении договора аренды в русле общего подхода к сделкам обменного характера, а именно

¹¹⁰ См.: определение ВС РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6).

¹¹¹ См.: Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31–73.

¹¹² См.: BGH, Urt. v. 14.12.1992 — II ZR 298/91.

¹¹³ См.: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>. P. 11.

¹¹⁴ См.: BGH, 16.02.2009 — II ZR 120/07.

о понижении в очередности в случае нетипичности для обычной практики платежей («при аренде коммерческой недвижимости арендная плата обычно вносится ежемесячно») и если арендодатель «не принимал мер к истребованию в разумный срок задолженности», продолжив сдавать имущество в аренду, несмотря на просрочку уплаты. Полагаем, что дела о субординации, в которых подконтрольное общество исправно вносит арендную плату, будут немногочисленны. Поэтому, как представляется, изложенный в Обзоре подход также будет в большинстве случаев выявлять указанные схемы арендодателей — контролирующих лиц.

По крайней мере, ВС РФ сформулировал позицию в русле зарубежных правопорядков, которая догматически является более последовательной.

Кроме того, в п. 3.2 Обзора отдельно разъясняется финансирование, осуществляемое путем отказа от принятия мер к истребованию задолженности.

В дореформенной судебной практике Германии и Австрии суды отмечали, что, если заем изначально был предоставлен не в условиях кризиса, но затем не был востребован участником (*Stehenlassen*), подлежат применению правила о понижении в очередности (субординации). В данном случае участнику ставится в упрек, что он, прекрасно зная о финансовом положении компании, не стал востребовать свои займы, а, наоборот, намеренно отсрочил их, по сути, до наступления банкротства. Здесь необходимо иметь в виду, что речь идет о ситуации, когда у контролирующего лица была возможность истребовать заем, пусть и ценой наступления в результате имущественного кризиса должника, но он не стал этого делать, по существу, тем самым профинансировав должника в этот момент. Следовательно, если даже заем изначально предоставлялся до имущественного кризиса, но при наступлении срока его погашения он не истребуется, а также если контролирующее лицо намеренно отказывается от реализации права на досрочное истребование займа (хотя средний разумный участник оборота реализовал бы его в заданных условиях) или подписывает дополнительное соглашение о продлении срока платежа, требование субординируется.

Однако если контролирующее лицо предпринимало попытки истребовать заем и фактическая отсрочка возникла по причине неплатежеспособности подконтрольного общества (*unfreiwillige stundung*)¹¹⁵, то оснований применять обсуждаемую правовую позицию не имеется. Как отмечает К. Толе, решающее значение в этом случае должно иметь осознанное решение о финансировании (*Finanzierungsentscheidung*), исходящее от контролирующего лица¹¹⁶. По сути, необходима воля, направленная на предоставление финансирования обществу. А она отсутствует, если истребовать финансирование объективно было невозможно по причине наступившей к этому моменту неплатежеспособности должника.

Таким образом, требования подлежат субординации в том случае, если фактически явствовалась воля кредитора на отказ от истребования займа при наступлении

¹¹⁵ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. 4. Auflage. Köln, 2012. § 39. Rn. 44. S. 553 (автор комментария — М. Lüdtke).

¹¹⁶ См.: *Thole C. Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen: zwei Seiten derselben Medaille? // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*. 2012. Bd. 176, H. 5. S. 513–546.

срока погашения, даже если формально не было заключено соглашение о продлении срока исполнения. По сути, такая субординация призвана воспрепятствовать попыткам обхода правил о субординации займов путем невостребования своих займов при наступлении срока их погашения. Как полагает Высший окружной суд Гамбурга, требование, по которому предоставлена отсрочка, может рассматриваться в качестве займа только в том случае, если эта сумма осознанно не востребована (оставлена должнику) с целью его финансирования¹¹⁷.

Понятие имущественного кризиса

Понятие имущественного кризиса является одним из ключевых в Обзоре. Не уяснив его содержание, невозможно корректно его применять. Общая модель субординации основана на том, что требования контролирующих лиц понижаются в очередности, если они предоставлены в условиях имущественного кризиса (см. об этом подробнее комментарий к п. 2 Обзора). Поэтому крайне важным является вопрос: каким образом определять имущественный кризис? Здесь необходимо отметить, что установление признаков имущественного кризиса представляет собой крайне непростую задачу, которая всегда будет носить сугубо оценочный характер и зависеть от судейского усмотрения. Как известно, определение признаков банкротства¹¹⁸, а равно имущественного кризиса — это наиболее сложная задача в банкротном деле. Поэтому такой подход, конечно, довольно существенно усложняет правоприменение, поскольку суды будут делать это *ex post*, через значительный промежуток времени после предоставления займа, проверяя наличие признаков имущественного кризиса заемщика в прошлом. Однако этот недостаток, к сожалению, пока неизбежен, поскольку он является следствием избранной модели субординации. Возможно, столкнувшись в том числе с данной сложностью, российская судебная практика в конечном итоге полностью повторит немецкий путь и после собственных проб и ошибок перейдет на жесткую модель.

Очевидно, что имущественный кризис — это некая «трудная экономическая ситуация», при которой для продолжения деятельности необходимо дополнительное финансирование. В доктрине известно два основных подхода к определению кризиса. Первый основан на выяснении кредитоспособности должника (условно назовем его субъективным подходом), второй — на выявлении признаков банкротства (условно назовем его объективным подходом).

Субъективный подход господствовал в судебной практике Германии (до 2008 г.) и Австрии (до 2004 г.). Например, в деле, рассмотренном в 1980 г., ВС Германии¹¹⁹ указал, что займы признаются капиталозамещающими, если они предоставлены в то время, когда компания не могла получить кредит (заем) у третьих лиц, даже если при этом она еще не была неплатежеспособной (*zahlungsunfähig*) или несо-

¹¹⁷ См.: LG Hamburg Urteil vom 18. Juni 2015 Az. 301 O 1/15.

¹¹⁸ О признаках и критериях несостоятельности (банкротства) см.: Карелина С.А. Экономическая сущность несостоятельности и правовая форма ее реализации // Предпринимательское право. 2019. № 2. С. 24—30.

¹¹⁹ См.: BGH. Urteil v. 24. März 1980 — II ZR 213/77.

стоятельной (*überschuldet*). Иными словами, под кризисом понимается не только ситуация, когда общество неплатежеспособно или несостоятельно, но и когда оно фактически некредитоспособно с точки зрения третьих лиц (*kreditunwürdigkeit*), т.е. не может привлечь финансирование извне.

Аналогичным образом ВС Австрии отмечал, что заем признается капиталозамещающим, если на момент его предоставления подконтрольное общество было некредитоспособно, т.е. оно не смогло бы получить кредит от третьего лица на рыночных условиях, и без дополнительного увеличения собственного капитала или займов участников обществу пришлось бы ликвидироваться¹²⁰.

Таким образом, в рамках субъективного подхода наличие кризиса устанавливается с учетом всех обстоятельств имущественного положения должника: бухгалтерского баланса, наличия свободного имущества, которое может быть использовано в качестве обеспечения исполнения обязательств, уровня снижения выручки и доходности, коэффициента достаточности собственного капитала и т.д. Вместе с тем главный критерий является оценочным — необходимо определить, предоставило бы любое не аффилированное (не связанное) с обществом лицо финансирование такому обществу или нет (в первую очередь это касается банков, ибо они, как правило, оценивают кредитоспособность).

Относительно субъективного подхода нельзя не заметить определенный парадокс. Если общество может привлечь финансирование от независимых третьих лиц, то неясно, почему контролирующие лица предоставляют должнику финансирование. Р. Борк обращает внимание на это обстоятельство. С его точки зрения, если общество нуждается в деньгах (финансировании), то обычно оно получает его на рынке. Поэтому если финансирование привлекается за счет контролирующих лиц, то следует презюмировать, причем неопровержимо, что общество находится в кризисе¹²¹. Однако, на наш взгляд, привлечение финансирования от контролирующих лиц может объясняться более низкими транзакционными издержками¹²².

В соответствии с объективным подходом определения имущественного кризиса необходимо установить наличие признаков банкротства общества, а именно неплатежеспособности или неоплатности (объективное банкротство). Неплатежеспособность означает остановку платежей, т.е. прекращение исполнения должником части своих денежных обязательств или обязанностей по уплате обязательных платежей, вызванное недостаточностью денежных средств (абз. 34 ст. 2 Закона о банкротстве). Объективное банкротство — превышение совокупного размера обязательств над реальной стоимостью активов должника (п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»; далее — постановление № 53). Иными словами, это состояние, когда, веро-

¹²⁰ См.: OGH 23.11.1999. 7 Ob 366/98v; OGH 24.02.2000 6 Ob 235/99.

¹²¹ См.: Bork R. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts? // Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2007. S. 250.

¹²² См.: Шайдуллин А.И. Основные политико-правовые аргументы pro и contra идеи субординации займов участников юридических лиц. С. 131.

яつнее всего, должник не сможет в долгосрочной перспективе погасить свои долги за счет имеющихся средств. Как правило, объективное банкротство наступает до прекращения платежей. Очевидно, что такая ситуация означает более глубокие финансовые затруднения по сравнению с субъективным подходом.

Именно объективного подхода придерживаются в Австрии после реформы 2004 г. Под кризисом понимается неплатежеспособность (*zahlungsunfähigkeit*; § 66 Положения о несостоятельности) или несостоятельность (*überschuldung*; § 67 Положения о несостоятельности). Кроме того, вводится дополнительный субъективный критерий определения коэффициента обеспеченности собственным капиталом (§ 23 Закона о реорганизации компаний). Таким образом, кризис общества, в отличие от ранее действующей практики ВС Австрии, определяется на основе более объективных критериев (*objektivierbare Kriterien*)¹²³. Иными словами, по сути, под кризисом понимается ситуация, когда наступает объективное банкротство общества и, соответственно, возникает обязанность подачи заявления о собственном банкротстве.

В п. 3 Обзора ВС РФ разъясняет, что под имущественным кризисом понимается наличие любого из обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве. Важно отметить, что не следует буквально толковать примеры, перечисленные в этой статье, поскольку для целей Обзора они приведены только для ориентира и не являются исключительными. С учетом того, что в этом пункте Закона о банкротстве содержится признак неплатежеспособности, а также того, что объективное банкротство также основывается на толковании отмеченного положения Закона, можно было бы заключить, что ВС РФ придерживается объективного подхода. Подливает масло в огонь в пользу такого подхода и сам ВС РФ при рассмотрении конкретных дел, отмечая, что «систематическое перечисление денежных средств на протяжении длительного периода времени для проведения расчетов с кредиторами по текущим обязательствам, вероятнее всего свидетельствовали об отсутствии у должника возможности производить эти расчеты за счет собственных денежных средств, то есть о его объективной неплатежеспособности в этот период времени (обстоятельства, указанного в абзаце шестом пункта 1 статьи 9 Закона о банкротстве), которая скрывалась от третьих путем использования ресурсов связанной организации»¹²⁴. На самом деле в этом случае речь идет не о неплатежеспособности как остановке платежей по причине недостаточности денежных средств, а об отсутствии собственных возможностей должника (без финансовой поддержки контролирующего лица) исполнять свои обязательства. Иными словами, это означает, что *должник не способен самостоятельно привлечь финансирование* для целей поддержания своей деятельности. Поэтому вывод о восприятии объективного подхода был бы поспешным.

Во-первых, сам факт того, что в Обзоре не используются понятия «неплатежеспособность» и (или) «объективное банкротство», а вводится новый термин «имущественный кризис», должен сподвигать на мысль, что это не тождественные явления. Иначе это было бы неоправданным умножением сущностей. В данном случае

¹²³ См.: *Fellner M., Mutz M. Eigenkapitalersatz-Gesetz. Praxiskommentar.* Wien, 2004. S. 49.

¹²⁴ Определение СКЭС ВС РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077 (2).

зашифрована именно такая «трудная экономическая ситуация», когда признаков банкротства еще как таковых может и не быть.

Во-вторых, ВС РФ в Обзоре расставил ряд маячков, свидетельствующих о том, что имущественный кризис не равен объективному банкротству. В частности, в п. 6.2 указывается, что под имущественным кризисом понимается «не только непосредственное наступление обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, но и ситуация, при которой их возникновение стало неизбежно», а в п. 3.2 также ситуация, когда «изъятие финансирования повлекло бы возникновение имущественного кризиса на стороне должника». Кроме того, в п. 3.4 Обзора отмечается, что об имущественном кризисе свидетельствует «снижение выручки в период, предшествующий финансированию». Обычно это говорит о возникновении реальной угрозы неплатежеспособности (обстоятельства, указанного в абз. 6 п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве). Иными словами, совершенно очевидно, что ВС РФ однозначно дает понять, что имущественный кризис — это состояние общества и до объективного банкротства. Однако тест на определение кредитоспособности в соответствии с субъективным подходом прямо в Обзоре не предусмотрен. На наш взгляд, он может выводиться по смыслу приведенных разъяснений в совокупности.

Таким образом, ВС РФ уклонился от однозначного артикулирования того, придерживается он субъективного или объективного подхода. Исходя из системного толкования положений Обзора, можно заключить, что выбор все-таки сделан в пользу субъективного подхода.

Кроме того, следует отметить, что контролирующим должника и аффилированным лицам должно вменяться знание о наличии признаков имущественного кризиса¹²⁵.

Субординация требований контролирующих лиц в отдельную очередность

ВС РФ впервые в п. 3 Обзора сформулировал позицию о том, что требования контролирующих лиц помещаются в отдельную пониженную очередность, которая именуется «очередность, предшествующая распределению ликвидационной квоты». При этом в Обзоре указывается, что такие требования подлежат удовлетворению после «опоздавших» кредиторов, но до ликвидационной квоты (что не является очередностью вовсе). Между обозначенными требованиями есть как минимум еще одна очередность в виде требований осуществить первоначальное предоставление¹²⁶. Последний случай является маргинальным, однако его нельзя не отметить. Важно сказать также, что, хотя очередность названа предшествующей ликвидационной квоте, она должна быть выше регрессных требований лиц, привлеченных к субсидиарной ответственности, в размере выплаченной суммы (п. 3 ст. 61.15 Закона о банкротстве).

¹²⁵ О подходах зарубежных судов см.: *Шайдуллин А.И.* Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. С. 128.

¹²⁶ См.: определение СКЭС ВС РФ от 26.11.2018 № 305-ЭС18-11840.

Субординация требований контролирующих лиц, подтвержденных судебным актом

Поскольку субординация является вопросом очередности удовлетворения требований кредиторов, которую суд должен определять самостоятельно (вне зависимости от наличия возражений кредиторов), наличие решения суда не препятствует субординации требований контролирующих лиц. ВС РФ, по существу, исходил из этого в деле общества «Анкор Девелопмент»¹²⁷ (требования контролирующего лица были основаны на судебном акте), эксплицитно на это не указывая, а впоследствии более четко сформулировал свою позицию в деле общества «БЭСТ»¹²⁸, отмечая, что хотя подтверждение в судебном порядке существования долга и предоставляет последнему право на принудительное исполнение, но само по себе оно правовую природу (существо и основание возникновения) задолженности не меняет. Следовательно, одно лишь наличие вступившего в законную силу судебного акта, подтверждающего сумму долга, не освобождает арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, от обязанности определить очередность удовлетворения данного требования (п. 10 ст. 16 Закона о банкротстве). Аналогичная позиция нашла отражение в комментируемом пункте Обзора.

Ключевой аргумент в пользу субординации требований контролирующих лиц

Идеологическая основа субординации требует особого внимания, ибо при неправильном ее уяснении возможны ошибки при применении Обзора. Более подробно все за и против разбирались в более ранних наших публикациях¹²⁹. ВС РФ довольно четко обозначил аргументы, которые являются ключевыми для субординации. С нашей точки зрения, это следующие два основных довода.

Первый состоит в том, что правопорядок не должен допускать, чтобы какое-либо лицо одновременно могло совмещать в своих руках контроль над корпорацией (в том числе над ее денежными потоками и т.п.) и возможность получения неограниченной прибыли в случае удачи бизнес-проекта (далее — бенефициарный интерес), не неся при этом рисков провала всеми вложенными средствами вне зависимости от выбора способа финансирования. Чувству правовой справедливости противно равное отношение к тому, кто имеет на порядок больше возможностей по последующему принятию бизнес-решения об использовании соответствующих средств, контролю рисков несостоятельности должника и получению бонусов в случае выигрыша, и к тому, кто не имеет подобных прав. Последний, в отличие от первого, действительно верит и доверяет, как кредитор, исполнители другой стороны — своего контрагента. Лицо же контролирующее, как правило, предоставляет средства беспроцентно и без какого-либо обеспечения, поскольку рассчитывает само распоряжаться внесенными средствами.

¹²⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031.

¹²⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 01.11.2019 № 307-ЭС19-10177 (2, 3).

¹²⁹ См.: Шайдуллин А.И. Основные политико-правовые аргументы pro и contra идеи субординации займов участников юридических лиц. С. 83–106.

Наличие или отсутствие возможности контролировать использование вложенных в общество средств и получать неограниченную прибыль как результат такого контроля, по существу, проводит некий водораздел между так называемыми внутренними кредиторами и внешними. Глобально у инвестора имеется в этом отношении два пути. Первый — кредитовать бизнес, где у него нет корпоративного контроля и бенефициарного интереса, т.е. быть внешним кредитором. Но в таком случае он может претендовать на возврат своих средств на равных началах с иными аналогичными кредиторами либо в приоритетном порядке как залоговый кредитор при наличии обеспечения и пр. Второй путь — финансировать бизнес, в котором у него имеется прямой или косвенный корпоративный контроль и бенефициарный интерес (т.е. быть внутренним кредитором), осознавая, что платой за наличие таких прав будет поражение в правах в случае неудачи (банкротства) даже при наличии обеспечения исполнения обязательств. Возможность выбора способа финансирования, которая, безусловно, имеется у участника, не может предоставлять выбор между, условно говоря, финансированием с рисками и финансированием без рисков — они при наличии корпоративного контроля и бенефициарного интереса всегда должны предполагаться. На изложенном идеологическом обосновании основаны как минимум п. 9, 11 и 13 Обзора.

Второй довод состоит в том, что контролирующие лица, которые имеют возможность влиять на развитие бизнеса, в случае доведения общества до кризисной ситуации не должны компенсировать недостаточность капитала путем предоставления займов, а должны либо подать заявление о собственном банкротстве (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве), либо ликвидироваться. Очевидно, что в такой ситуации никто, кроме участников, не стал бы предоставлять заем, и при нормальном ходе вещей общество должно было бы ликвидироваться. По сути, при наступлении кризиса общество, условно говоря, возвращается на ту условную точку, с которой начинался бизнес. Если же участники хотят реанимировать его, они должны это делать на свой страх и риск, а не переносить такие риски на внешних кредиторов. Таким образом, стимулируется раннее открытие процедур несостоятельности. Иначе, как отмечает ВС Германии, фактически продлевается борьба с неизбежной смертью (*Verlängerung des «Todeskampfs»*)¹³⁰. Чем позже будет возбуждено дело о банкротстве, тем меньше шансов у независимых кредиторов на удовлетворение своих требований. Следует признать, что, как пишут М. Гельтер и Ю. Рот, могут быть случаи, когда бизнес является эффективным, поэтому стимулирование быстрого открытия процедур не приносит пользу экономике (ликвидация эффективного бизнеса)¹³¹. Но субординация сама по себе не запрещает попытки спасения бизнеса, поэтому если он действительно эффективен, то крайне маловероятно, что субординация всерьез способна отпугнуть контролирующее лицо, учитывая сверхоптимизм любого коммерсанта. Субординация создает лишь дополнительные риски для спасения бизнеса, а значит, это должно заставить контролирующее лицо более тщательно проверять, насколько высоки шансы санации общества, и сдержать его от необоснованных попыток спасения. Предложения возложить на суд необходи-

¹³⁰ См.: BGH, Urteil vom 16. Oktober 1989 — II ZR 307/88; BGH, Urteil vom 14. December 1992 — II ZR 298/91.

¹³¹ См.: Gelter M., Roth J. Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective // Journal for Institutional Comparisons. 2007. Vol. 5. No. 2. P. 40–47.

мость оценить, насколько бизнес был эффективным, нельзя поддерживать, ибо это абсолютно неподъемная задача.

В п. 3 Обзора разъясняется, что субординация обусловлена тем, что контролирующее лицо, которое пытается вернуть подконтрольное общество, пребывающее в состоянии имущественного кризиса, к нормальной предпринимательской деятельности посредством предоставления данному обществу компенсационного финансирования, принимает на себя все связанные с этим риски, которые не могут перекладываться на других кредиторов (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Однако в ситуации глобальных метаморфоз в экономике, в частности таких, как ограничительные меры, связанные с распространением новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*), этот аргумент может отступать, поскольку стимулирование быстрого открытия процедур в таком случае нежелательно для правопорядка¹³². Наоборот, становится актуальным стимулирование поддержания ликвидности компании в максимальной степени¹³³. Например, в Германии, где законодатель приостановил действие правил о субординации на период пандемии, такое решение было обосновано в пояснительной записке так: «Пандемия *COVID-19* оказывает негативное экономическое влияние на многие компании, что может привести к их банкротству. <...> Кроме того, текущая неопределенность затрудняет возможность прогнозирования и принятия реалистичных планов, на основании которых могли бы предоставляться займы для целей санации и поддержания деятельности компаний... Готовность участников предоставлять займы обществу сдерживается субординацией в очередности на основании № 5 абз. 1 § 39 *InsO* и сопутствующими ей ограничениями (§ 44a, № 2 абз. 3 § 135 *InsO*)». Таким образом, отмечается, что в подобных условиях необходимо «создание стимулов для предоставления пострадавшим компаниям новой ликвидности»¹³⁴.

О стремлении законодателя как в Германии, так и в России максимально поддержать компании свидетельствует введение моратория, в том числе в части обязанности подачи заявления о собственном банкротстве. Так, в период действия моратория для должников, в отношении которых Правительством РФ введен мораторий на возбуждение дел о банкротстве по заявлениям, подаваемым кредиторами, согласно подп. 1 п. 3 ст. 9.1 Закона о банкротстве приостанавливаются обязанности должника и иных лиц, предусмотренные ст. 9 и п. 1 ст. 213.4 Закона о банкротстве. Однако законодатель не исключает возможности подачи в период

¹³² В Австрии в рамках пакета мер, принятых 04.04.2020, предусмотрено, что займы участников не субординируются в соответствии с Законом о замещении собственного капитала от 2004 г., если (1) заем предоставляется с 01.04.2020 по 30.06.2020 и (2) на срок не более 120 дней (URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2020_I_24/BGBLA_2020_I_24.pdf). Аналогично в Германии займы участников не субординируются в делах о несостоятельности должников, заявление о возбуждении которых были поданы до 30.09.2023 в связи с пандемией *COVID-19* (URL: <https://bankruptcyclub.ru/2020/04/04/закон-о-моратории-германия/>).

¹³³ См.: *Gurrea-Martínez A.* Insolvency Law in Times of COVID-19. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper. 2020. P. 13–14. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562685>. См. также: *Курбанов Б.* Законопроект о моратории на банкротство: несколько замечаний по существу // Закон.ру. 2020. 30 марта. URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/30/zakonoproekt_o_moratorii_na_bankrotstvo_neskolko_zamechanij_po_suschestvu?fbclid=IwAR2jPmClSD_RtWdKWoc3IVMk3OU6TxJuSCyTtd1Zgh-VIL_AinKBPDm14Ho

¹³⁴ BT-Drs. 19/18110 vom 24. März 2020.

действия такого моратория заявления должника о признании его банкротом. Поэтому полагаем, что данные положения направлены на то, чтобы обеспечить возможность поддержания нормальной деятельности общества, которое действительно пострадало в условиях ухудшения ситуации в результате распространения новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*), а также реализации им экономически обоснованного плана по преодолению возникшей неплатежеспособности в связи с указанными обстоятельствами.

Если обстоятельства, перечисленные в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, возникли не в связи с распространением на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*), а также если у руководителя должника не было экономически обоснованного плана по преодолению возникшей неплатежеспособности в связи с этими обстоятельствами и ему было заведомо известно об отсутствии вероятности успешного ее преодоления, он может быть привлечен к субсидиарной ответственности по правилам ст. 61.12 Закона о банкротстве, если он не исполнил обязанность по подаче в суд заявления должника о собственном банкротстве в месячный срок, установленный п. 2 ст. 9 Закона о банкротстве (п. 8, абз. 2 п. 9 постановления № 53). Таким образом, если займы предоставлены не в условиях имущественного кризиса, обусловленного распространением на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*), и при отсутствии экономически обоснованного плана, то требования из таких займов следует субординировать. При этом нужно исходить из того, что если имущественный кризис возник после 01.03.2020, то надлежит предполагать, пока не доказано иное, что они возникли в связи с этими обстоятельствами.

Существует мнение, что требования контролирующего лица не должны субординироваться по отношению к тем независимым кредиторам, которые знали или должны были знать о том, что руководитель должника должен подать заявление о собственном банкротстве (объективное банкротство). Очевидно, что в данном случае используется логика обоснования привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности за неподачу заявления о собственном банкротстве. Если такая субсидиарная ответственность контролирующего лица исходит из того, что умолчание о возникновении банкротства могло привести к обману контрагентов, которые вступили в обязательства с должником, когда он заведомо не мог удовлетворить их требования¹³⁵, то субординация не связана с таким упреком. Аргумент в пользу субординации фокусируется исключительно на поведении контролирующего лица в условиях имущественного кризиса: если такое лицо решает предоставить заем и продолжить деятельность общества, то оно должно принимать соответствующие риски на себя. Само по себе знание независимых кредиторов о признаках имущественного кризиса не может поставить их в худшее положение, поскольку они тем самым будут вынуждены делить риски контролирующего лица, что недопустимо. Знания об имущественном кризисе для наступления подобных правовых последствий в виде субординации недостаточно. Такое принятие рисков внешним кредитором может обсуждаться только в том случае, если имеется соответствующее соглашение с контролирующим лицом.

¹³⁵

См.: определение ВС РФ от 21.10.2019 № 305-ЭС19-9992 по делу № А40-155759/2017.

Кроме того, возникает также непростой вопрос о том, понижается ли требование контролирующего лица, если имущественный кризис, при котором предоставлялся заем, был впоследствии преодолен, — иными словами, излечивается ли компенсационное финансирование, предоставленное в условиях имущественного кризиса, последующим выправлением имущественного положения должника. Представляется, что условия для субординации должны определяться на момент выдачи займа. Если в этот момент были признаки имущественного кризиса, то тот факт, что за ним немедленно не последовало банкротство общества, не меняет правовой квалификации такого займа.

Оспаривание платежей по субординируемым требованиям контролирующих лиц в предбанкротный период

Понижение в очередности (субординация) займов неизбежно приводит к следующему. Очевидно, что контролирующие лица на основе своей лучшей информированности о состоянии дел в подконтрольном обществе и одновременно имея в виду, что их требования при банкротстве будут удовлетворяться после всех внешних кредиторов, могут попытаться извлечь предоставленное финансирование во избежание такого следствия (на что справедливо обращает внимание, например, ВС Германии¹³⁶). Так, эта проблема была обнаружена ВС РФ в деле № А40-140479/2014¹³⁷. Согласно обстоятельствам указанного дела единственный участник общества истребовал сумму долга по ранее выданному договору займа за год до введения процедуры несостоятельности. Конкурсный управляющий предъявил иск об оспаривании этих платежей. Суд первой инстанции признал их недействительными на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве. ВС РФ, в свою очередь, признал соответствующие займы недействительными на основе ст. 10 и 168 ГК РФ как совершенные со злоупотреблением правом, очевидно сочтя специальные банкротные составы оспаривания неприменимыми в данном случае (обсуждение данного вопроса при этом в определении не приводится). В связи с этим возникает чрезвычайно важный вопрос о том, какими нормами следует руководствоваться при оспаривании таких сделок. К сожалению, ВС РФ четко не выразил свою позицию по нему в Обзоре. Рассмотрим для начала подходы зарубежных правопорядков к решению указанной проблемы.

В Германии для этих целей в § 135 Положения о несостоятельности предусмотрен специальный состав оспаривания. Конкурсный управляющий может в силу данного параграфа оспаривать платежи (в том числе в виде суррогата исполнения — зачета и т.д.) по капиталозамещающим займам *в течение года* до подачи заявления о несостоятельности. Конкурсному управляющему по общему правилу для оспаривания необходимо доказать только то, что платежи по капиталозамещающему займу были совершены в течение последнего года до подачи заявления о несостоятельности.

¹³⁶ См.: BGH. Urteil vom 21. Februar 2013 — Az. IX ZR 32/12.

¹³⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 12.02.2018 № 305-ЭС15-5734 (4, 5).

В Австрии также в § 14 Закона о замещении собственного капитала предусмотрены специальные правила для оспаривания платежей по капиталозамещающему займу. Они могут быть оспорены в течение 5 лет с момента платежа, если должник не докажет, что обязанное к возмещению лицо знало о противозаконности платежа.

В США применительно к оспариванию займов участников юридических лиц специальных правил не имеется. Платежи по субординируемым займам могут быть оспорены по общим правилам оспаривания сделок. Прежде всего это сделки с преимущественным удовлетворением (*preferential transfers*)¹³⁸ и мошеннические сделки (*fraudulent conveyances*)¹³⁹.

Чаще всего такие сделки оспариваются как сделки с преимущественным удовлетворением (*preferential transfers*)¹⁴⁰. Основания для оспаривания перечислены в § 547 Банкротного кодекса США. Во-первых, платеж должен быть осуществлен в пользу кредитора¹⁴¹. Этот критерий соблюдается, если платеж будет осуществлен в пользу участника-кредитора. Во-вторых, долг должен существовать на момент платежа¹⁴². В-третьих, такой платеж должен быть осуществлен в то время, когда должник являлся несостоятельным¹⁴³, при этом несостоятельность предполагается в течение 90 дней до подачи заявления о банкротстве. В-четвертых, срок оспаривания составляет 1 год, если платеж был осуществлен в пользу инсайдера (*insider*). Предполагается, что инсайдер осведомлен о несостоятельности еще за год до банкротства.

Вместе с тем в указанной норме также содержатся исключения, при которых оспорить сделку невозможно. Во-первых, это сделки с одновременным эквивалентным встречным предоставлением (*contemporaneous exchange exception*). Во-вторых, сделки, совершенные в условиях обычной хозяйственной деятельности (*ordinary course of business exception*). Наконец, в-третьих, при предоставлении новой ценности (*new value exception*), если кредитор, получивший предпочтение, предоставит какое-то новое предоставление должнику.

В соответствии с правилами оспаривания мошеннических сделок (*fraudulent conveyances*) конкурсный управляющий (*trustee*) может оспорить в течение 2 лет до подачи заявления платеж в пользу участника-кредитора, если у должника будет установлен мошеннический умысел.

¹³⁸ См.: 11 U.S. Code § 547 «Preferences».

¹³⁹ См.: 11 U.S. Code § 548 «Fraudulent transfers and obligations».

¹⁴⁰ См.: *Braunschweig V.* Op. cit.; *Feibelman A.* Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. UNC Legal Studies Research Paper No. 1032309. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1032309.

¹⁴¹ «To or for the benefit of a creditor».

¹⁴² «For or on account of an antecedent debt owed by the debtor before such transfer was made».

¹⁴³ «Made while the debtor was insolvent».

Во всех рассмотренных правопорядках платежи по субординируемым займам могут быть оспорены как минимум за год до подачи заявления о банкротстве.

Как уже отмечалось, ВС РФ признал недействительной сделку в такой ситуации в соответствии со ст. 10 и 168 ГК. Между тем указанная норма является субсидиарной и применяется только при неприменимости банкротных оснований для оспаривания, закрепленных в главе III.1 Закона о банкротстве (п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»).

Полагаем, что такие платежи допускается оспаривать как сделки в ущерб кредиторам. В силу п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, может быть признана арбитражным судом недействительной, если она была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия этого заявления и в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов и если другая сторона сделки знала об указанной цели должника к моменту совершения сделки (подозрительная сделка).

Предполагается, что другая сторона знала об этом, если она признана заинтересованным лицом либо если она знала или должна была знать об ущемлении интересов кредиторов должника либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.

В п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 разъяснено, что для признания сделки недействительной по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве, необходимо, чтобы оспаривающее сделку лицо доказало наличие совокупности всех следующих обстоятельств:

- сделка была совершена с целью причинить вред имущественным правам кредиторов;
- в результате совершения сделки был причинен вред имущественным правам кредиторов;
- другая сторона знала или должна была знать об этой цели должника к моменту совершения сделки.

Цель причинить вред имущественным правам кредиторам, с нашей точки зрения, в данном случае очевидна. Контролирующее лицо «выдергивает» заем до банкротства, имея в виду, что иначе его предоставление будет служить удовлетворению требований иных кредиторов. В результате вред интересам кредиторов однозначно причиняется. Очевидно также, что в такой ситуации контролирующее лицо прекрасно осведомлено о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника. Однако суды зачастую отказывают в оспаривании сделки по этой статье, указывая на недоказанность намерения причинить вред кредиторам

должника и доказательств причинения такого вреда¹⁴⁴. Не исключено также оспаривание таких платежей по ст. 61.3 Закона о банкротстве. Вместе с тем с точки зрения оптимальных сроков для оспаривания подобных сделок, думается, наиболее правильным является оспаривание по п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве. Тем более что эта норма носит общий характер, т.е. является глобальным основанием оспаривания сделок при банкротстве¹⁴⁵.

«4. Очередность удовлетворения требования кредитора, аффилированного с лицом, контролирующим должника, может быть понижена, если этот кредитор предоставил компенсационное финансирование под влиянием контролирующего должника лица.

Должник (покупатель) в ситуации имущественного кризиса заключил с аффилированным по отношению к нему обществом (продавцом) договор поставки зерна.

Должник полученное зерно не оплатил. После того, как в отношении него была введена процедура наблюдения, общество обратилось в суд с заявлением о включении требования об оплате поставленного товара в реестр.

Суд первой инстанции не усмотрел оснований для понижения очередности удовлетворения данного требования, поскольку кредитор не являлся лицом, контролирующим должника.

Суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что требование поставщика подлежит удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

Поставщик действительно напрямую не контролировал должника. Они аффилированы между собой по признаку вхождения в одну группу лиц (ст. 9 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»). Так, конечным бенефициаром, контролирующим как должника, так и общество, являлась компания, которая имела возможность определять действия каждой из сторон договора.

Поставщик не доказал наличие каких-либо объективных особенностей состояния рынка зерна. Подконтрольное компании общество в силу аффилированности не могло не знать о том, что покупатель находится в ситуации имущественного кризиса, т.е. существует реальная угроза неполучения встречного денежного исполнения за поставленное зерно. В такой ситуации вполне ожидаемым поведением любого не связанного с должником разумного участника гражданского оборота явился бы отказ от заключения договора либо передача зерна на условии «поставка против платежа». Это предопределено сущностью конструкции коммерческой организации, предполагающей имущественную обособленность названного субъекта (п. 1 ст. 48 ГК РФ), извлечение им прибыли в качестве основной цели деятельности (п. 1 ст. 50 ГК РФ).

Однако общество договор заключило и фактически его исполнило, передав зерно без получения оплаты. Наиболее вероятной причиной подобных действий поставщика является

¹⁴⁴ См., напр.: постановление АС Московского округа от 16.02.2017 по делу № А40-15413/11-71-78.

¹⁴⁵ См.: *Зайцев О.Р.* Оспаривание сделок при банкротстве: о некоторых новеллах закона № 73-ФЗ // Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / под ред. В.В. Витрянского. М., 2010.

использование компанией как лицом, контролирующим обе стороны сделки, преимуществ своего положения для выведения одной стороны — должника — из состояния имущественного кризиса. Для достижения данной цели компания фактически перераспределила активы подконтрольных обществ, распорядившись поставить товар покупателю в ситуации имущественного кризиса последнего. Иное в нарушение требований ст. 65 АПК РФ общество не доказало. Поэтому требование общества о выплате стоимости товара, переданного по указанию лица, контролирующего поставщика и должника, по сути, является требованием о возврате компенсационного финансирования, и к нему применим соответствующий режим удовлетворения.

Кроме того, при рассмотрении требований, обусловленных отношениями, связанными с финансированием, осуществляемым несколькими аффилированными по отношению друг к другу лицами, судам необходимо учитывать следующее.

Правовые подходы, касающиеся очередности удовлетворения требования контролирующего лица, изложенные в настоящем обзоре, применимы и в ситуации, когда финансирование предоставляется несколькими аффилированными по отношению друг к другу лицами, в отдельности не контролирующими должника, но в совокупности имеющими возможность влиять на должника так же, как контролирующее лицо, если только они не докажут, что у каждого из них были собственные разумные экономические причины предоставления финансирования, отличные от мотивов предоставления компенсационного финансирования, т.е. они действовали самостоятельно в отсутствие соглашения между ними, а их поведение не являлось скоординированным (ч. 1 ст. 65 АПК РФ)».

Комментарий к п. 4

В рассматриваемом пункте Обзора ВС РФ обсуждает вопрос о **финансировании в рамках горизонтальной связанности** — между аффилированными друг с другом сестринскими компаниями. С одной стороны, они не имеют прямого контроля по отношению друг к другу, что, казалось бы, должно наводить на мысль о том, что их требования не должны понижаться в очередности при банкротстве каждой из них. С другой стороны, в такой ситуации возникает очевидный способ обхода правил о понижении в очередности (субординации): в рамках отношений контроля (вертикальной связанности) контролирующее лицо вместо того, чтобы самостоятельно предоставить заем подконтрольной компании, может дать указание сделать это другой своей подконтрольной компанией. За рубежом займы таких сестринских компаний понижаются в очередности при условии, если такая компания действовала по указанию материнской компании. В противном случае оснований для субординации не имеется¹⁴⁶.

Из этого в п. 4 Обзора исходит и ВС РФ: требования кредитора, аффилированного с лицом, контролирующим должника, могут быть понижены, если этот кредитор предоставил компенсационное финансирование под влиянием контролирующего должника лица (рис. 1).

¹⁴⁶

Подробнее см.: Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. С. 135–138.

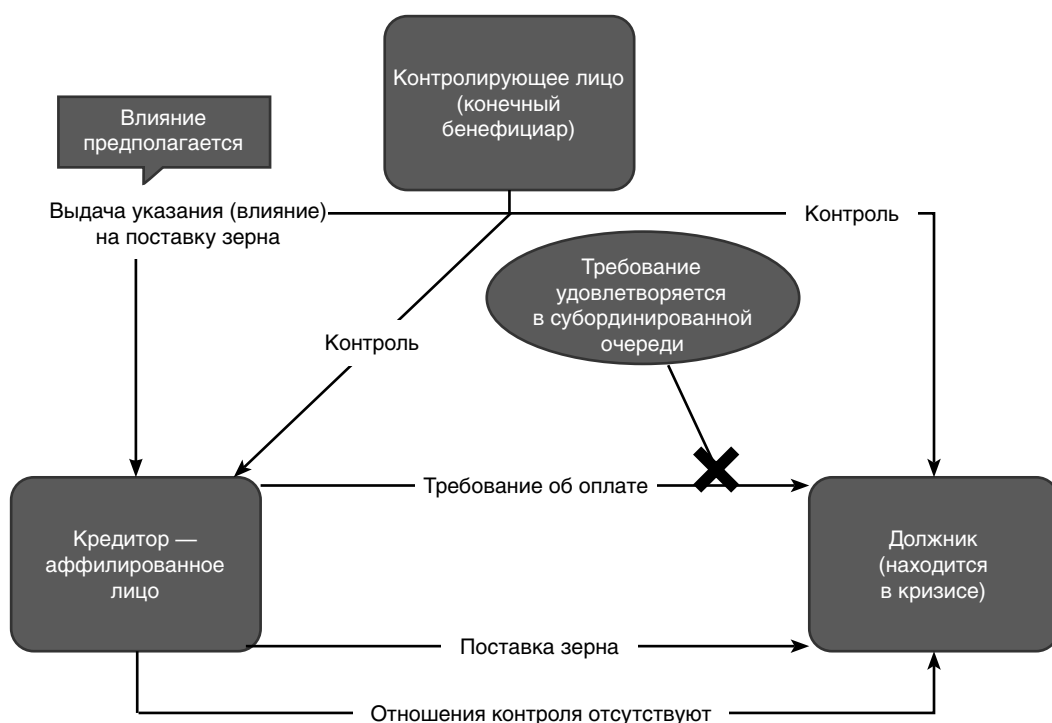


Рис. 1. Субординация в условиях горизонтальной связанности

Однако возникает ключевой вопрос: на кого следует возложить бремя доказывания того, действовала ли аффилированная компания под влиянием контролирующего лица либо нет? Кажется, что его должна нести аффилированная компания: ей необходимо доказать, что заем был предоставлен не по указанию контролирующей компании. Таким образом, по общему правилу в данном случае предполагалось бы, что аффилированные лица предоставляют займы по указанию контролирующего лица. Преодолеть такое бремя, очевидно, было бы крайне сложно. В определениях ВС РФ, принятых после принятия Обзора, отмечается, что «в ситуации, когда аффилированные должник и кредитор имеют одного конечного бенефициара, предполагается, что финансирование предоставлено по указанию контролирующего лица, пока не доказано иное»¹⁴⁷.

Вместе с тем в Обзоре ВС РФ поступает гораздо тоньше. Он призывает выстраивать такую презумпцию, исходя из фактических обстоятельств конкретного спора. Иными словами, если поведение аффилированных между собой компаний является настолько необычным, что, как правило, любой не связанный с должником разумный участник гражданского оборота так не поступил бы, то влияние контролирующего лица предполагается. В частности, в Обзоре приводится пример, когда аффилированное лицо поставило зерно должнику, прекрасно зная о том, что он находится в состоянии имущественного кризиса. Следовательно, было ясно, что шансы получить встречное предоставление при этом

¹⁴⁷

См.: определения СКЭС ВС РФ от 03.06.2020 № 306-ЭС20-224 (1, 4, 6), от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2, 3, 5) по делу № А65-20265/2018.

крайне малы. В такой ситуации, как отмечается в Обзоре, «вполне ожидаемым поведением любого не связанного с должником разумного участника гражданского оборота явился бы отказ от заключения договора либо передача зерна на условии «поставка против платежа».

Таким образом, факт наличия указания контролирующего лица предполагается в случае необычности для любого среднего разумного участника оборота поведения аффилированных лиц. Пункт 4 Обзора равным образом должен применяться в случае предоставления займа подконтрольной компанией в пользу контролирующей (материнской) («снизу вверх»)¹⁴⁸.

Кроме того, ВС РФ в п. 4 Обзора разъясняет, что требования нескольких аффилированных лиц, в отдельности не являющихся контролирующими должника лицами, поведение которых было скоординированным, могут понижаться в очередности, если в совокупности они имели возможность влиять на должника так же, как контролирующее лицо. Они при этом вправе доказать, что у каждого из них были собственные разумные экономические причины предоставления финансирования, отличные от мотивов предоставления компенсационного финансирования, т.е. что они действовали самостоятельно в отсутствие соглашения между ними, а их поведение не являлось скоординированным (ч. 1 ст. 65 АПК РФ). При этом скоординированность их действий предполагается¹⁴⁹. Такое разъяснение находит поддержку в том числе за рубежом. В частности, в § 6 Закона о замещении собственного капитала Австрии говорится, что если займы предоставляются на основе скоординированного поведения нескольких участников (акционеров) или путем соглашения одного участника (акционера) с другими, то такие займы понижаются в очередности, если они в совокупности имеют объем участия, предусмотренный Законом о замещении собственного капитала для целей понижения в очередности. Соглашение или скоординированное поведение предполагаются, если участники состоят в родстве или входят в концерн.

«5. Не подлежит удовлетворению заявление о включении в реестр требования аффилированного с должником лица, которое основано на исполнении им обязательства должника внешнему кредитору, если аффилированное лицо получило возмещение исполненного на основании соглашения с должником.

В одном из дел было установлено, что должник получил от банка денежные средства по кредитному договору.

Исполнение обязательств заемщика обеспечено поручительством компании. Впоследствии она по требованию банка погасила задолженность по кредитному договору.

После возбуждения дела о банкротстве должника компания предъявила к включению в реестр сумму, выплаченную банку.

Признавая требование компании обоснованным и подлежащим удовлетворению в третью очередь, суд первой инстанции сослался на то, что поручительство выдано в отсутствие

¹⁴⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077 (2) по делу № А65-1704/2019.

¹⁴⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 31.08.2020 № 309-ЭС20-6158.

имущественного кризиса на стороне должника, все права, принадлежавшие банку, перешли к компании в порядке суброгации (ст. 365, 384 и 387 ГК РФ).

Суд апелляционной инстанции определение суда первой инстанции отменил, признал требование компании необоснованным.

Компания и должник контролировались одним и тем же конечным бенефициаром, определяющим их действия, а также действия иных лиц, входящих в одну с ними группу.

Суд установил, что имело место свободное перемещение денежных средств внутри данной группы. В частности, полученное от банка финансирование было перераспределено — выведено из числа активов должника со ссылкой на выдачу им займа другому члену группы. Затем при предъявлении банком претензии задолженность по кредитному договору погашена входящим в ту же группу поручителем. При этом члены группы не были лишены возможности в ответ на претензию банка произвести обратное перераспределение ресурсов в пользу должника, из оборота которого кредит был изъят изначально, с тем чтобы должник погасил внешний долг лично.

Суд апелляционной инстанции отметил, что правило о переходе прав кредитора в порядке суброгации к поручителю, исполнившему обязательство, является диспозитивным. Оно применяется, если иное не предусмотрено договором поручителя с должником или не вытекает из отношений между ними (п. 3 ст. 365 ГК РФ). Другими словами, при наличии договора должника и поручителя о порядке вступления поручителя в чужой долг последствия исполнения обязательства поручителем в отношениях между ним и должником регулируются упомянутым договором, в том числе специальным соглашением, определяющим условия покрытия расходов на погашение чужого долга (далее — договор о покрытии), а не правилами о суброгации.

С учетом этого суд апелляционной инстанции признал, что для правильного разрешения спора, прежде всего, необходимо исследовать внутригрупповые отношения, в том числе сложившиеся между должником и компанией.

В рассматриваемом случае у одного члена группы были изъятые денежные средства в пользу другого члена той же группы, а потом третий член данной группы погасил долг первого перед независимым кредитором. С учетом презумпции разумности действий участников гражданского оборота (п. 5 ст. 10 ГК РФ) есть основания полагать, что действия, направленные на совершение упомянутых операций, обсуждались на внутригрупповых переговорах, в их основе лежит достигнутая членами группы договоренность. При этом подчиненность членов группы одному конечному бенефициару позволяла им заключать соглашения об исполнении обязательств друг друга, в том числе договоры о покрытии, без надлежащего юридического оформления (без соблюдения требований подп. 1 п. 1 ст. 161 ГК РФ).

Исходя из установленных фактов (наличие общего для всей группы конечного бенефициара, перемещение активов внутри этой группы, уменьшившее имущественную сферу должника, последующее исполнение обязательства должника членом группы) и обычной природы взаимодействия аффилированных лиц (предполагающей, как правило, скоординированность поведения, максимальный учет интересов друг друга, оптимизацию внутренних долговых обязательств, конфиденциальность информации о внутригрупповых соглашениях), суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что были представлены доказательства реальности отношений по договору о покрытии и о погашении компанией задолженности должника в рамках данного договора в счет компенсации за изъятые у должника ранее кредитные ресурсы в пользу одного из членов группы.

В силу ст. 65 АПК РФ на компанию перешло бремя опровержения существования такого рода отношений через обоснование разумных причин того, что она погашала задолженность как поручитель, рассчитывающий на суброгацию. В этих целях компании следовало раскрыть основания внутригруппового движения денежных средств, подтвердить, что расчетные операции, опосредующие перемещение активов внутри группы, оформлены в соответствии с их действительным экономическим смыслом и обусловлены разумными экономическими целями.

Компания представила лишь отдельные документы, которых было недостаточно для опровержения позиции о наличии договора о покрытии.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции признал недоказанным суброгационное основание требования аффилированного кредитора (ст. 9 и 65 АПК РФ).

В другом деле суд признал необоснованным требование компании, аффилированной с должником, исполнившей обязательство последнего перед внешним по отношению к должнику кредитором и ссылавшейся на переход к ней требования в порядке суброгации на основании п. 5 ст. 313 ГК РФ.

Суд исходил из того, что компания и должник входили в одну группу лиц, контролируруемую одним и тем же конечным бенефициаром. Выписки по расчетным счетам членов данной группы свидетельствовали о перемещении денежных средств внутри группы. В ряде случаев плательщиком по таким внутригрупповым операциям на значительные суммы выступал должник.

С учетом изложенного суд пришел к выводу о том, что погашение компанией обязательства должника перед внешним кредитором, скорее, могло быть обусловлено наличием скрытого от суда договора о покрытии, являющегося соглашением о предоставлении должнику компенсации за изъятие из его оборота активы посредством осуществления компанией платежа в пользу внешнего кредитора должника (абзац первый п. 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении», п. 1 ст. 313 ГК РФ), нежели чем являться исполнением компанией чужого обязательства без возложения со стороны должника (пп. 2, 5 ст. 313 ГК РФ).

Поскольку компания не подтвердила, что операции по изъятию денежных средств со счета должника соотносятся с реальными хозяйственными отношениями, суд так же, как и в рассмотренной ранее ситуации выдачи поручительства, признал недоказанным суброгационное основание требования аффилированного кредитора (ст. 9 и 65 АПК РФ).

Аналогичный подход применим и в ситуации, когда аффилированная с должником компания перечисляет внешнему кредитору должника денежные средства во исполнение договора купли-продажи, на основании которого производится уступка требования к должнику, однако из анализа внутригрупповых отношений усматривается, что наряду с договором купли-продажи требования, заключенным аффилированным лицом (цессионарием) с внешним кредитором (цедентом), вероятнее всего, цессионарием и должником также был заключен договор о покрытии (о предоставлении должнику компенсации за изъятый у него актив путем совершения аффилированным лицом (цессионарием) платежа в пользу независимого кредитора должника), компенсационная природа которого не предполагает реализацию цессионарием прав кредитора».

Комментарий к п. 5

В комментируемом пункте ВС РФ подступает к обсуждению крайне важного вопроса о влиянии системы централизованного финансового управления (*zentrales Cash-Management*) ликвидностью группы на установление требований контролирующих кредиторов в банкротстве. В данном случае речь идет не о формальном объединении счетов компаний группы (п. 3 ст. 847 ГК РФ), а, скорее, о такой фактической организации отношений в рамках группы, при которой имеет место **свободное перемещение денежных средств**. По существу, компании группы в таком случае могут посредством взаимного кредитования (*upstream and downstream loans*) легко компенсировать недостаточность ликвидности друг у друга. За рубежом вопрос субординации таких требований обсуждается только после их взаимного сальдирования¹⁵⁰. Не имеется препятствий для аналогичного решения и в российском праве. Иначе говоря, если компании группы в течение длительного времени предоставляли друг другу займы (при наличии иных взаимных требований), то в ситуации банкротства хотя бы одного из них следует выводить одно нетто-обязательство к должнику¹⁵¹.

Между тем ВС РФ рассматривает в данном случае ситуацию, когда компания группы погашает (в качестве поручителя, на основании ст. 313 ГК РФ, в результате приобретения права требования к должнику) задолженность должника перед третьим лицом, тем самым косвенно осуществляя его финансирование. По общему правилу если компания группы погашает требование внешнего кредитора в условиях имущественного кризиса, то ее суброгационное требование в рамках настоящей субординации подлежит понижению в очередности (см. комментарий к п. 6 Обзора). Если же полученное финансирование должником было использовано **в интересах группы компаний** («выведено из числа активов должника со ссылкой на выдачу им займа другому члену группы») — подразумевается, что между должником и погасившим долг лицом существует **договор покрытия**.

Таким образом, п. 5 Обзора дает основания говорить о признании наличия в российском праве интересов группы компаний в рамках отношений внутригруппового финансирования (*intra-groups loans*)¹⁵². В ситуации, когда заем (кредит) третьего лица, привлеченный одной из компаний группы, используется не в интересах такой компании (для приобретения оборудования, выплаты заработных плат и т.п.), а в интересах группы компаний в целом, нужно считать, что последующее погашение такого долга другой компанией группы осуществляется «в счет компенсации за изъятие у должника ранее кредитные ресурсы в пользу одного из членов

¹⁵⁰ В частности, ВС РФ формирует практику, направленную на возможность осуществления сальдо взаимных предоставлений (соотношения взаимных предоставлений сторон), см.: определения от 29.01.2018 № 304-ЭС17-14946, от 12.03.2018 № 305-ЭС17-17564, от 29.08.2019 № 305-ЭС19-10075, от 02.09.2019 № 304-ЭС19-11744, от 28.10.2019 № 305-ЭС19-10064 и т.д.).

¹⁵¹ Подробнее см.: *Шайдуллин А.И.* Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии. С. 146.

¹⁵² Об обсуждении признания интересов группы компаний см.: *Conac P.-H.* Director's Duties in Groups of Companies — Legalizing the Interest of the Group at the European Level. 2014. URL: <https://ssrn.com/abstract=2412031>; *Armour J., Bartkus G., Clarke B.J. et al.* Report on the Recognition of the Interest of the Group. 2016. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888863>.

группы». Иными словами, суд предполагает, что компания, которая осуществляет такое погашение долга компании группы, уже, в свою очередь, получила преимущества в силу того, что заем третьего лица был использован в интересах группы компаний. Эти преимущества и финансирование путем погашения долга перед третьим лицом признаются *quid pro quo* в рамках договора покрытия.

ВС РФ по общему правилу исходит из того, что действия компаний группы были скоординированы, учитывали интересы друг друга, были направлены на оптимизацию внутренних долговых обязательств и носили конфиденциальный характер. Следовательно, погасившая долг компания группы не может приобретать материальные требования к должнику в порядке суброгации (ненастоящая субординация). Разумеется, это лишь презумпция, которая может опровергаться. В данном случае относительно регулирования групп компаний (следует признать, что регулирование групп компаний находится в России лишь в зачаточном состоянии¹⁵³) возникает вопрос: насколько оправданна подобная презумпция? В немецком праве концернов, например, договорный концерн дает легальное право давать указания органам подконтрольного общества не в интересах юридического лица (если это не угрожает его существованию), однако взамен подконтрольное общество получает право взыскать компенсацию с контролирующего общества (*Verlustübernahmepflicht*) вне зависимости от наличия вины в случае возникновения существенных потерь (в течение финансового года). В то же время *de facto* концерн (в отсутствие договора о подчинении) не дает таких формальных прав влиять на подконтрольное общество (без немедленной компенсации); но если фактически влияние имело место, то за каждый такой факт контролирующее общество обязано возместить убытки (соответствующие сведения должны отражаться в отчете *Abhängigkeitsbericht*, за нарушение составления которого также могут взыскиваться убытки в пользу подконтрольного лица)¹⁵⁴. Развернутого регулирования соответствующих вопросов в России фактически не имеется (нормы п. 2 ст. 67.3 ГК и ст. 6 Закона об АО фактически не работают), и судебная практика нередко исходит из наличия внутригрупповых преимуществ¹⁵⁵.

Следует заметить, что в п. 6.3 Обзора говорится, что требование о выплате вознаграждения погасившего долг лица к должнику понижается в очередности.

Таким образом, под договором покрытия понимается достигнутая членами группы договоренность об использовании привлеченного от внешнего кредитора финансирования и порядке погашения обязательства перед этим кредитором в рамках группы компаний. Поскольку компания и должник входят в одну группу компаний,

¹⁵³ См.: Суханов Е.А. О правовом статусе концернов в современной зарубежной литературе // Вестник гражданского права. 2017. № 4. С. 283–295.

¹⁵⁴ См.: Koch J., Hüffer U. Gesellschaftsrecht (JuS-Schriftenreihe/Studium, Band 57). 10. Auflage. München, 2017. Rn. 28–50. S. 424–432.

¹⁵⁵ «При заключении договоров в рамках одной группы хозяйствующих субъектов не возникает сомнений в заключении договоров на заведомо невыгодных для одной из сторон, поскольку группа взаимосвязанных хозяйствующих субъектов имеет общий экономический интерес и может выступать в хозяйственном обороте в качестве единого субъекта» (постановление АС Московского округа от 27.09.2016 № Ф05-14575/2016 по делу № А40-166186/14). См. об этом: Степанов Д.И., Михальчук Ю.С. Ответственность директора перед корпорацией за причиненные ей убытки в судебной практике. М., 2018.

контролируемую одним и тем же конечным бенефициаром, вероятнее всего, перераспределение средств внутри группы осуществляется по указанию последнего.

Договор покрытия, как правило, формально между компаниями группы не заключается, но, исходя из изложенных обстоятельств, суд предполагает, что совершение соответствующих действий «обсуждалось на внутригрупповых переговорах» и в их основе лежит достигнутая членами группы договоренность. Иначе говоря, упомянутый **договор является подразумеваемым** (*implied in-fact contract*)¹⁵⁶. ВС РФ отмечает этот факт, указывая, что «подчиненность членов группы одному конечному бенефициару позволяла им заключать соглашения об исполнении обязательств друг друга, в том числе договоры о покрытии, без надлежащего юридического оформления (без соблюдения требований подп. 1 п. 1 ст. 161 ГК РФ)».

Некоторым предвестником для формулирования п. 5 Обзора стало рассмотренное ВС РФ дело Михеева¹⁵⁷, в котором аффилированные лица включились в реестр в результате погашения долга должника (ст. 313 ГК РФ). Один из кредиторов возражал против этого, поскольку фактически аффилированные кредиторы получили перевес по количеству голосов по отношению к независимым кредиторам. Суды трех инстанций, включая требования в реестр, решили, что аффилированное лицо, исполнившее обязательство перед внешним кредитором за должника, приобрело права последнего в порядке суброгации. Однако ВС РФ в своем определении указал, что судам нужно было исследовать отношения должника и аффилированного с ним лица, погасившего задолженность перед внешним кредитором. В частности, когда исполнение обязательства должника возлагается на третье лицо, последствия такого исполнения в отношениях между третьим лицом и должником регулируются соглашением между ними (абз. 1 п. 21 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»), а не правилами о суброгации. То есть между должником и его аффилированным лицом имело место соглашение. ВС РФ подчеркнул, что судам надлежало исследовать это обстоятельство. Если будет установлено, что соглашение было безвозмездным, то аффилированное лицо, погасившее долг должника, необходимо исключить из реестра требований кредиторов должника. На указанном основании логика необходимости изучения внутренних отношений между компаниями группы была продолжена в п. 5 Обзора.

ВС РФ рассматривает ситуации, когда компания группы погашает обязательства должника в качестве поручителя (рис. 2), на основании п. 5 ст. 313 ГК РФ (рис. 3) и в результате покупки права требования к должнику (рис. 4). По существу, все перечисленные примеры объединены общей логикой и отличаются лишь правовой оболочкой. Везде финансирование, предоставленное третьим лицом должнику, было использовано в интересах группы компаний, и задолженность в результате была погашена компанией, входящей в одну группу с должником. В таком случае между должником и компанией группы подразумевается наличие договора покры-

¹⁵⁶ О подобных подразумеваемых договорах в корпоративном праве см., напр.: *Moll D. Reasonable Expectations v. Implied-in-Fact Contracts: Is the Shareholder Oppression Doctrine Needed?* // *Boston College Law Review*. 2001. Vol. 42. Iss. 5. P. 989–1080.

¹⁵⁷ См.: определение ВС РФ от 30.03.2017 № 306-ЭС16-17647 (2) по делу № А12-45752/2015.

тия. Следовательно, требования компании группы признаются необоснованными (ненастоящая субординация).

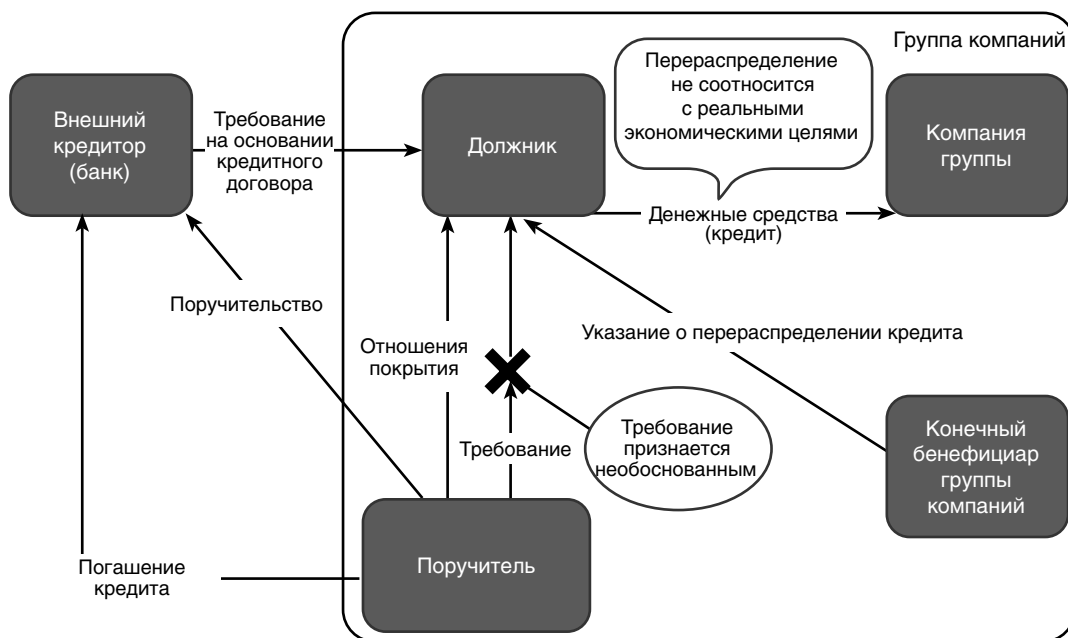


Рис. 2. Субординация в условиях погашения обязательства должника поручителем — компанией группы (установлено наличие договора покрытия)

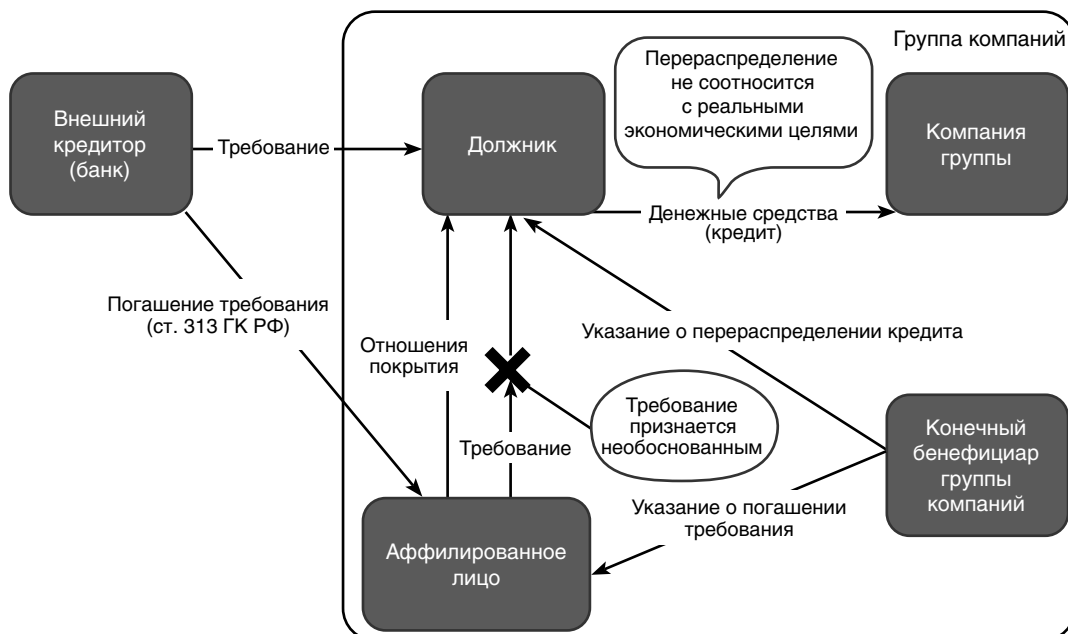


Рис. 3. Субординация в условиях погашения компанией группы обязательства должника в порядке ст. 313 ГК (установлено наличие договора покрытия)

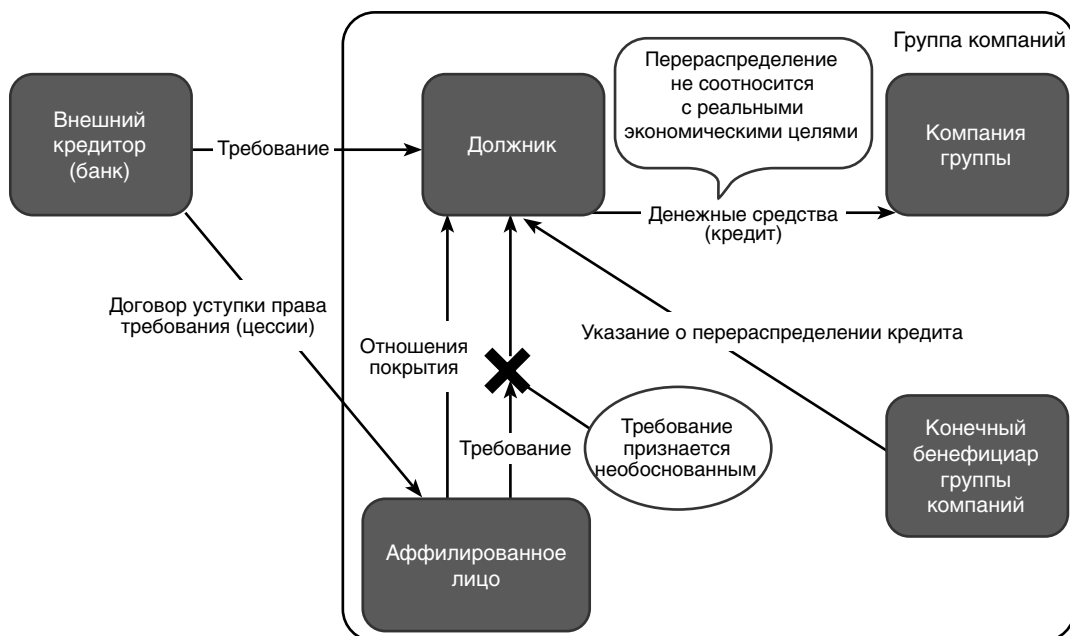


Рис. 4. Субординация в условиях покупки компанией группы права требования к должнику (установлено наличие договора покрытия)

«6. Очередность удовлетворения требования, перешедшего к лицу, контролирующему должника, в связи с переменной кредитора в обязательстве, понижается, если основание перехода этого требования возникло в ситуации имущественного кризиса должника.

6.1. Суброгационное требование контролирующего должника лица, основанное на заключенном с независимым кредитором договоре о предоставлении контролирующим лицом обеспечения за должника

В одном из дел было установлено, что должник (заемщик) и банк заключили кредитный договор, в соответствии с которым банк предоставил заемщику кредит.

В обеспечение исполнения обязательств по кредитному договору банк и контролирующая должника компания заключили договор поручительства. Кроме того, в целях обеспечения исполнения обязательств по возврату кредита и уплате процентов заемщик передал свое недвижимое имущество в ипотеку.

Впоследствии в связи с неисполнением заемщиком обязательств по кредитному договору задолженность перед банком была полностью погашена компанией как поручителем.

Затем суд возбудил производство по делу о банкротстве заемщика.

В рамках данного дела компания обратилась в суд с заявлением о включении требований, основанных на кредитном договоре и договоре об ипотеке, перешедших к ней в порядке суброгации (ст. 365, подп. 3 п. 1 ст. 387 ГК РФ), в реестр как обеспеченных залогом имущества должника.

Суды признали требования компании обоснованными, подлежащими удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

Как установили суды, договор о покрытии заемщиком и поручителем не заключался.

Суды приняли во внимание, что договор поручительства был заключен компанией в условиях имущественного кризиса подконтрольного ей основного должника. Контролирующее лицо, выдавая поручительство, по сути, предоставило должнику компенсационное финансирование, а значит, суброгационные требования поручителя, в том числе основанные на договоре ипотеки, не могут конкурировать с требованиями других кредиторов (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, п. 1 ст. 2 ГК РФ) — они подлежат удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты. Компания вправе рассчитывать на погашение долгов из стоимости заложенного имущества преимущественно только перед кредиторами одной с ней очереди удовлетворения, в отношении кредиторов более приоритетных очередностей удовлетворения залоговые преимущества компании не действуют.

6.2. Требование, приобретенное контролирующим лицом у независимого кредитора по договору купли-продажи

В рамках дела о банкротстве должника контролирующее его лицо обратилось в суд с заявлением о включении в реестр требования, основанного на кредитном договоре.

Кредит был предоставлен должнику независимым кредитором — банком. До возбуждения дела о банкротстве заемщика контролирующее лицо приобрело у банка по договору купли-продажи требование к должнику о возврате кредита и об уплате процентов по нему.

Суд первой инстанции признал требование обоснованным и включил его в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Суд исходил из того, что, если бы банк обратился с заявлением о включении задолженности в реестр, очередность удовлетворения соответствующего требования не была бы понижена. В силу ст. 384 ГК РФ к контролирующему лицу как к цессионарию требование перешло в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту его перехода от cedentа.

Суд апелляционной инстанции определение суда первой инстанции изменил, установив следующее: в момент уступки должник находился в состоянии имущественного кризиса.

Приобретая у независимого кредитора требование к должнику в такой ситуации, контролирующее лицо тем самым создавало условия для отсрочки погашения долга по кредитному договору, т.е. фактически профинансировало должника, предоставив ему возможность осуществлять предпринимательскую деятельность, не исполняя обязанность по подаче заявления о банкротстве (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве).

Договор о покрытии контролирующим лицом и должником не заключался.

На требование, полученное лицом, контролирующим должника, в условиях имущественного кризиса последнего, распространяется тот же режим удовлетворения, что и на требование о возврате компенсационного финансирования, — оно удовлетворяется в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

В другом деле суд первой инстанции не понизил очередность удовлетворения уступленного контролирующему лицу требования, указав на то, что к моменту уступки срок исполнения

обязательства еще не наступил, а значит, приобретение требования нельзя рассматривать как способ финансирования должника.

Суд апелляционной инстанции изменил определение суда первой инстанции, указав следующее. Контролирующему лицу было очевидно — должник исходя из своего имущественного положения не сможет исполнить обязательство тогда, когда наступит срок его исполнения. Иными словами, должник в момент уступки уже находился в ситуации имущественного кризиса, под которым понимается не только непосредственное наступление обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, но и ситуация, при которой их возникновение стало неизбежно.

6.3. Требование контролирующего лица, исполнившего обязательство должника перед независимым кредитором в отсутствие возложения со стороны должника

Компания, контролирующая общество, до возбуждения дела о его несостоятельности исполнила обязательство общества перед банком по кредитному договору без возложения со стороны должника. Впоследствии компания обратилась в суд с заявлением о включении в реестр требования, основанного на кредитном договоре, со ссылкой на переход к ней данного требования на основании п. 5 ст. 313 ГК РФ.

Определением суда первой инстанции заявление компании признано обоснованным, задолженность включена в реестр с удовлетворением в третью очередь. Суд счел, что компания в порядке суброгации заменила банк (кредитора).

Суд апелляционной инстанции, установив, что исполнение чужого обязательства осуществлено контролирующим лицом в ситуации имущественного кризиса должника, признал суброгационное требование контролирующего лица подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты. Суд указал, что такое погашение долга является разновидностью финансирования, поскольку направлено на блокирование возможности независимого кредитора инициировать возбуждение дела о банкротстве должника и создание тем самым условий для продолжения предпринимательской деятельности в ситуации имущественного кризиса, маскируя его вопреки требованиям п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве. Подобного рода финансирование признается компенсационным.

Аналогичный подход применим и в ситуации, когда контролирующее лицо (плательщик), исполнившее обязательство должника перед независимым кредитором на основании заключенного должником и контролирующим его лицом договора о покрытии, содержащего условие о выплате плательщику вознаграждения за погашение чужого долга, предъявляет к включению в реестр сумму вознаграждения по договору о покрытии».

Комментарий к п. 6

В рассматриваемом пункте содержится несколько подпунктов, в которых обсуждаются вопросы субординации суброгационных требований, основанных на обеспечении должника (п. 6.1), погашения долга в порядке ст. 313 ГК РФ перед внешними кредиторами (п. 6.3), а также субординации требований, перешедших к контролирующему лицу от независимого кредитора в порядке уступки права требования (п. 6.2).

Субординация суброгационных требований, основанных на обеспечении контролирующих лиц

В практике коммерческого кредитования зачастую наиболее оптимальным способом обеспечения интересов кредиторов является обеспечение контролирующих лиц (бенефициаров бизнеса). По большому счету независимый кредитор может либо ориентироваться на самого заемщика (насколько он платежеспособен и какие ценные активы у него имеются), либо обращать основное внимание на его аффилированных лиц, получая от них обеспечение в виде поручительства или залога. Таким образом, с точки зрения экономики побуждающим мотивом (вернее, обстоятельством, свидетельствующим об относительно низких рисках такого кредитования) независимого кредитора для предоставления займа являются ценные активы самого заемщика или обеспечение контролирующих лиц и иных бенефициаров бизнеса. Поэтому формально заемщика кредитует независимый кредитор, а фактически имеет место двойной кредит: независимый кредитор кредитует контролирующее заемщика лицо, а последнее кредитует самого заемщика.

Таким образом, выдача обеспечения контролируемыми лицами в пользу подконтрольного общества является по существу (с экономической точки зрения) кредитованием такого общества. В связи с этим на обеспечения исполнения обязательств акционеров следует в полной мере распространять правила о субординации и распределять на них риски¹⁵⁸. Из этого исходят и зарубежные правовые порядки¹⁵⁹. В ином случае, по сути, правила о субординации могут быть легко преодолены путем обхода закона. Последствие в виде понижения в очередности должно наступать даже в том случае, если одновременно по основному требованию имеется обеспечение самого должника (например, залог), т.е. если суброгационное требование формально будет являться обеспеченным требованием. Наличие обеспечения не может преодолевать последствие в виде понижения в очередности (субординации).

Соответственно, в данном случае ключевое значение имеет аффилированность между должником-банкротом и лицом, выдавшим обеспечение в пользу должника (собственно корпоративные отношения покрытия), которое впоследствии пытаются установить в реестре требований кредиторов в порядке суброгации (либо регресса).

Если отношения покрытия не являются корпоративными, т.е. не основаны на отношениях корпоративной связанности и общности экономических интересов, то оснований для применения доктрины субординации не возникает, так как отношения покрытия фактически являются обязательственными. Иными словами, как правило, обеспечение выдается за какое-либо вознаграждение. Поскольку выдача обеспечения фактически является кредитованием, то подходы должны быть абсолютно идентичными в отношении как займов кредиторов, так и выдаваемых ими обеспечений.

¹⁵⁸ Подробнее об этом и о развитии практики ВС РФ до принятия Обзора см.: *Шайдуллин А.И.* Судьба обеспечительных сделок связанных с должником лиц при банкротстве. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 24.12.2018 № 305-ЭС18-15086 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 3. С. 4—16.

¹⁵⁹ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 44a. Rn. 2. S. 572—573 (автор комментария — М. Lüttke).

В Обзоре приводится хрестоматийный в этом отношении пример (рис. 5). Банк предоставляет кредит обществу, за которое поручается контролирующее должника лицо. Помимо поручительства контролирующего лица, должник передает свое недвижимое имущество в ипотеку в пользу банка. В связи с тем, что должник не исполнил свои обязательства по кредитному договору, задолженность перед банком была погашена контролирующим лицом как поручителем. Последний обращается в суд с заявлением о включении своих требований, перешедших к нему в порядке суброгации, в реестр требований кредиторов как обеспеченных залогом имущества должника.

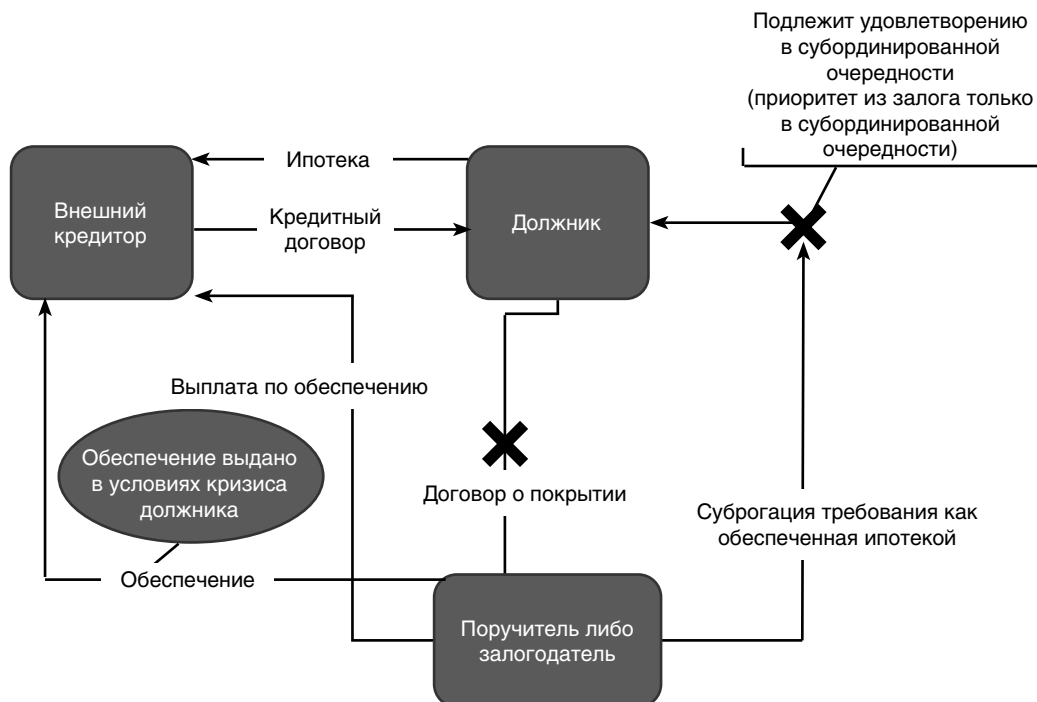


Рис. 5. Субординация суброгационных требований поручителя — контролирующего лица в условиях одновременного наличия иного обеспечения должника (залога)

В Обзоре абсолютно верно указывается, что контролирующее лицо, выдавая поручительство, по существу, предоставило должнику компенсационное финансирование, а значит, суброгационные требования поручителя, в том числе основанные на договоре ипотеки, не могут конкурировать с требованиями других кредиторов (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, п. 1 ст. 2 ГК РФ) — они подлежат удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты¹⁶⁰.

Обращаем внимание, что, поскольку к поручительству применяются ровно такие же правила, что и к договору займа контролирующих лиц, наличие имущественного кризиса подлежит установлению на момент выдачи обеспечения.

¹⁶⁰

Из этого же исходит ВС РФ в последних своих определениях (после принятия Обзора). См., напр.: определение СКЭС ВС РФ от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2, 3, 5) по делу № А65-20265/2018.

В Обзоре указывается, что суброгационное требование контролирующего лица, подлежащее понижению в очередности, не может иметь преимуществ залогового кредитора: такое лицо вправе рассчитывать на погашение долгов из стоимости заложенного имущества преимущественно только перед кредиторами одной с ним очереди удовлетворения.

Таким образом, для целей понижения в очередности (субординации) суброгационных требований контролирующего кредитора имеет значение аффилированность между заемщиком-должником и лицом, выдавшим обеспечение (собственно отношения покрытия). Обеспечение контролирующего лица по существу (с экономической точки зрения) является равнозначным займу предоставлением. К обеспечениям обязательств, предоставленным контролирующим лицом, должны применяться правила о субординации в полной мере (в виде понижения в очередности суброгационных требований и т.д.).

Субординация требований, перешедших к контролирующему лицу от независимого кредитора в порядке уступки права требования

С одной стороны, говоря о возможности субординации требований, перешедших к контролирующему лицу от независимого кредитора в порядке уступки права требования, необходимо принимать во внимание, что основания для понижения в очередности должны устанавливаться на момент предоставления займа. В Австрии, например, придерживаются именно такого взгляда. В немецкой литературе до реформы 2008 г. также отмечалось, что наличие оснований для субординации устанавливается на момент предоставления займа¹⁶¹. Такой подход был бы желательным с точки зрения правовой определенности. Однако после реформы в Германии считается, что ключевым является период в течение одного года до подачи заявления о несостоятельности (§ 135 Положения о несостоятельности). На это затруднение обращает внимание и ВС РФ со ссылкой на ст. 384 ГК РФ.

С другой стороны, приобретение требований независимых кредиторов контролирующим лицом является по существу формой финансирования должника, ибо нет разницы между предоставлением займа должнику (с последующим погашением им долгов перед внешними кредиторами) и приобретением таких требований контролирующим лицом самостоятельно. Кроме того, иное провоцировало бы скупку требований в пользу своей компании.

Как разъясняется в п. 6 Обзора, приобретая у независимого кредитора требование к должнику, контролирующее лицо создает условия для отсрочки погашения долга по кредитному договору, т.е. финансирует должника в условиях имущественного кризиса. При этом наступление срока исполнения обязательства не имеет принципиального значения, если уступка была совершена в условиях имущественного кризиса должника.

Необходимо заметить, что дело «Лысогорских коммунальных систем»¹⁶², в котором ВС РФ включил требования муниципального образования, погасившего за-

¹⁶¹ См.: *Braunschweig V*. Op. cit. S. 80.

¹⁶² См.: определение СКЭС ВС РФ от 08.05.2019 № 306-ЭС18-26294 по делу № А57-17489/2016.

долженность должника (ГУП) по заработной плате в результате уступки права требования по их номиналу, во вторую очередь реестра требований кредиторов, не может быть показательным в этом отношении, поскольку оно имело заметную специфику в связи с намерением Суда стимулировать собственника к исполнению обязательств перед работниками в условиях неплатежеспособности предприятия (социальная функция), а также в связи с тем, что такой кредитор в результате погашения задолженности по заработной плате не приобретает право голоса на собрании кредиторов.

Более того, подпункт 6.2 Обзора не подлежит применению в ситуации приобретения права требования в процедуре банкротства, поскольку здесь уже нельзя говорить об имущественном кризисе, который можно преодолеть и вернуться к нормальной предпринимательской деятельности (за исключением, пожалуй, наличия плана реструктуризации). Аргументы о принятии на себя рисков выхода из имущественного кризиса (п. 3 Обзора) и совмещения контроля с участием в прибыли (п. 9 и 11 Обзора) в данном случае нерелевантны. Вместе с тем при приобретении контролирующим лицом права требования независимых кредиторов третьей очереди в процедурах банкротства возникают сомнения относительно легитимной цели таких действий контролирующего лица. Особенно с учетом того, что в Законе о банкротстве имеются специальные нормы о погашении требований кредиторов (ст. 113 и 125). Правда, Верховный Суд РФ разъясняет, что уступка в ходе конкурсного производства по общему правилу не запрещена — названное регулирование Закона о банкротстве не означает, что конкурсный кредитор не вправе уступать принадлежащее ему требование к должнику на основании договора цессии¹⁶³. Однако в случае с контролирующими и аффилированными лицами все же возникают обоснованные подозрения в их стремлении захватить контроль над процедурой в ущерб интересам внешних (независимых) кредиторов. Поэтому следует учитывать, что Обзор также решает задачу снижения влияния контролирующих должника и аффилированных с ним лиц на процедуру банкротства (п. 12).

Таким образом, единственный возможный мотив субординации (либо лишения права голоса) такого контролирующего или аффилированного лица в данных обстоятельствах — это исключение возможности завладения контролем над процедурой (права требования при этом, как правило, приобретаются за бесценку). Надо признать, что это случай, когда субординация выполняет нетипичную для себя функцию.

По этой причине, если контролирующее лицо приобретает требования независимого кредитора в процедурах банкротства, а значит, и право голоса на собрании кредиторов, то это по общему правилу должно влечь понижение в очередности. Более тонкое решение, которое может следовать из п. 12 Обзора, — это лишение такого аффилированного лица права голоса без понижения в очередности удовлетворения (исходя из цели препятствования захвата контроля над процедурой). Таким образом, суд должен в определении о процессуальном правопреемстве такого кредитора в реестре требований кредиторов указать, что цессионарий удовлетворяется в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты

¹⁶³

См.: п. 28 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

либо не имеет права голоса по вопросам повестки общего собрания кредиторов. Если суд этого не сделал, то такое определение может быть обжаловано в общем порядке, установленном для обжалования подобных определений. Поэтому процессуальный аргумент о том, что, понижая очередность удовлетворения требования (либо лишая права голоса), суд фактически пересматривает определение суда о включении требования в реестр, не может приниматься в внимание.

ВС РФ, рассматривая ситуацию приобретения аффилированным лицом требования у внешнего (независимого) кредитора в процедуре банкротства, отметил, что такого кредитора не следует понижать в очередности (субординировать), поскольку, во-первых, это позволит хотя бы частично удовлетворить требования внешних (независимых) кредиторов и, во-вторых, «само по себе нахождение в реестре требований кредиторов аффилированного с должником лица не влечет для независимых кредиторов негативных последствий и не является противозаконным»¹⁶⁴.

Оба аргумента не выдерживают критики. Первый аргумент вызывает сомнения, поскольку это фактически провоцирует избирательность погашения требований кредиторов путем уступки права требования. Это решение ВС РФ противоречит принципу равного погашения требований кредиторов, закрепленному в Законе о банкротстве (ст. 113 и 125). При таком подходе названное регулирование Закона о банкротстве попросту нелогично: какой смысл запрещать индивидуальное погашение по ст. 313 ГК, если можно свободно погасить требование кредитора в порядке уступки в пользу контролирующего лица? Второй аргумент также следует воспринимать критически, ибо судебной практике хорошо известны манипуляции с правом голоса связанных с должником кредиторов, о чем свидетельствует как минимум п. 12 Обзора. Поэтому данную позицию ВС РФ, на наш взгляд, следует понимать ограничительно, поскольку в деле было установлено, что количество голосов связанного с должником кредитора в результате покупки права требования в процедуре составляет не более 10%¹⁶⁵. В таком случае негативные последствия для независимых кредиторов действительно могут быть сведены к минимуму. Но если число голосов будет составлять 50% и более, то такого кредитора следует лишать права голоса в процедуре по всем вопросам повестки общего собрания кредиторов¹⁶⁶.

В данной ситуации возникает также общий вопрос о возможности субординации текущих требований контролирующих лиц. В отношении таких требований равным образом неприменимы ключевые политико-правовые аргументы субординации — контролирующее лицо не предпринимает попыток вывода должника из имущественного кризиса, принимая риски на себя, и не извлекает доход в случае успеха (в отсутствие плана реабилитации). Кроме того, не уместен и аргумент о стремлении получения контроля над процедурой, ибо текущие кредиторы не являются участниками дела о банкротстве и не влияют на ход процедуры. С догматической точки зрения текущие кредиторы являются кредиторами конкурсной массы,

¹⁶⁴ См.: определение СКЭС ВС РФ от 20.08.2020 № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017.

¹⁶⁵ См.: Шайдуллин А.И. Субординация текущих требований и требования аффилированного лица, приобретенного им у независимого кредитора в процедурах банкротства. О деле, переданном на рассмотрение Верховного Суда РФ // Закон.ру. 2020. 2 авг. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/02/subordinaciya_tekuschih_trebovanij_i_trebovaniya_affilirovannogo_lica_priobretyonnogo_im_u_nezavisim.

¹⁶⁶ См., напр.: постановление Восемнадцатого ААС от 26.02.2020 № 18АП-517/2020 по делу № А07-38601/2017

в отношении которых Законом о банкротстве установлен особый благоприятный режим, что обусловлено необходимостью финансирования расходов на процедуру банкротства (п. 13 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 63 «О текущих платежах по денежным обязательствам в деле о банкротстве»).

Иными словами, контролирующее лицо вступает в правовые отношения с конкурсной массой, которую он уже никоим образом не контролирует. Идеология текущих платежей основана на том, что у них есть право требования к конкурсной массе¹⁶⁷, из которой удовлетворяются в приоритетном порядке, но они не должны наделяться правами, аналогичными тем, что имеют конкурсные кредиторы, которые вступали в правовые отношения с должником до банкротства. Следовательно, если предоставление контролирующего лица было полезным для конкурсной массы, было обусловлено ее нуждами, то такое контролирующее лицо должно приобретать текущие требования к конкурсной массе в пятой очереди (п. 2 ст. 134 Закона о банкротстве). Аналогичные выводы можно обнаружить за рубежом: в немецкой литературе отмечается, что положения № 5 абз. 1 § 39, § 135 *InsO* (нормы о субординации) не применяются к требованиям к конкурсной массе (*Masseforderung*)¹⁶⁸. Из этого исходит и ВС Германии¹⁶⁹.

Таким образом, требование, приобретенное контролирующим лицом в условиях имущественного кризиса должника, подлежит понижению в очередности (рис. 6). Равным образом должны понижаться требования, приобретенные в процедурах банкротства (либо такие кредиторы должны быть лишены права голоса), если не будет доказана легитимная цель такого приобретения (отсутствие стремления захвата контроля над процедурой). Это не относится к текущей задолженности перед контролирующими лицами, которая должна удовлетворяться в пятой очереди текущих платежей.

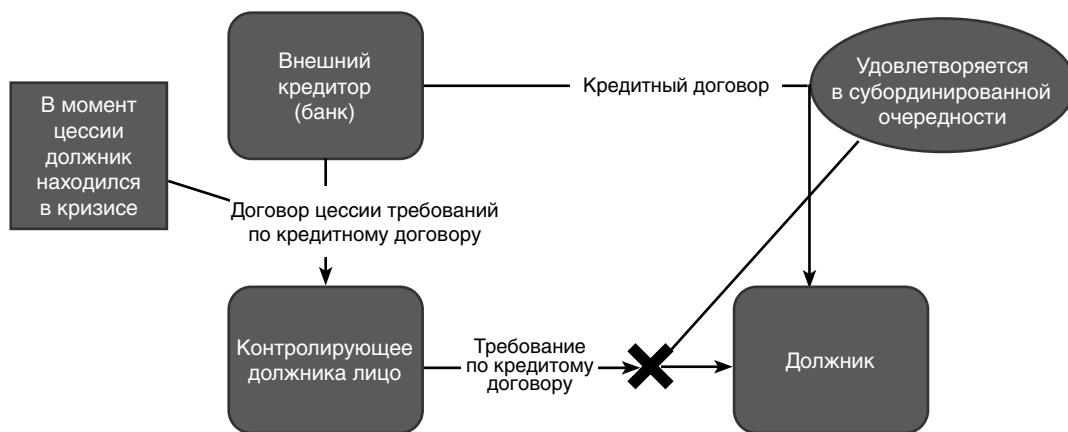


Рис. 6. Субординация при приобретении права требования к должнику контролирующим лицом

¹⁶⁷ Подробнее о кредиторах конкурсной массы (*Massegläubiger*) в Германии см.: Шишмарева Т.П. Институт несостоятельности в России и Германии. М., 2015.

¹⁶⁸ См.: Gehrlein M., Witt C.-H., Volmer M. GmbH-Recht in der Praxis. Kapitel 9. Haftung in der Eigenverwaltung. 4., überarbeitete und erweiterte Auflage. Frankfurt am Main, 2019. Rn. 48.

¹⁶⁹ См.: BGH, Urteil vom 29.01.2015 — IX ZR 279/13.

Пункт 6 Обзора относится к настоящей субординации, поскольку наличие договора покрытия между должником и контролирующим должником не было установлено (см. комментарий к п. 5 Обзора).

Субординация суброгационных требований, возникших в результате погашения долга в порядке ст. 313 ГК РФ перед внешними кредиторами

Погашение долга в условиях имущественного кризиса в порядке ст. 313 ГК РФ перед внешними кредиторами рассматривается в качестве компенсационного финансирования. Появление такого разъяснения обусловлено тем, что российский правопорядок различает конструкции уступки права требования и перехода права требования в порядке суброгации в результате погашения долга в порядке ст. 313 ГК (рис. 7). Для целей субординации между ними не существует какой-либо разницы. Однако заметим, что, в отличие от уступки, погашение в порядке ст. 313 ГК в процедурах банкротства не допускается¹⁷⁰.

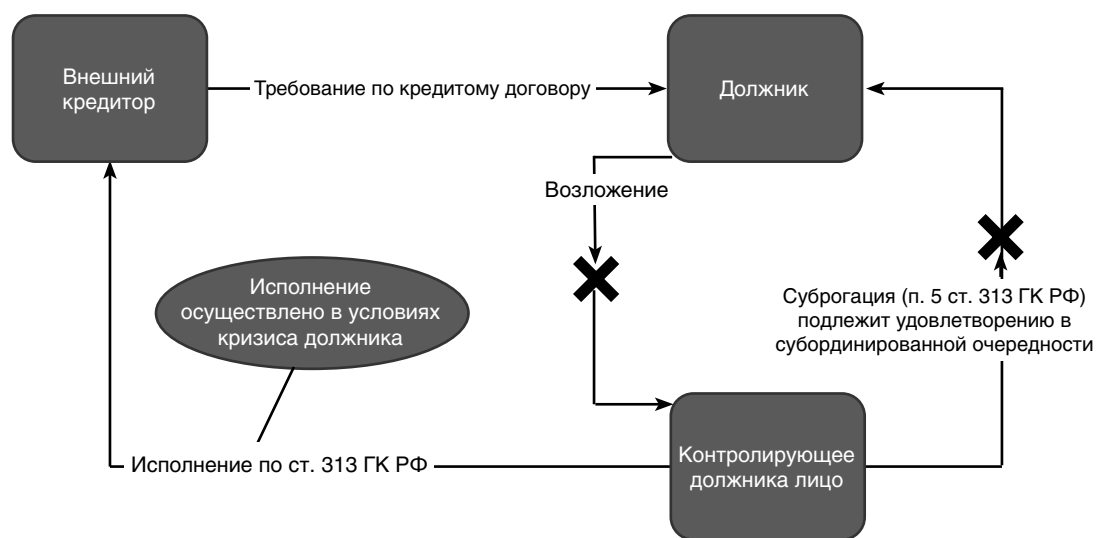


Рис. 7. Субординация при погашении долга должника в порядке ст. 313 ГК контролирующим лицом

Кроме того, в п. 6 Обзора разъясняется, что договор о покрытии между контролирующим лицом и должником, наличие которого не позволяет контролирующему лицу предъявлять требования в порядке суброгации (ненастоящая субординация), может предусматривать условие о вознаграждении. Требование к должнику о выплате такого вознаграждения подлежит понижению в очередности.

¹⁷⁰

См.: п. 28 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

«7. Действия, направленные на необоснованное повышение очередности удовлетворения требования, эту очередность не изменяют.

В рамках дела о банкротстве должника общество обратилось в суд с заявлением о включении в реестр требования, основанного на договоре займа.

Другой кредитор заявил возражение относительно очередности удовлетворения данного требования, сославшись на то, что оно приобретено обществом у компании, являющейся лицом, контролирующим должника.

Суд первой инстанции счел, что для правильного разрешения спора значение имеет правовое положение предъявившего требование лица, а не первоначального кредитора — займодавца. Указав на отсутствие заинтересованности общества по отношению к должнику (ст. 19 Закона о банкротстве), суд включил его требование в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Суд апелляционной инстанции изменил определение суда первой инстанции, признав требование общества подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

Суд апелляционной инстанции установил, что компания предоставила должнику компенсационное финансирование. Следовательно, если бы уступка не была совершена, очередность удовлетворения требования компании о возврате такого финансирования подлежала бы понижению.

Как разъяснено в абзаце втором п. 4 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 ГК РФ о перемене лиц в обязательстве на основании сделки», первоначальный кредитор не может уступить новому кредитору больше прав, чем имеет сам; вместе с тем на основании закона новый кредитор в силу его особого правового положения может обладать дополнительными правами, которые отсутствовали у первоначального кредитора.

Общество в соответствии с законом не имело каких-либо дополнительных прав по сравнению с правами компании. Поэтому уступка компанией требования обществу — внешне независимому кредитору — не изменила очередность его удовлетворения.

В другом деле с заявлением о включении в реестр требования, основанного на договоре займа, обратился кредитор, ссылавшийся на отсутствие у него признаков аффилированности по отношению к должнику.

Суд первой инстанции установил, что данный кредитор на момент предоставления займа являлся мажоритарным акционером, контролирующим должника. Заем выдан в условиях имущественного кризиса последнего и являлся компенсационным финансированием. Последующая продажа кредитором пакета акций, прекратившая возможность осуществления им контроля над должником, не повлекла повышения очередности удовлетворения требования бывшего мажоритарного акционера.

С учетом изложенного суд признал требование подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты».

Комментарий к п. 7

В названном пункте Верховным Судом РФ разрешается вопрос о порядке удовлетворения права требования, которое в момент своего возникновения **подлежало понижению в очередности, но впоследствии было уступлено независимому лицу.**

За рубежом на него отвечают следующим образом: требование, которое на момент возникновения было капиталозамещающим, не может изменить свой правовой режим в результате уступки права требования либо утраты контроля над должником, если уступка или утрата произошли в течение года до начала процедур несостоятельности¹⁷¹. Так, ВС Германии пишет: «В случае утраты позиции участника или уступки права требования внешнему третьему лицу не ограниченное во времени субординирование такого требования является необоснованным. Скорее, исходя из правовой концепции, изложенной в § 135 Положения о несостоятельности, субординация требований по договору займа участника сохраняется только в том случае, если участник утрачивает позицию участника либо уступает требование по договору займа третьему лицу в течение годичного периода до подачи заявления о банкротстве»¹⁷². В результате, как отмечается в литературе, это возникшее в течение такого периода требование становится, образно говоря, «инфицированным» (*infiziert*)¹⁷³. Словом, если требование побывает в руках контролирующего лица, то в случае последующей уступки его приобретатели будут нести риски субординации своих требований в процедуре банкротства.

Основная идея заключается в том, что контролирующее лицо, зная о скором банкротстве подконтрольного общества, во избежание понижения в очередности своих требований, для которых это наиболее вероятно, может уступить такие требования независимому лицу, подразумевая, что в таком случае суд не понизит их в очередности. Равным образом контролирующее лицо может попытаться до введения процедур банкротства предпринять действия, направленные на утрату контроля (например, подать заявления о выходе из общества, продать долю участия или пакет акций). Против такого подхода мыслимы возражения, связанные с потребностью защиты гражданского оборота, а именно прав и интересов приобретателей прав требований. Они будут нести серьезные дополнительные риски при приобретении обязательственных прав, ибо требование, побывавшее в руках контролирующего лица в цепочке соответствующих уступок, понижается в очередности (субординируется).

Разумно, представляется, исходить из того, что право требования контролирующего лица, которое на момент своего возникновения подлежало понижению в очередности (субординации), не может изменить такой правовой режим в результате уступки любому лицу в период срока для оспаривания сделок (периода подозрительности). Цессионарии будут нести соответствующие риски, но баланс должен

¹⁷¹ См.: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. § 39. Rn. 32. S. 551 (автор комментария — М. Lüttke).

¹⁷² См.: BGH Urteil vom 21.02.2013 Az. IX ZR 32/12.

¹⁷³ См.: Schönfelder M. Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz — auch ohne Krise in die Krise? // WM. 2009. Heft 30. S. 1402.

достигаться за счет того, что такое требование должно понижаться в очередности (субординироваться), только если уступка произошла в пределах определенных сроков (что обуславливает, по сути, глубину проверки при покупке). Правила о субординации будут являться возражениями по смыслу ст. 386 ГК РФ, которые могут быть выдвинуты против нового кредитора конкурсным управляющим (или иными кредиторами). Однако за рубежом известны подходы, когда дополнительное условие в виде уступки в пределах периода подозрительности для целей субординации не предъявляется. В таком случае существенно повышаются риски приобретателей прав требований.

ВС РФ в п. 7 Обзора исходит из того, что уступка права требования, которое подлежало бы понижению в очередности (рис. 8), и утрата контроля, если требования возникли в период наличия такого контроля и подлежали бы понижению в очередности (рис. 9), являются действиями, направленными на необоснованное повышение очередности удовлетворения требования. Уступка контролирующим лицом требования внешнему (независимому) кредитору и продажа пакета акций, прекратившая возможность осуществления им контроля над должником, не меняют очередность удовлетворения его требований к должнику.

Вместе с тем ВС РФ прямо не предусмотрел указанное выше правило о субординации требований при условии, если уступка или утрата контроля произошла в течение периода подозрительности. Полагаем, что такой вывод можно сделать из телеологического толкования (исходя из целей регулирования) положений Обзора: если уступка или утрата контроля произошла задолго до введения процедур банкротства (и наличия имущественного кризиса) и контролирующее лицо явно не могло преследовать цель «необоснованного повышения очередности удовлетворения требования», то такие требования субординировать не следует.

Формулировка, содержащаяся в первом предложении п. 7 Обзора, обусловлена тем, что в некоторых случаях от личности кредитора (физическое или юридическое лицо) может зависеть очередность удовлетворения (например, банкротство банков или застройщиков), т.е. уступка требования будет менять очередность. Но, например, в контексте банкротства застройщика в п. 1.8 рекомендаций Научно-консультативного совета при АС Уральского округа по итогам заседания, состоявшегося 19–20 октября 2017 г. в Перми (часть I «Вопросы применения законодательства о несостоятельности (банкротстве)»), разъясняется, что «при наличии признаков того, что договор уступки права требования между юридическим лицом и физическим лицом заключен *исключительно с целью повышения очередности удовлетворения требований* (курсив наш. — Р.М., А.Ш.) (в частности, в случае заключения договора после возбуждения производства по делу о банкротстве либо непосредственно перед возбуждением производства по делу о банкротстве при наличии очевидных признаков неплатежеспособности застройщика), требование гражданина-цессионария включается в четвертую очередь реестра требований кредиторов должника (пункт 1 статьи 10 ГК РФ)». Заметно, что п. 7 Обзора использует созвучные приведенному разъяснению АС Уральского округа формулировки.

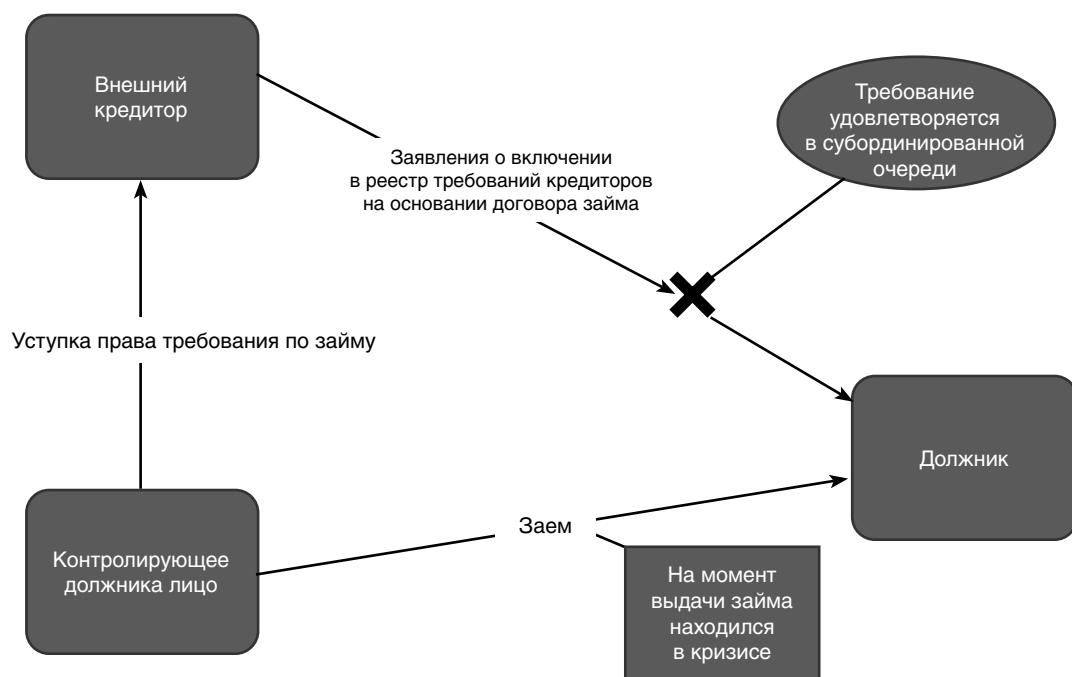


Рис. 8. Субординация при уступке права требования к должнику внешнему (независимому) лицу

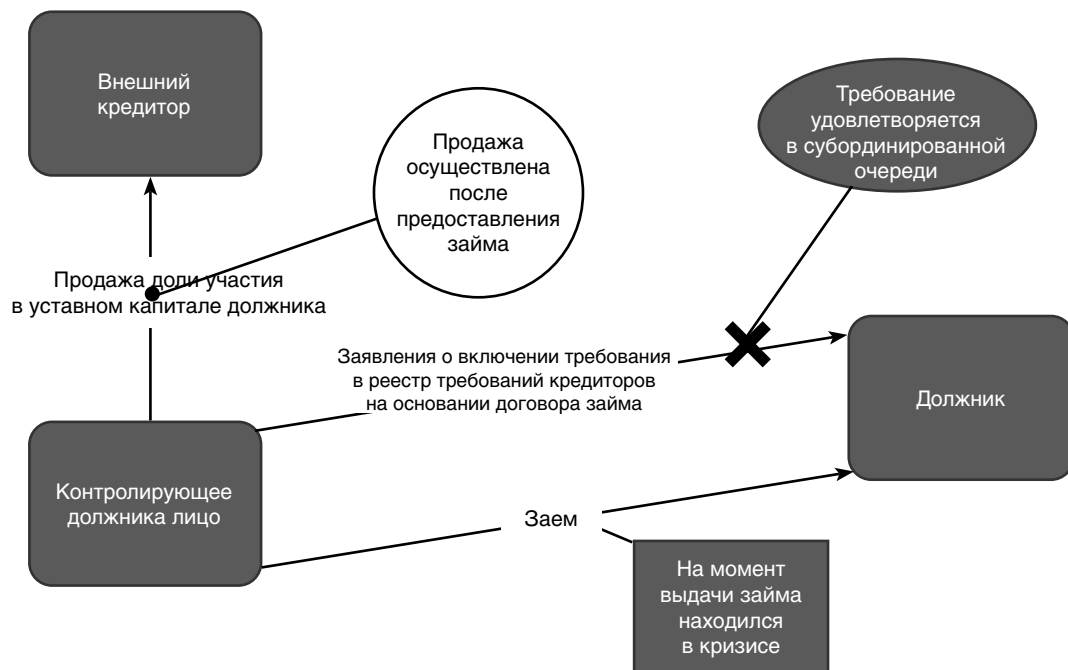


Рис. 9. Субординация при утрате заимодавцем контроля на должником (продажа доли участия)

«8. Контролирующее должника лицо, привлеченное к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов, не может получить удовлетворение своего требования к должнику наравне с требованиями других кредиторов.

Требование компании, основанное на неисполнении должником обязательств по договору подряда, включено в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Впоследствии в арбитражный суд поступило заявление о привлечении этой компании к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов.

В период рассмотрения спора о привлечении к ответственности компания обратилась в суд с жалобой на бездействие конкурсного управляющего, выразившееся в невыплате ей денежных средств в счет погашения задолженности, включенной в реестр, в процедуре расчетов с кредиторами третьей очереди удовлетворения.

Суд первой инстанции жалобу удовлетворил.

Суд счел, что, поскольку очередность удовлетворения требования компании не была понижена при включении задолженности в реестр, отсутствовали основания для приостановления выплат в ее пользу до вступления в законную силу судебного акта по вопросу о привлечении компании к субсидиарной ответственности.

Суд апелляционной инстанции определение суда первой инстанции отменил, в удовлетворении жалобы отказал.

Если в возникновении невозможности исполнения по причине банкротства виноват кредитор, он лишается права требовать возврата той части своего предоставления, которая покрывает убытки должника (п. 1 ст. 6, п. 4 ст. 401, ст. 404, 406 и п. 2 ст. 416 ГК РФ).

Следовательно, если контролирующее лицо виновными действиями создало ситуацию банкротства, т.е. ситуацию, при которой полное исполнение обязательств как перед ним, так и перед другими кредиторами стало невозможно и кредиторы получают лишь часть от причитающегося, такое контролирующее лицо несет риск возникшего неисполнения. Оно не вправе полагаться на то, что при банкротстве последствия его виновных действий будут относиться не только на него, но и на других кредиторов, а значит, контролирующее лицо не может получить удовлетворение в той же очередности, что и независимые кредиторы.

Если в период рассмотрения судом заявления о привлечении кредитора к субсидиарной ответственности как контролирующего лица конкурсный управляющий приступил к расчетам с кредиторами третьей очереди удовлетворения, то применительно к абзацу первому п. 6 ст. 142 Закона о банкротстве он обязан зарезервировать денежные средства в размере, достаточном для пропорционального удовлетворения кредиторского требования лица, привлекаемого к ответственности (п. 1 ст. 6 ГК РФ).

В случае отказа в привлечении кредитора к ответственности зарезервированные денежные средства передаются ему, а в случае привлечения к ответственности (после вступления в силу определения о наличии оснований для привлечения к ответственности) определение о включении в реестр требования контролирующего лица подлежит пересмотру применительно к правилам ст. 311 АПК РФ по заявлению заинтересованного лица, зарезервированные средства перераспределяются в соответствии с изменившимся реестром, после чего определяется размер ответственности контролирующего лица.

С учетом изложенного суд апелляционной инстанции отказал в признании незаконным бездействия арбитражного управляющего, зарезервировавшего необходимую сумму, указав, что его поведение являлось законным, отвечало принципам добросовестности и разумности (п. 4 ст. 20.3 Закона о банкротстве).

В другом деле конкурсный кредитор обратился в суд с заявлением о принятии обеспечительных мер (п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ, ст. 46 Закона о банкротстве) в виде запрета осуществлять расчеты за счет конкурсной массы по требованию другого кредитора, являющегося ответчиком по заявлению о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности.

Конкурсный управляющий возражал против принятия подобных мер, поскольку и в их отсутствие управляющий обязан зарезервировать средства, подлежащие выплате привлекаемому к ответственности лицу.

Суд удовлетворил заявление кредитора. Наличие обязанности по резервированию не лишает независимого кредитора права заявить ходатайство о принятии обеспечительных мер. Искиваемые меры направлены на сохранение существующего состояния отношений (status quo) между лицами, вовлеченными в процесс банкротства, и предотвращение причинения значительного ущерба независимым кредиторам на случай недобросовестности арбитражного управляющего. Суд учел, что при осуществлении выплат в пользу привлекаемого к ответственности лица последующая защита интересов независимых кредиторов будет существенно затруднена».

Комментарий к п. 8

Названный пункт Обзора, как нам представляется, относится к примерам ненастоящей субординации и решает вопрос о том, вправе ли кредитор получить удовлетворение своего требования, если он **сам своими виновными действиями создает событие неисполнения путем доведения должника до банкротства**. ВС РФ полагает, что в таком случае кредитор не вправе требовать исполнения должником своих обязательств. Ключевой абзац этого пункта следующий: «Если в возникновении невозможности исполнения по причине банкротства виноват кредитор, он лишается права требовать возврата той части своего предоставления, которая покрывает убытки должника (п. 1 ст. 6, п. 4 ст. 401, ст. 404, 406 и п. 2 ст. 416 ГК РФ)».

Как можно заметить, Верховный Суд по аналогии закона (об этом свидетельствует первая ссылка на п. 1 ст. 6 ГК РФ) приводит ряд статей ГК РФ, в которых идет речь о вине кредитора, влияющей на исполнение обязательства должником. Кредитор лишается права требовать того, на что он мог рассчитывать в обычных условиях, если он виноват в нарушении обязательства должником. При этом, как известно, соглашение об исключении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно, о чем также напоминает в данном случае Обзор.

Классическим примером реализации указанной идеи является п. 2 ст. 416 ГК РФ, на который ссылается ВС РФ в порядке аналогии закона. В соответствии с этой нормой в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возврата исполненного им по обязательству. Подобная норма известна и зарубежному праву (абз. 2 § 326 ГГУ). Она призвана распределять риски неисполнения между

сторонами обязательства (*Gegenleistungsgefahr*). Как отмечается в комментариях к упомянутой норме ГГУ, «никто не может извлечь преимущества из того факта, что он своим поведением, за последствия которого он несет ответственность в соответствии с принципами права и справедливости, сделал невозможным исполнение другой стороной своего обязательства. С этой точки зрения это положение призвано выражать особую форму запрета противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*)»¹⁷⁴. В соответствии с этой нормой кредитор, который виновен в неисполнении своего обязательства должником, несет риск утери своего требования, сам оставаясь обязанным перед должником. Так, в п. 39 постановления Пленума ВС РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» говорится, что возможны «случаи, когда на стороне лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения ее обязанности, несмотря на то, что встречная обязанность прекратилась (риск неполучения встречного предоставления), и (или) в виде наступления обязанности возместить убытки (риск убытков)».

Руководствуясь изложенными соображениями, ВС РФ разъясняет, что «если контролирующее лицо виновными действиями создало ситуацию банкротства, т.е. ситуацию, при которой полное исполнение обязательств как перед ним, так и перед другими кредиторами стало невозможно и кредиторы получают лишь часть от причитающегося, такое контролирующее лицо несет риск возникшего неисполнения». Можно отметить, что предположения о том, что ВС РФ в п. 8 Обзора реализует идею наказания контролирующего лица, не находят подтверждения.

Далее в Обзоре обсуждается техника реализации этой генеральной идеи. В частности, возможна ситуация, когда конкурсный управляющий приступает к расчетам с кредиторами третьей очереди до того, как судом будет разрешен вопрос о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности. В таком случае конкурсный управляющий обязан зарезервировать денежные средства в размере, достаточном для пропорционального удовлетворения требования контролирующего лица, включенного в третью очередь реестра требований кредиторов. Следовательно, если контролирующее лицо будет привлечено к субсидиарной ответственности, то определение о включении его в реестр требований кредиторов по аналогии с правилами ст. 311 АПК РФ пересматривается, а зарезервированные средства перераспределяются в соответствии с изменившимся реестром. Если в привлечении к субсидиарной ответственности будет отказано, то зарезервированные денежные средства передаются ему.

Кроме того, ВС РФ в дополнение к указанному, для пущего спокойствия независимых кредиторов, допускает принятие обеспечительных мер в виде запрета осуществлять расчеты за счет конкурсной массы по требованию кредитора, являющегося ответчиком по заявлению о привлечении к субсидиарной ответственности. Такое правило направлено на то, чтобы не допустить распределения из конкурсной массы денежных средств в пользу лица, от которого, вероятно, придется их впоследствии обратно взыскивать, что может стать уже очень затруднительным. Иное было бы в крайней степени неразумным. Обращается внимание на это

¹⁷⁴ Münchener Kommentar zum BGB. 8. Auflage. München, 2019. § 326. Rn. 45 (автор комментария — W. Ernst).

и в Обзоре, где сказано, что при осуществлении выплат в пользу привлекаемого к ответственности лица последующая защита интересов независимых кредиторов будет существенно затруднена.

«9. Очередность удовлетворения требования контролирующего должника лица о возврате займа, предоставленного в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, может быть понижена, если не установлено иных целей выбора такой модели финансирования, кроме как перераспределение риска на случай банкротства.

В рамках дела о банкротстве общества с ограниченной ответственностью (далее в этом пункте — организация) лицо, контролирующее его посредством косвенного участия в уставном капитале, обратилось в суд с заявлением о включении в реестр требования, основанного на договоре займа.

Суды установили, что при создании организации учредители наделили ее уставным капиталом в минимальном размере — 10 тыс. руб. (п. 1 ст. 14 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об обществах), п. 1 ст. 66.2, п. 1 ст. 90 ГК РФ). После создания организация предпринимательскую деятельность фактически не вела. Затем контролирующее лицо предоставило организации заем, и она приступила к реализации проекта по созданию офисного центра.

Последующее введение в отношении организации процедуры банкротства послужило основанием для обращения контролирующего лица с заявлением о включении заемной задолженности в реестр.

Суд первой инстанции, с выводами которого согласились суды апелляционной инстанции и округа, понизил очередность удовлетворения данного требования.

Согласно абзацу второму п. 4 ст. 65.2 ГК РФ участник корпорации обязан участвовать в обременении имущества корпорации в необходимом размере.

По общему правилу в связи с неопределенностью, присущей предпринимательской деятельности, учредителям хозяйственного общества заранее может быть не известно, является ли формируемый ими уставный капитал достаточным или нет.

Вместе с тем в рассматриваемом случае у учредителей организации не было какой-либо неопределенности относительно рынка и масштабов деятельности нового, созданного ими, участника гражданского оборота. Уже на начальном этапе им было заведомо известно, что организация не имеет возможности вести нормальную предпринимательскую деятельность в сфере создания крупных объектов недвижимости ввиду очевидного несоответствия полученного ею имущества (денежные средства в сумме 10 тыс. руб.) объему планируемых мероприятий (создание офисного центра). Контролирующее лицо намеренно отказалось от предусмотренных законом механизмов капитализации через взносы в уставный капитал (ст. 15 Закона об обществах) или вклады в имущество (ст. 27 Закона об обществах) и воспользовалось предусмотренным законом минимальным размером уставного капитала, не выполняющим гарантирующую функцию. Это было сделано с единственной целью — перераспределение риска утраты крупного вклада на случай неуспешности коммерческого проекта, повлекшей банкротство подконтрольной организации. Однако в ситуации прибыльности данного проекта все преимущества относились бы на это контролирующее лицо. Избранная контролирующим лицом процедура финансирования уже в момент ее выбора приводила

к очевидному дисбалансу прав должника (его учредителей, контролирующего лица) и прав независимых кредиторов.

При таких обстоятельствах на основании п. 4 ст. 1 ГК РФ суд признал требование контролирующего лица подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты».

Комментарий к п. 9

ВС РФ в этом пункте затрагивает фундаментальные вопросы формирования уставного капитала, финансирования общества в начальный период деятельности и недостаточной капитализации. Рассмотрим их подробнее.

Формирование уставного капитала участниками юридического лица

Участники (акционеры) объединяются для целей совместного ведения бизнеса и непременно формируют в результате некий **стартовый капитал юридического лица**. Вполне справедливо законодатель закрепляет соответствующую обязанность участника участвовать в образовании имущества корпорации **в необходимом размере** в порядке, способом и в сроки, которые предусмотрены законодательством или учредительным документом корпорации (абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ).

Обращает на себя внимание то, что в этой норме законодатель говорит о необходимом размере капитала, который должны образовать участники. В связи с этим возникает закономерный вопрос, имел ли он в виду под необходимым капиталом минимальный размер уставного капитала или же достаточный капитал, необходимый для осуществления обществом своей деятельности. Очень часто эти показатели могут не совпадать. Как отмечается в немецкой литературе, в результате может возникнуть разрыв между фактическим размером капитала («*Ist*»-*Kapitalausstattung*) и необходимым размером капитала, соответствующим характеру и объему деятельности («*Soll*»-*Kapitalausstattung*)¹⁷⁵.

Юридическое лицо должно иметь достаточный капитал для ведения предполагаемой им деятельности, иначе утрачивается всякий смысл в создании юридического лица в виде обособления определенного имущества. В Германии указывают, что создание компании с недостаточной капитализацией для осуществления своей деятельности неизбежно влечет «экономический шок» («*wirtschaftlicher stoß*») в виде последующего банкротства¹⁷⁶. Таким образом, подобное юридическое лицо является как минимум опасным для кредиторов¹⁷⁷.

¹⁷⁵ См.: Baumbach A., Hueck A., Hrsg. Kommentar zum GmbHG. 20. Auflage. München, 2013. § 5. Rn. 6 (автор комментария — L. Fastrich); Menzel H. Gesellschaftsfremde Dritte im Eigenkapitalersatzrecht und im Recht der Gesellschafterdarlehen Universität zu Köln. Dissertation. Köln, 2015. S. 7.

¹⁷⁶ См.: Weitnauer W. Financial (Re)structuring: Maßnahmen zur Eigenkapitalstärkung // Festschrift für Karl Peter Mailänder zum 70. Geburtstag am 23. Oktober 2006. Berlin, 2006. S. 466.

¹⁷⁷ См.: Суханов Е.А. Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве // Вестник гражданского права. 2012. № 2. С. 4–35.

ВС РФ в п. 9 Обзора справедливо ссылается на абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ, имея в виду, что участник корпорации обязан участвовать в образовании ее имущества именно в необходимом размере.

В последние десятилетия складывалось впечатление, что в российском правовом порядке требование минимального размера уставного капитала на самом деле является требованием о достаточности такого капитала для ведения предпринимательской деятельности любого масштаба, поскольку зачастую к внесению уставного капитала относятся как к формальности, очередному бюрократическому препятствию, которое необходимо преодолеть. Дальнейшее же финансирование в случае необходимости может осуществляться посредством займов. Кроме того, нельзя не отметить, что уставный капитал рассматривается как препятствие к созданию стартапов.

Если воспринимать участников гражданского оборота как рациональных субъектов и максимизаторов собственной прибыли, как это проповедуют сторонники *Law and Economics*, то это объяснимое явление. Участники юридического лица ожидаемо стремятся минимизировать свои риски, снижая долю более рискованного капитала (в виде собственного (уставного) капитала) на менее рискованный — заемный (внешний)¹⁷⁸.

ВС РФ верно отмечает, что если «это было сделано с единственной целью — перераспределения риска утраты крупного вклада на случай неуспешности коммерческого проекта, повлекшей банкротство подконтрольной организации», то требования такого контролирующего лица следует субординировать.

Долгое время в связи с реформой корпоративного законодательства в России велась дискуссия о необходимости увеличения размера уставного капитала. Не углубляясь в эту тему, отметим лишь, что воз и ныне там. Противники увеличения уставного капитала отмечали, что высокий уставный капитал не уберет от мошенников¹⁷⁹, его средств не хватит на удовлетворение требований кредиторов¹⁸⁰, а также подчеркивали сложность и нецелесообразность поддержания размера чистых активов¹⁸¹.

Сторонники увеличения размера уставного капитала, в свою очередь, указывали, что российский правовой порядок исторически основан на континентально-европейских взглядах на защиту кредиторов путем обеспечения «твердого» капитала (система *ex ante* защиты). Кроме того, приобретение «корпоративного щита» в виде ограниченной ответственности должно допускаться только при внесении достаточных капиталовложений¹⁸². В Концепции развития гражданского законодатель-

¹⁷⁸ См.: *Wüst G. Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH // DStR. 1991. S. 1388–1393.*

¹⁷⁹ См.: *Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 230–235.*

¹⁸⁰ См., напр.: *Степанов Д.И. Для чего необходим минимальный уставный капитал и как определять его уровень? // Вестник ВАС РФ. 2011. № 4. С. 43–65.*

¹⁸¹ См.: *Каранетов А.Г. Указ. соч.*

¹⁸² См., напр.: *Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право.*

ства отмечалось, что «российское законодательство следует европейской правовой традиции, согласно которой наличие «твердого» уставного капитала в хозяйственном обществе является обязательным. В настоящее время нет достаточных оснований отказываться от этой правовой категории, но при ее сохранении следует обеспечить выполнение ею тех функций, для осуществления которых она создана (обеспечение стартового капитала для деятельности общества и гарантии прав кредиторов)»¹⁸³.

В Германии система уставного капитала также широко критиковалась¹⁸⁴ под влиянием английских *limited companies*, что даже привело к разработке соответствующего законопроекта об уменьшении размера уставного капитала ООО (*GmbH*) до 10 000 евро. Однако он не был принят, и на сегодняшний день размер уставного капитала в ООО (*Stammkapital*) составляет 25 000 евро, а порядок его внесения подробно регулируется законом (§ 3, абз. 3 § 5, а также § 19–25 Закона об ООО (*GmbHG*)). В акционерном обществе уставный капитал (*Grundkapital*) составляет 50 000 евро.

В соответствующих пояснительных материалах была объявлена цель облегчить создание ООО (*GmbH*) и усилить позиции немецкой корпоративной формы в конкуренции с иностранными образцами (прежде всего английскими)¹⁸⁵. Однако впоследствии от этой идеи отказались, предусмотрев создание предпринимательского общества с ограниченной ответственностью (*Unternehmensgesellschaft haftungsbeschränkt, UG*) без существенных требований к уставному капиталу (1 евро) как более гибкий в этом отношении вариант *GmbH (flexible Variante der GmbH)*, поскольку на него распространяется действие Закона об ООО (*GmbHG*) с исключениями, прямо предусмотренными в § 5a. Отмечалось, что такое решение должно удовлетворять всех¹⁸⁶. Для сторонников упрощения создания и уменьшения размера уставного капитала *GmbH* была предусмотрена соответствующая альтернатива. В то же время требования к «классическим» *GmbH* остались прежними, поскольку указывалось, что уменьшение размера уставного капитала могло бы подорвать доверие к *GmbH*, складывавшееся более 100 лет. Особую удачность такому решению придает то обстоятельство, что в организационно-правовой форме *UG* предусмотрены определенные ограничения, с учетом которых она, по сути, может служить переходным этапом создания полноценного ООО (*GmbH*), в частности:

- такая компания должна в наименовании обязательно содержать *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* или *UG (haftungsbeschränkt)*;
- взносы в уставный капитал возможны исключительно в виде денежных средств;

¹⁸³ См.: п. 4.2.1 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009).

¹⁸⁴ См.: Münchener Kommentar zum GmbHG (GmbHG). München, 2015. Rn. 23–24 (автор комментария — C. Schwandtner).

¹⁸⁵ См.: BT-Drucks. 15/5673. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG). URL: <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien>.

¹⁸⁶ Ibid.

- в законодательстве предусмотрена обязанность резервирования 1/4 годовой прибыли общества, которая может использоваться в строго указанных в законе целях (в том числе для увеличения уставного капитала).

Если уставный капитал будет увеличен до 25 000 евро, то все ограничения снимаются и общество становится полноценным ООО (*GmbH* (абз. 5 § 5a Закона об ООО (*GmbHG*))).

Однако, руководствуясь примерно теми же мотивами, а именно повышением привлекательности ООО (*GmbH*) как организационно-правовой формы юридического лица, в Австрии в 2013 г. все же снизили размер уставного капитала с 35 000 до 10 000 евро (абз. 1 § 6 Закона Австрии об ООО (*GmbHG*)), утверждая, что компании на практике регулярно полагаются на значительно меньшие капитальные ресурсы¹⁸⁷. Вместе с тем при обсуждении возможности полного отказа от требования минимального капитала было указано, что уставный капитал играет роль обеспечения порога серьезности (*Seriositätsschwelle*), обеспечивает подушку безопасности на начальных этапах бизнеса (*Risikopuffer*) и получение привилегии ограниченной ответственности не должно быть слишком легким¹⁸⁸.

Пример США показывает, что, действительно, корпоративное право может справляться и без института уставного капитала. Некоторые американские комментаторы называют уставный капитал реликвией XIX в.¹⁸⁹ Так, они отмечают: «Уставный капитал — это всего лишь случайная цифра, которая может быть взята как из телефонного справочника, так и из серии несвязанных и иррелевантных исторических событий»¹⁹⁰.

Как справедливо указывает В. Шон, очевидно, что требование поддержания минимального размера уставного капитала не защищает кредиторов¹⁹¹. В немецкой литературе совершенно откровенно отмечают, что **полная защита интересов кредиторов не является целью института уставного капитала**¹⁹². Он вовсе не предполагает замораживание средств ради защиты интересов кредиторов¹⁹³. Вполне справедлив тезис о том, что кредиторы сами должны позаботиться о своих интересах, выгово-

¹⁸⁷ См.: Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 — GesRÄG 2013). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_02356/index.shtml.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Manning B., Hanks J.J. Jr. Legal Capital. Sunderland, 1990.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ См.: Schoen W. The Future of Legal Capital // European Business Organization Law Review. 2004. Vol. 5. No. 3. P. 429–448.

¹⁹² См., напр.: Bork R., Schäfer C. Kommentar zum GmbHG § 5 Stammkapital; Geschäftsanteil GmbHG. 3. Auflage. Köln, 2015. Rn. 5 (автор комментария — C. Schäfer); Ziemons H., Jaeger C. BeckOK GmbHG-Kommentar. 33. Auflage. München, 2017. § 5. Rn. 17–21 (автор комментария — H. Ziemons); Münchener Kommentar zum GmbHG. 2. Auflage. München, 2015. § 5. Rn. 27–31 (автор комментария — C. Schwandtner).

¹⁹³ См.: Braunschweig V. Op. cit. S. 32.

рив для себя соответствующие обеспечения исполнения обязательств (за исключением кредиторов по деликтам)¹⁹⁴.

ВС РФ в п. 9 Обзора прямо говорит о том, что уставный капитал «не выполняет гарантирующую функцию». Большой размер уставного капитала косвенно защищает кредиторов тем, что на рынок выходит игрок с серьезными намерениями, готовый рисковать значительной суммой. Это приведет к тому, что его бизнес-модель будет тщательно проработана и оно с меньшей степенью вероятности станет банкротом. Косвенно это подтверждается тем, что в юрисдикциях с высоким уставным капиталом меньший процент так называемых фирм-однодневок. Вместе с тем высокий уставный капитал ограничивает доступ к рынку возможно активных игроков, которые могли бы раскрутить бизнес с нуля.

С нашей точки зрения, уставный капитал обеспечивает лишь внесение определенного уровня финансирования на старте (*Kontrollgröße*) и ограничение распределения прибыли в отношении участников неким уровнем чистых активов впоследствии (*Rechengröße*)¹⁹⁵. Требование поддержания размера уставного капитала обеспечивается только путем пресечения распределения прибыли между участниками до достижения определенного уровня чистых активов (помимо функции определения количества голосов и т.п.). Образно говоря, институт уставного капитала выполняет роль некоего сосуда, который должны наполнить участники ради получения возможности распределить излишки в свою пользу. Задача не состоит в том, чтобы обозначенная в законе сумма всегда была в резерве компании. Средства, внесенные в качестве уставного капитала, могут быть использованы полностью после их внесения без каких-либо ограничений. Факт указания высокого уставного капитала в учредительных документах не гарантирует наличия эквивалентного имущества для кредиторов. Соответственно, это обстоятельство является негодным упреком, который высказывают в адрес института уставного капитала некоторые ученые¹⁹⁶. Американский правопорядок для этих целей использует функциональный аналог в виде «теста на состоятельность» (*solvency test*). А. Энгерт доказывает, что этот тест сам по себе значительно хуже защищает кредиторов, поскольку не требует наличия чистых активов свыше нуля¹⁹⁷. Кроме того, в США во многом аналогичную функцию выполняют правила о мошеннических распоряжениях (*fraudulent transfer law*)¹⁹⁸.

Российский Закон об ООО (абз. 3 п. 2 ст. 29) позволяет выплачивать участникам общества прибыль, решение о распределении которой между ними принято, если только на момент выплаты стоимость чистых активов общества не меньше его

¹⁹⁴ См.: Степанов Д.И. Для чего необходим минимальный уставный капитал и как определять его уровень? С. 46; Schoen W. Op. cit.

¹⁹⁵ См.: Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 5. 3. Auflage. München, 2017. Rn. 8–9 (автор комментария — S. Leitzen).

¹⁹⁶ См.: Каранетов А.Г. Указ. соч.

¹⁹⁷ См.: Engert A. Life without Legal Capital: Lessons from American Law: Working Paper. 2006. P. 19–25. URL: <https://ssrn.com/abstract=882842>.

¹⁹⁸ Ibid. P. 25–40.

уставного капитала и резервного фонда или станет меньше их размера в результате выплаты. Таким образом, участники ООО могут распределять прибыль, если стоимость чистых активов составляет 10 000 руб., даже если для осуществления уставной деятельности необходимо намного больше ресурсов. Это приводит к очевидным злоупотреблениям путем распределения прибыли и в лучшем случае их последующего внесения в качестве займа. Судам ничего не остается, как назвать это искусственным кругооборотом денежных средств, злоупотреблением правом и мнимыми сделками¹⁹⁹.

Таким образом, минимальный размер уставного капитала законодательно обеспечивает определенный уровень инвестиций в виде собственного капитала, ибо уставный капитал сама по себе лишь цифра, зафиксированная в уставе и реестре²⁰⁰. Очевидно, что он должен зависеть напрямую от масштабы конкретного бизнеса, сферы деятельности и т.д. Поэтому, по справедливому замечанию немецких исследователей, уставный капитал не обеспечивает адекватную масштабу бизнеса капитализацию, поскольку это всегда определяется индивидуально²⁰¹, а служит неким «порогом серьезности» (*Seriositätsschwelle*)²⁰².

Задача законодателя состоит лишь в том, чтобы попытаться найти нижнюю границу, которая соответствует минимально необходимому размеру средств для ведения наименее капиталоемкой деятельности в экономике. Безусловно, не помешали бы экономические исследования относительно того, каков минимальный уровень стартового капитала, который необходим для осуществления предпринимательской деятельности. Смеем предположить, что 10 000 руб. не соответствуют этому показателю в большинстве случаев.

Таким образом, размер уставного капитала, с нашей точки зрения, необходим прежде всего для того, чтобы определить тот минимальный уровень инвестиций в виде собственного капитала, который нужен для осуществления предпринимательской деятельности. Причем он может быть израсходован хоть на следующий день. И это вполне нормальное явление, и при этом общество будет являться вполне платежеспособным. Из этого вовсе не следует вывод, что уставный капитал не нужен или что его не надо увеличивать. Кроме того, он выполняет важную сигнализирующую функцию в том смысле, что показывает кредиторам, каким уровнем капитала рискнули сами владельцы бизнеса.

Из вышеизложенного очевидны вредность и неработоспособность нормы п. 4 ст. 30 Закона об ООО (п. 6 ст. 35 Закона об АО), в соответствии с которой если стоимость чистых активов общества останется меньше его уставного капитала по окончании финансового года, следующего за вторым финансовым годом или каждым последующим финансовым годом, по окончании которых стоимость чистых

¹⁹⁹ См.: определение ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1) по делу № А32-19056/2014.

²⁰⁰ См.: Глушецкий А.А. Уставный капитал хозяйственного общества: экономический анализ норм корпоративного права // Вестник гражданского права. 2020. № 2. С. 217–278.

²⁰¹ См.: Wüst G. Op. cit. S. 1388–1393.

²⁰² См.: Weber H.-J., Lepper M. Das eigenkapitalersetzende Darlehen des GmbH-Gesellschafters // DStR. 1991. S. 980.

активов общества оказалась меньше его уставного капитала, то общество не позднее чем через шесть месяцев после окончания соответствующего финансового года обязано принять одно из следующих решений: 1) об уменьшении уставного капитала до размера, не превышающего стоимость его чистых активов; 2) о ликвидации общества.

Это правило известно некоторым европейским странам (*recapitalization rule*; the «*Recapitalize or Liquidate*» Rule) (Франция, Италия, Швеция, Испания)²⁰³. Европейская директива императивно закрепления подобного правила не требует (ст. 38 Директивы от 25.10.2012 2012/30/EU)²⁰⁴. Учеными оно рассматривается как неэффективный механизм²⁰⁵. Во-первых, это правило плохо соотносится с принципом ограниченной ответственности. Условно говоря, если все компании ему следовали бы, то ни одна из них не дошла бы до банкротства, поскольку до этого она должна была бы попросту ликвидироваться. Во-вторых, оно может спровоцировать злоупотребления мажоритариев, способных внести дополнительный капитал, путем вытеснения миноритарных участников в том случае, когда уровень капитала упадет ниже минимально допустимого, поскольку они получают возможность вытеснить (размыть долю) миноритариев, неспособных внести соответствующий капитал. В-третьих, даже если компания испытывает финансовые затруднения, но не является банкротом (и уровень капитала упал ниже требуемого минимума), а участники не имеют возможности внести дополнительное финансирование, то это ставит таких участников перед нелегким выбором: ликвидировать свою компанию (пока еще платежеспособную) либо привлечь внешнего инвестора, вследствие этого размывая свою долю. Очевидно, что второй вариант будет избираться крайне редко. Требовать ликвидировать компанию в данной ситуации было бы несправедливо. Примечательно, что в связи пандемией COVID-19 действия указанных правил во многих странах, в том числе в России²⁰⁶, было приостановлено²⁰⁷.

Уставный капитал не должен быть направлен на то, чтобы заставлять предпринимателей поддерживать определенный уровень средств на счетах либо в виде имущества. В этой части критика российского законодательства противников увеличения его размера вполне оправданна.

²⁰³ См.: *Enriques L., Macey J.R.* Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules // *Cornell L. Rev.* 2001. Vol. 86. Iss. 6. P. 1201. URL: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol86/iss6/1>.

²⁰⁴ *Luca N., de.* European Company Law. Cambridge, 2017. P. 186.

²⁰⁵ См. об этом: *Enriques L., Macey J.R.* Op. cit. P. 1201–1202.

²⁰⁶ В п. 2 и 3 ст. 12 Федерального закона от 07.04.2020 № 115-ФЗ указано, что снижение стоимости чистых активов ООО или АО ниже размера его уставного капитала по окончании 2020 г. не учитывается для целей применения правила *recapitalize or liquidate*.

²⁰⁷ Действие правила (*recapitalize or liquidate*) было приостановлено в Испании, Италии и некоторых иных странах в связи пандемией COVID-19, см.: *Gurrea-Martínez A.* Insolvency Law in Times of COVID-19. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020. 2020. P. 9. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562685>; Directors' Duties of Financially Distressed Companies in the Time of COVID-19. URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/directors-duties-financially-distressed-companies-time-covid-19>.

Понимая несправедливость нормы, суды вопреки буквальному содержанию закона указывают, что общество не может быть ликвидировано лишь по одному этому (формальному) основанию, и позволяют учредителям принять необходимые меры по улучшению его финансового состояния²⁰⁸. Поэтому полагаем, что упомянутая норма не имеет никакого регулятивного значения и должна быть исключена.

В США, например, нет требований к минимальному уставному капиталу, но предъявляется требование к достаточной (адекватной) капитализации общества. Достаточной капитализацией является «сумма, которая будет сочтена достаточной [для исполнения обязательства] здравомыслящим человеком с обычными знаниями в соответствующей области бизнеса и его рисков с учетом особых обстоятельств, которые существовали на момент учреждения»²⁰⁹. Таким образом, в англо-американских правовых системах исходят из требования достаточной капитализации, не предъявляя при этом конкретных требований к минимальному размеру капитала.

Таким образом, необходимо иметь в виду, что отсутствие требований к минимальному размеру уставного капитала не означает, что участники могут вовсе не вносить какой-либо собственный капитал, поскольку без обособленного имущества не может существовать юридическое лицо.

Недостаточная капитализация

Говоря о финансировании общества, невозможно обойти стороной вопросы недостаточной капитализации. Она бывает двух основных видов. О первой речь идет, когда общество очевидно недофинансировано учредителями в целом (материальная недостаточная капитализация) — ни собственным капиталом, ни внешним (заемным). В такой ситуации возникает почва для обсуждения возможности субсидиарной ответственности участников за подобную заведомую недокапитализацию. Вторая возникает, когда общество профинансировано достаточным капиталом, но размера собственного капитала явно не хватит для осуществления своей основной деятельности, поскольку большая часть финансирования предоставлена в виде заемных средств (номинальная недостаточная капитализация). При этом актуальным становится вопрос субординации заемного финансирования контролирующих лиц. В Обзоре по понятным причинам обсуждается только второй пример, вместе с тем комментируемый пункт дает основания поразмышлять и о первом.

²⁰⁸ См., напр.: постановления АС Московского округа от 19.07.2016 № Ф05-9990/2016 по делу № А41-96797/15; ФАС Московского округа от 29.05.2014 № Ф05-4869/2014 по делу № А41-49369/13; АС Центрального округа от 16.10.2015 № Ф10-3305/2015 по делу № А64-271/2015.

²⁰⁹ См.: *Campbell R.B., Jr. Limited Liability for Corporate Shareholders: Myth or Matter-of-Fact* // 63 Ky. L. J. 23. 1975. Р. 40 (цит. по: *Захаров А.Н.* Некоторые вопросы снятия корпоративной вуали: американский опыт и возможности его использования в российском праве // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 10. С. 32–62).

Материальная недостаточная капитализация

Ситуацию, когда капитала общества недостаточно для осуществления им своей деятельности (исходя из уставных целей, сферы деятельности и т.д.), в Германии называют **материальной недокапитализацией**²¹⁰. Причем не хватать может как собственного капитала, так и внешнего финансирования участников (посредством займов). Она может быть изначальной (во время основания бизнеса) и последующей (*nachträglicher materieller Unterkapitalisierung*). Определение материальной недостаточной капитализации, которое стало классическим, было дано П. Ульмером. Он отмечает: «...недостаточная капитализация имеет место тогда, когда существует очевидная и хорошо распознаваемая для инсайдеров недостаточная капитализация общества (курсив наш. — Р.М., А.Ш.), которая при нормальном ходе бизнеса позволяет ожидать дефолта перед кредиторами со значительно более высокой, чем обычный коммерческий риск, вероятностью»²¹¹.

Верховный суд Германии писал также, что «в законе не может быть указано, что уставный капитал должен определяться в соответствии с уровнем предполагаемой необходимости капитала обществу. Такое положение привело бы к юридической неопределенности. Абзац первый § 5 Закона об ООО (*GmbHG*) содержит в связи с этим требование минимального размера уставного капитала. Это вместе с тем не означает, что капитал общества может быть установлен без учета уровня капитала, необходимого для уставных целей компании»²¹².

Между тем в Германии существуют определенные колебания по вопросу о том, можно ли ставить участнику в упрек тот факт, что он достаточным образом не докапитализировал общество, и если да, то какие должны при этом наступать последствия. Также является дискуссионным вопрос о том, возможна ли в этом случае проникающая ответственность (*Durchgriffhaftung*). Проникающая ответственность в Германии строится в этом случае из телеологической редукции § 13 Закона об ООО (*GmbHG*) как злоупотребление привилегией ограниченной ответственности. С одной стороны, имеется большой объем литературы, где проникающая ответственность в этом случае поддерживается²¹³. С другой стороны, не менее весомая часть отрицает возможность проникающей ответственности только на этом основании²¹⁴. Отмечается также, что проникающая ответственность возможна в ситуации «квалифицированной» или «ясно и четко распознаваемой»²¹⁵ недокапитализации.

²¹⁰ См.: Baumbach A., Hueck A., Hrsg. Op. cit. § 5. Bd. 20. Rn. 620. S. 115 (авторы комментария — А. Baumbach, А. Hueck).

²¹¹ См.: Hachenburg M., Ulmer P. GmbHG. § 30. Großkommentar. 8. Aufl. Berlin, 1992. Rn. 55.

²¹² См.: Bundesgerichtshof Urt. v. 14.12.1959, Az.: II ZR 187/57.

²¹³ См.: Roth G., Altmeppen H. GmbHG. 7. Auflage. München, 2012. § 13. Rn. 142 (автор комментария — Н. Altmeppen); Lutter M., Hommelhoff P. GmbH-Gesetz Kommentar § 13. 18. Auflage. Köln, 2012. Rn. 15 (автор комментария — М. Lutter); и др.

²¹⁴ См.: Baumbach A., Hueck A., Hrsg. Op. cit. § 5 Rn. 6; Schon W. «Zur Existenzvernichtung» der juristischen Person // ZHR. 2004. S. 268–290.

²¹⁵ См.: Hachenburg M., Ulmer P. Op. cit.

В 1977 г. произошла попытка разрешить эту проблему на законодательном уровне. Так, в соответствующих пояснительных материалах²¹⁶ указывается, что в части капитализации компании возникает основополагающий вопрос о том, должно ли общество быть капитализировано необходимым капиталом в соответствии со своими целями и размерами оборотов и в каком объеме.

Далее в них отмечается следующее: «Законопроект уклонился от установления положений, требующих того, чтобы общество было наделено капиталом, соизмеримым с целями и масштабами своей деятельности, хотя в интересах усиления защиты кредиторов такой режим вполне и заслуживал бы внимания. При ближайшем рассмотрении такой подход оказывается нереалистичным даже во время основания общества, поскольку участники юридического лица не могут установить с достаточной степенью уверенности, какой размер собственного капитала необходим для бизнеса, исходя из целей его деятельности и сферы, — это будет ясно только в ходе будущей деятельности. Участники также не могут отслеживать и контролировать это во время деятельности общества. В особенности это невозможно для тех участников, которые не могут отслеживать текущую деятельность общества и участие которых ограничено в основном внесенными инвестициями. Если допустить ответственность участников на основе последующего расчета достаточной капитализации, то это было бы несовместимо с требованиями правовой определенности и в конечном счете могло бы поставить общество с ограниченной ответственностью как таковое под вопрос». Аналогичной по существу позиции придерживались разработчики реформы законодательства об ООО (*GmbHG*) 2008 г.²¹⁷

Определенную черту под этими дискуссиями подвел ВС Германии в 2008 г. в знаменитом деле *Gamma*²¹⁸. Его обстоятельства были таковы. Общество (*GmbH & Co. KG*) испытывало финансовые затруднения. В рамках его санации было принято решение о сокращении штата. Однако по плану было решено временно (на 2 года) трудоустроить 21 работника в специально созданном для этих целей обществе *Gamma*. При этом часть затрат на выплату заработной платы покрывалась государством (*öffentliche Gelder*). Остальную часть выплачивало saniруемое общество (*Remanenzkosten*). План санации потерпел неудачу, и общество обанкротилось. Вслед за ним обанкротилось и общество *Gamma*. Конкурсный управляющий в деле о банкротстве *Gamma* предъявил деликтный иск (§ 826 ГГУ) в отношении трех его учредителей о разрушительном вмешательстве (с учетом дела *TRIHOTEL*²¹⁹ при этом было отмечено, что прямой иск в пользу кредиторов — это исключение,

²¹⁶ См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften // BT-Drucksache 8/1347. URL: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/08/013/0801347.pdf>.

²¹⁷ См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) // BT-Drucksache 16/6140. URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/061/1606140.pdf>.

²¹⁸ См.: BGH, Urt. v. 28.4.2008 — II ZR 264/06. См. об этом: *Kleindieck D.* Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung — GAMMA // NZG. 2008. S. 686; *Veil R.* Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung // NJW. 2008. S. 3264—3266; *Waclawik E.* Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen // DStR. 2008. S. 1486.

²¹⁹ См.: BGH, 16.07.2007 — II ZR 3/04.

а не правило), имея в виду, что общество *Gamma* изначально не было профинансировано достаточным капиталом. Нижестоящие суды поддержали истца.

Дело дошло до ВС Германии, который, вопреки преобладающей позиции ученых, отклонил идею ответственности участников за материальную недостаточную капитализацию и отменил решения нижестоящих судов. Суд сослался на пояснительные материалы, которые были процитированы выше, и указал, что законодатель также отверг эту идею. Так, Верховный суд отмечает в решении: «Ответственность участников ООО (*GmbH*) за недостаточную капитализацию компании — будь то в виде слишком низкого уровня собственного капитала, будь то в виде общего дефицита финансирования в самом широком смысле — не регулируется законом и не признается судебной практикой как основанный на корпоративном праве институт ответственности». Суд также при этом подчеркнул, что законодательство Германии об ООО (*GmbH*) не преследует цели обеспечить создание жизнеспособных (*Lebensfähigkeit*) компаний с точки зрения уровня капитала. Задача состоит лишь в том, чтобы гарантировать минимальную защиту кредиторов. На это направлены нормы о поддержании размера уставного капитала (§ 30, 31 Закона Германии об ООО (*GmbHG*)), обеспечение обязанности своевременной подачи заявления о собственном банкротстве, деликтная ответственность участников в случае разрушительного вмешательства и т.д. Ответственность за недостаточную капитализацию неосуществима, поскольку нет надежного понимания требуемого капитала для бизнеса. Вместе с тем ВС Германии в этом деле допустил прямые деликтные иски работников (поскольку вред причинен напрямую им), которым не было раскрыто финансовое положение компании, в которую их переводили, что повлекло для них негативные последствия.

В комментариях также отмечалось, что иначе над участниками постоянно будет нависать дамоклов меч (*Damoklesschwert*) в виде опасности проникающей ответственности²²⁰.

В Австрии, напротив, допускают проникающую ответственность участников (*Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter*) при так называемой квалифицированной недостаточной капитализации компании²²¹. Так, ВС Австрии указывает: «Значительная часть доктрины в принципе признает справедливой ответственность участников за квалифицированную недостаточную капитализацию. Она имеет место тогда, когда существует очевидная и хорошо распознаваемая для инсайдеров недостаточная капитализация общества, которая при нормальном ходе бизнеса позволяет ожидать дефолта перед кредиторами со значительно более высокой, чем обычный коммерческий риск, вероятностью. Указанная ответственность вытекает главным образом из нормативной цели абз. 2 § 61 Закона об ООО (*GmbHG*), согласно которой ввиду взаимосвязи между защитой капитала и исключением ответственности участников по долгам последнее должно прекратиться, если компания признается недостаточно капитализированной и в силу этого причинение ущерба кредиторам весьма вероятно. Следовательно, исходя из цели нормы для призна-

²²⁰ См.: Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz. § 5. 2. Auflage. München, 2010. Rn. 17–19 (автор комментария — F. Zeidler).

²²¹ См.: Borns W. Einführung in das GmbH-Recht: Leitfaden für GmbH-Geschäftsführer. 2. Auflage. Wien, 2014. S. 5–10.

ния проникающей ответственности за недостаточную капитализацию необходимо установить объективную диспропорцию между необходимым и фактическим размером капитала общества»²²².

В российской литературе этому вопросу, к сожалению, не уделяется серьезного внимания. Например, А.Н. Захаров, исследовав американский опыт регулирования адекватной капитализации, отмечает, что проблема недостаточной капитализации может быть решена путем установления гибкого минимального размера уставного капитала либо прогрессивной шкалы минимального размера уставного капитала для компаний с разным масштабом бизнеса (например, компании с оборотом от 1 до 10 млн руб. должны иметь капитализацию в размере не менее 150 тыс. руб., компании с оборотом от 10 до 20 млн руб. — на уровне не менее 300 тыс. руб. и т.д.). Так, он указывает, что «это решение [гибкий минимальный размер уставного капитала] выражается в установлении зависимости между размером уставного капитала и масштабом и спецификой деятельности корпорации: можно установить обязательный размер уставного капитала в виде соотношения с определенными финансовыми показателями (например, в 10% от показателя *EBITDA* (доходы до уплаты процентов по кредитам, налогов и расходов на амортизацию) или выручки корпорации согласно финансовой отчетности). Поскольку менеджмент корпорации несет личную ответственность за достоверность данных в финансовой отчетности (а при аудите также отвечает и аудитор), строгое соблюдение соотношения «размер уставного капитала — масштаб бизнеса» могло бы стать эффективным средством обеспечения интересов кредиторов и стабильности оборота»²²³.

Предложения автора довольно интересны, однако труднореализуемы, на наш взгляд, поскольку такое законодательное решение вынуждает, по сути, контролировать размер уставного капитала (как минимум относительно правильности расчетов). Прямое законодательное регулирование будет заставлять контролировать исполнение таких норм. Вместе с тем основная идея может быть воплощена в жизнь и без таких изменений законодательства. Относительно предложения о гибком минимальном размере уставного капитала можно отметить, что эту идею следует реализовывать путем *ex post* механизмов. Поскольку минимальный размер устанавливает всего лишь нижнюю границу капитализации бизнеса, при существенном превышении оборотов компании над этой нижней чертой очевидно, что участники должны повышать размер уставного капитала. На сегодняшний день при любом превышении чистых активов компании над уставным капиталом фактически у участников не возникает обязанности его повышать. Можно помыслить ситуацию, когда компания будет иметь капитализацию в миллиарды рублей с минимальным размером уставного капитала. Как можно заметить, закрепить такую прямую обязанность не решились в большинстве зарубежных правовых порядков.

Как известно, функциональным аналогом зарубежной доктрины проникающей ответственности или срывания корпоративных покровов в России является субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц, которая по существу

²²² См.: ОGH 15.12.1994 8 Об 629/92.

²²³ См.: Захаров А.Н. Указ. соч. С. 58.

является деликтной²²⁴. Зададимся вопросом: возможно ли в российском праве привлечение к субсидиарной ответственности за материальную недостаточную капитализацию контролирующих лиц?

С одной стороны, мы понимаем сомнения, которые имеются в немецком порядке. Действительно, нет какой-либо формулы, позволяющей посчитать достаточную капитализацию корпорации²²⁵. Более того, не всегда предприниматели готовы *ex ante* определить, какой объем капиталовложений потребуется в будущем. Тем более это чрезвычайно сложно сделать судьям при рассмотрении конкретного дела *ex post*. ВС РФ также справедливо отмечает, что «по общему правилу в связи с неопределенностью, присущей предпринимательской деятельности, учредителям хозяйственного общества заранее может быть не известно, является ли формируемый ими уставный капитал достаточным или нет».

С другой стороны, иной подход не создает стимулов для внесения капитала на достаточном уровне и провоцирует злоупотребления. На практике не исключены ситуации, когда довольно крупные сделки будут заключаться через некую операционную компанию, которая сама по себе может не иметь ни достаточного капитала, ни имущества и т.д.²²⁶

В соответствии с п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве, если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица, такое лицо несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника. ВС РФ разъясняет, что под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов (ст. 61.11 Закона о банкротстве), следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, иными словами, те, без которых объективное банкротство не наступило бы. Суд оценивает существенность влияния действий (бездействия) контролирующего лица на положение должника, проверяя наличие причинно-следственной связи между ними и фактически наступившим объективным банкротством²²⁷.

Если мы видим в абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ *обязанность участника профинансировать общество достаточным капиталом* (а не минимальным уровнем размера уставного капитала), можно помыслить возможность привлечения к субсидиарной ответственности за недостаточную капитализацию, ибо контролирующее лицо не выполняет свое обязательство (бездействует), если это стало причиной банкротства. Другой вопрос, готовы ли суды решать такие споры, поскольку в таком случае, очевидно, у них пропадает твердая почва под ногами. В целом следует заметить, что за рубежом случаи привлечения к ответственности за недостаточную капитализацию не так многочисленны, если не сказать единичны.

²²⁴ См.: Егоров А.В., Усачева К.А. Указ. соч.

²²⁵ См.: Mübert P. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection — or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection. 2006. ECGI — Law Working Paper № 60/2006. P. 37. URL: <https://ssrn.com/abstract=883625> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.883625>.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ См.: постановление № 53.

Таким образом, нельзя сделать абстрактный вывод о том, что недостаточная капитализация всегда является основанием для субсидиарной ответственности, поскольку, например, у владельца юридического лица может быть эффективный бизнес-план, следуя которому он надеялся преодолеть издержки недостаточной капитализации, в том числе с привлечением кредитных средств. Вместе с тем если недостаточная капитализация была очевидна и не могла быть преодолена в рамках обычной предпринимательской деятельности, а собственник не предпринял никаких разумных и ожидаемых мер для исправления ситуации и именно это стало причиной банкротства, то субсидиарная ответственность уже может появиться на горизонте. Хотя, повторимся, с точки зрения доказывания это будет очень сложный процесс.

Номинальная недостаточная капитализация

Под **номинальной недостаточной капитализацией** (*nominelle unterkapitalisierung*) понимается ситуация, когда в целом общество имеет достаточный капитал, однако если иметь при этом в виду только собственный (уставный) капитал, то его явно недостаточно для осуществления своей уставной деятельности обществом.

ВС РФ в п. 9 Обзора рассматривает именно такую ситуацию. При создании организации учредители снабдили общество минимальным размером уставного капитала, а впоследствии под реализацию крупного проекта по строительству офисного центра контролирующее лицо предоставило организации заем и она приступила к его реализации. В Обзоре размер займа не указывается, но очевидно, что такие займы предоставляются, как правило, на довольно существенную сумму. ВС РФ полагает, что «у учредителей организации не было какой-либо неопределенности относительно рынка и масштабов деятельности нового, созданного ими, участника гражданского оборота. Уже на начальном этапе им *было заведомо известно* (курсив наш. — Р.М., А.Ш.), что организация не имеет возможности вести нормальную предпринимательскую деятельность в сфере создания крупных объектов недвижимости ввиду очевидного несоответствия полученного ею имущества (денежные средства в сумме 10 тыс. руб.) объему планируемых мероприятий (создание офисного центра)».

Указанное звучит абсолютно в унисон тому, что обсуждалось выше: если общество очевидно и заведомо недокапитализировано с точки зрения размера собственного капитала, то имеются основания говорить о том, что его участники не сформировали размер уставного капитала в необходимом размере, как того требует абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ.

С аналогичной ситуацией столкнулся Имперский Верховный суд Германии, когда весь объем необходимого капитала общества был капитализирован посредством займа, за исключением минимально установленного законодателем размера уставного капитала. Суд в результате указал, что «сама по себе идея о возможности создания ООО (GmbH) с размером уставного капитала только 20 000 рейхсмарок (Reichsmark) и путем внесения дополнительных необходимых вложений в размере 130 000 рейхсмарок (Reichsmark) с помощью займов могла бы быть реализована лишь в результате злоупотребления этой правовой формой, поскольку собствен-

ных средств ООО (GmbH) изначально было бы недостаточно для осуществления своей деятельности»²²⁸.

В литературе отмечается, что идея субординации требований участников при банкротстве появилась именно как реакция на проблематику номинальной недостаточной капитализации общества²²⁹, поскольку в данном случае нельзя упрекнуть участников в том, что они недофинансировали бизнес должным образом. Упречность их действий заключается лишь в том, что они таким образом существенно меняют баланс интересов в отношениях с внешними кредиторами. Если проект окажется успешным, то все прибыли от его реализации будут отнесены на контролирующее лицо, а если провалится, то такое лицо стремится рисковать наравне с независимыми кредиторами. ВС РФ обращает особое внимание именно на это обстоятельство, подчеркивая, что «избранная контролирующим лицом процедура финансирования уже в момент ее выбора приводила к очевидному дисбалансу прав должника (его учредителей, контролирующего лица) и прав независимых кредиторов».

Отдельно заметим, что в п. 9 Обзора речь идет о лице, контролирующем общество посредством косвенного участия в уставном капитале. Поэтому иногда встречающиеся доводы о том, что требования контролирующего лица субординировать не следует, поскольку у него не было по тем или иным причинам корпоративной возможности увеличить уставный капитал, не должны учитываться.

Таким образом, займы контролирующего лица, предоставленные в начальный период осуществления обществом своей деятельности (необязательно при создании общества, в том числе при начале реализации проекта), могут быть субординированы.

Кроме того, следует иметь в виду, что займы могут также предоставляться под расширение основной деятельности. Вопрос о том, надлежит ли в таком случае понижать в очередности займы контролирующего лица, в Обзоре не решен. Например, применительно к рассматриваемому в Обзоре случаю можно помыслить, что общество начнет строить второй или сразу еще несколько офисных центров, под которые также будут предоставлены займы. В сущности, казалось бы, для целей субординации не имеет значения, была ли это изначальная (при начале осуществления проекта) либо последующая недокапитализация (при существенном расширении при реализации проекта), — подход должен быть одинаков: займы, предоставляемые под расширение бизнеса, также должны субординироваться.

Возникающее противоречие с п. 2 Обзора (очередность удовлетворения требования кредитора не может быть понижена лишь на том основании, что он относится к числу аффилированных с должником лиц, в том числе его контролирующих) не должно решаться в его пользу. Иными словами, п. 9 Обзора способен полностью поглотить сферу и без того узкого применения п. 2, что еще раз убеждает нас в том, что комментируемый Обзор провозглашая мягкую субординацию, на самом деле

²²⁸ См.: RG, Urteil v. 13. Januar 1941 — II 88/40.

²²⁹ См.: *Braunschweig V. Op. cit.* S. 37.

тяготеет к жесткой. В известном смысле отмеченные пункты Обзора являют собой первый закон диалектики — единства и борьбы противоположностей. Только развитие практики в данном случае может показать нам, увидят ли суды эту тонкость Обзора, поскольку ВС РФ развел два отмеченных пункта, не отдав явного предпочтения ни одному из них. В любом случае в перспективе одному из пунктов придется уступить другому во имя правовой определенности.

Пока же владельцам бизнеса можно порекомендовать снабжать подконтрольные общества уровнем уставного капитала, примерно сопоставимым с минимальными размерами общих капиталовложений, необходимых для финансирования при реализации проекта. Потому случай, когда диспропорция между общими капиталовложениями в бизнес-проект и размером уставного капитала будет абсолютно очевидной (например, 10 тыс. уставного капитала и 1 млрд займов), будет явным претендентом для применения п. 9 Обзора.

«10. Если предоставление займа лицом, контролирующим должника, в условиях кризиса последнего было обусловлено наличием соглашения займодавца с не связанным с должником мажоритарным кредитором, очередность удовлетворения требования контролирующего лица не понижается при условии, что данным соглашением не были нарушены права и законные интересы миноритарных кредиторов, не участвовавших в этом соглашении.

В условиях имущественного кризиса должника контролирующая его компания и мажоритарный кредитор, не связанный с должником, пришли к соглашению о том, что в целях реализации плана по преодолению кризиса контролирующее лицо предоставит должнику компенсационное финансирование.

После этого контролирующее лицо предоставило должнику несколько займов.

Однако должник не сумел преодолеть имущественный кризис (несмотря на полученное компенсационное финансирование), и в отношении него было возбуждено дело о банкротстве.

В рамках этого дела компания обратилась в суд с заявлением о включении ее требования в реестр.

Определением суда первой инстанции требования контролирующего лица признаны подлежащими удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты.

Постановлением суда апелляционной инстанции определение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Суд округа названные судебные акты отменил, направив обособленный спор на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Очередность удовлетворения требования контролирующего лица понижается вследствие того, что оно, отклоняясь от стандарта поведения, предусмотренного п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, принимает решение о предоставлении компенсационного финансирования на свой риск, относя на себя в том числе риск утраты данного финансирования на случай объективного банкротства. По общему правилу, в соответствии с п. 1 ст. 2 ГК РФ этот риск не может перекладываться на других кредиторов.

Вместе с тем оснований для отнесения риска невозврата компенсационного финансирования на контролирующее лицо не возникает в ситуации, когда решение о предоставлении компенсационного финансирования, являющееся по своей природе частным случаем досудебной санации (ст. 31 Закона о банкротстве), было согласовано с мажоритарным кредитором и вследствие его реализации положение не участвовавших в принятии данного решения миноритарных кредиторов (п. 3 ст. 308 ГК РФ) не ухудшилось по сравнению с тем, как если бы финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в ликвидационной процедуре.

С учетом изложенного суд округа указал на необходимость проверки при новом рассмотрении спора обстоятельств, касающихся влияния данного плана на положение миноритарных кредиторов».

Комментарий к п. 10

В рассматриваемом пункте Обзора впервые в российском праве признается возможность **заключения внесудебного соглашения о санации**²³⁰. Развитие внесудебных инструментов санации бизнеса можно признать общей тенденцией в мире. Они призваны дать возможность быстрого и раннего доступа к реабилитационным процедурам для должников²³¹, избежав стигмы формальных процедур банкротства.

Так, на уровне ЕС была принята Директива о механизмах превентивной реструктуризации от 20.06.2019²³² (далее — Директива), которая должна быть имплементирована в законодательство всех стран — участниц ЕС. В ситуации, когда компания попадает в трудную ситуацию, т.е. когда вероятность наступления банкротства становится высокой (*likelihood of insolvency*²³³), она может попытаться вне банкротства договориться с кредиторами, предложив им план реструктуризации (кредиторы также могут предложить такой план с согласия должника), созвав соответствующее собрание.

²³⁰ См. об этом: *Eidenmueller H.* Contracting for a European Insolvency Regime. European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 341/2017. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2896340>; *Weijts R.J., de.* Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide. Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-21. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097>; *Tollenaar N.* The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings // *Insolvency Intelligence*. 2017. Vol. 30 (5). P. 65–81. URL: <https://ssrn.com/abstract=2978137>.

²³¹ См.: *Flöther L.F., Wilke A.K.* Auswirkungen des präventiven Restrukturierungsrahmens auf die Insolvenzantragstellung // *NZI-Beilage*. 2019. S. 80.

²³² Directive (EU) 2019/1023 of European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency).

²³³ Более чем 50%-ная вероятность, что должник обанкротится на основе показателей выручки (*cash flow*) в течение обозримого будущего (например, в течение года). См.: *Eidenmueller H.* Contracting for a European Insolvency Regime. European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 341/2017. P. 279.

Концепция внесудебной санации основана на минимальном привлечении каких-либо юрисдикционных (судебных) структур. Приглашение некоего антикризисного управляющего по общему правилу не является обязательным (п. 2 ст. 5 Директивы). Должник может попросить суд ввести мораторий на исполнительное производство (*stay of individual enforcement action*) для обеспечения переговоров с кредиторами относительно плана реструктуризации (ст. 6 Директивы). В этот период также не могут возбуждаться формальные процедуры банкротства (п. 2 ст. 7 Директивы). При этом голосование кредиторов за план реструктуризации должно осуществляться по классам кредиторов (как минимум отдельно должны голосовать обеспеченные и не обеспеченные кредиторы) (п. 2 ст. 9 Директивы)²³⁴. План может быть одобрен по общему правилу, если за него проголосует большинство кредиторов в рамках каждого класса, чьи интересы им затрагиваются (*affected parties*) (п. 6 ст. 9 Директивы). В случае отсутствия такого одобрения план может быть утвержден судом, если хотя бы один класс кредиторов его одобрит (при имплементации странами может быть предусмотрена необходимость одобрения более одного класса кредиторов) (*cross-class cram-down*) (ст. 11 Директивы). В таком случае может применяться правило относительного приоритета (*Relative Priority Rule*: класс кредиторов, проголосовавший против утверждения плана, будет удовлетворяться по крайней мере предпочтительнее, чем иные кредиторы равного класса кредиторов и более приоритетно, чем любые младшие классы кредиторов) или правило абсолютного приоритета (*Absolute Priority Rule*: класс кредиторов, проголосовавший против утверждения плана, должен в полном объеме получать удовлетворение перед иными более младшими классами кредиторов) (п. 2 ст. 10 Директивы). В последнем случае суд не утвердит план реструктуризации, который отклоняется от установленной законом очередности удовлетворения в ущерб классу кредиторов, проголосовавшему против него.

Важно заметить, что план реструктуризации распространяется только на тех кредиторов, которые принимали участие в собрании и имели возможность проголосовать за него (*involved parties*) (п. 2 ст. 15 Директивы). При этом в п. 2 ст. 9 Директивы отмечается, что кредиторы, чьи интересы затрагиваются планом (*affected parties*), должны получить возможность голосовать за его утверждение. Указанное должно способствовать тому, чтобы должник сделал все возможное, чтобы собрать всех своих кредиторов и дать им возможность участвовать в утверждении плана²³⁵. Ученые в целом сходятся во мнении, что было бы неоправданно связывать кредиторов, которые даже не имели возможности участвовать в голосовании за план реструктуризации²³⁶. Единственный вариант связать всех кредиторов — это формальные процедуры банкротства. Однако одновременно отмечается, что нельзя поощрять пассивность кредиторов и отказ от участия в согласовании внесудебного плана реструктуризации, потому что это мешает достичь цели Директивы, которая заключается в том, чтобы максимально помочь должнику договориться с кредиторами²³⁷.

²³⁴ Однако это не исключает формирования и иных классов кредиторов при условии, что они будут формироваться исходя из существенной общности их интересов (*sufficient commonality of interest*).

²³⁵ См.: Skauradszun D. Ein Umsetzungskonzept für den präventiven Restrukturierungsrahmen // Zeitschrift für Insolvenzrecht. 2019. S. 161–192 (S. 18).

²³⁶ См.: Skauradszun D. Op. cit.

²³⁷ См.: Richter T., Thery A. Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down. INSOL Europe. 2020. P. 11. URL: <https://ssrn.com/abstract=3575511>.

Поэтому во вводных положениях (преамбуле) Директивы (п. 64) указано, что страны-участницы свободны в решении вопроса о том, как поступать с кредиторами, которые «были надлежащим образом уведомлены, но не приняли участия в процедурах».

Вне банкротных процедур по общему правилу действует принцип свободы договора — кредиторам не может быть навязано какое-либо соглашение против их воли (*Konsensprinzip*)²³⁸. Однако полагаем, что если должник попадает в трудную экономическую ситуацию (имущественный кризис), то следует допускать возможности его санации посредством заключения внесудебного соглашения, связывающего всех кредиторов.

По существу, в данном случае субординация требований контролирующих лиц становится катализатором развития реабилитационных процедур. За рубежом отмечается, что поскольку новое финансирование является одним из ключевых элементов успешной реализации плана реструктуризации, то предоставление таких средств необходимо поощрять. Так, видные европейские ученые, описывающие лучшие практики реструктуризации, пишут, что необходимо **стимулировать предоставление такого финансирования**, в том числе может рассматриваться равное удовлетворение контролирующих лиц (приоритизация), предоставивших финансирование в рамках такого плана²³⁹. В частности, в ст. 17 Директивы предусмотрены положения, призванные защищать промежуточное (*interim*) и новое (*new*) финансирование в рамках реструктуризации. Такому финансированию может быть предоставлен приоритет в банкротстве²⁴⁰.

Основой для формулирования п. 10 Обзора стало дело ВС РФ «Анкор Девелопмент»²⁴¹, в котором между независимым кредитором и мажоритарным участником было заключено соглашение о несубординации (ст. 309.1 ГК РФ). Вместе с тем такая позиция была не свободна от критики.

Во-первых, в этом деле Верховным Судом РФ была применена ст. 309.1 ГК РФ о договорной субординации. Прежде всего такой подход вызывал вопросы относительно того, каким образом эта позиция соотносится с разъяснениями, содержащимися в п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 о том, что такие соглашения не влияют на установленную в Законе о банкротстве очередность. Более того, названный подход не соответствовал основополагающему принципу обязательственного права — обязательство не может создавать обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц) (п. 3 ст. 308 ГК РФ)²⁴².

²³⁸ См.: Flöther L.F., Wilke A.K. Op. cit. S. 8.

²³⁹ См.: Stanghellini L., Mokai R., Paulus C.G. et al. Best Practices in European Restructuring — Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law. Wolters Kluwer. Milan, 2018. P. 62.

²⁴⁰ Подробнее об этом см.: Kokorin I. Intra-group financial support in a crisis: between rescue and abuse. URL: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Ilya%20Kokorin%20Intra-group%20finance_PIII%20Prize%20submission.pdf.

²⁴¹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031.

²⁴² Подробнее об этом см.: Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования.

Соглашение, основанное на ст. 309.1 ГК РФ, не может влиять на кредиторов, не являющихся его стороной. Между тем в определении по упомянутому делу ВС РФ не обсуждает, как такое соглашение влияет на права миноритарных кредиторов и, соответственно, связывает ли оно всех кредиторов (если требование не субординируется в банкротстве вопреки общему правилу, то это не может не влиять на всех кредиторов).

Во-вторых, ВС РФ в этом деле фактически уравнивал положение независимого кредитора (банка), имеющего кредитные ковенанты, и мажоритарного участника, назвав их соинвесторами. При этом, как представляется, ВС РФ в данной ситуации не учел, что банк не мог на равных с мажоритарным участником извлекать прибыль из бизнеса, ограничиваясь комиссиями и процентами по кредитному договору (см. об этом комментарий к п. 11 Обзора).

В связи с изложенным в п. 10 Обзора Верховным Судом РФ был сделан небольшой шаг на пути признания в российском праве возможности заключения внесудебного соглашения о санации (*out of court restructuring plan*). Соглашение между мажоритарным независимым кредитором и контролирующим должника лицом названо «по своей природе частным случаем досудебной санации (ст. 31 Закона о банкротстве)». Таким образом, соглашение о внесудебной санации, предусмотренное в п. 10 Обзора, не является межкредиторским соглашением (ст. 309.1 ГК РФ), подчиненным общим правилам обязательственного права.

В отличие от положений Директивы ЕС, в соответствии с которыми необходимо созвать собрание кредиторов и проголосовать с учетом соответствующих классов кредиторов, в Обзоре предлагается подход, согласно которому достаточно договориться с мажоритарным кредитором. Такой план будет связывать всех кредиторов должника. Следует отметить, что указание о возможности договориться с мажоритарным кредитором не означает, что должник не может собрать кредиторов и утвердить план санации на таком собрании большинством голосов от всех кредиторов должника. Предлагаемое разъяснение обусловлено скорее тем, что на практике собрать всех кредиторов является практически нереализуемой задачей, в том числе в связи с низкой готовностью кредиторов в России рассматривать реабилитационные механизмы. Также полагаем оправданным распространение плана санации на всех кредиторов, поскольку в ином случае его эффективность существенно снижается. Во имя эффективности реабилитационной процедуры в некоторой степени приходится жертвовать правом каждого кредитора участвовать в его утверждении. Однако для целей смягчения указанного подхода, возможно, следует требовать от должника подтверждения того, что он действительно пытался привлечь всех кредиторов для утверждения плана санации, но они отказались или никак не отреагировали (помимо мажоритарного кредитора).

Таким образом, поскольку соглашение о внесудебной санации связывает всех кредиторов, оно может признаваться судом таковым, если только оно не нарушает права и законные интересы миноритарных кредиторов, не участвовавших в этом соглашении (по аналогии с мировыми соглашениями в формальной процедуре банкротства). ВС РФ отмечает, что права таких кредиторов не нарушаются, если их положение не ухудшилось по сравнению с тем, как если бы финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в лик-

видационной процедуре (*liquidation value*). В упомянутой Директиве ЕС для целей преодоления позиции несогласных кредиторов (*cram down*) предусмотрено аналогичное решение (*the «best interest of creditors test»*): этот тест означает, что ни один несогласный кредитор не будет поставлен в худшее положение в соответствии с внесудебным планом о реструктуризации, чем если бы была применена обычная очередность по национальному праву, как в случае ликвидационной процедуры в результате продажи по частям или продажи предприятия в целом, так и в случае лучшего альтернативного сценария (*next-best-alternative scenario*), если план не был утвержден (подп. 6 п. 1 ст. 2 Директивы). Применение этого теста, конечно, довольно сложная задача, которая требует от суда глубокого погружения и анализа экономической составляющей соглашения²⁴³.

Важно заметить также, что Директива предусматривает **судебное подтверждение** (*confirmation of restructuring plan*) внесудебного плана реструктуризации (ст. 10), хотя оно требуется не во всех случаях. При утверждении плана суд проверяет наличие реальных оснований рассчитывать на восстановление платежеспособности должника.

Однако в силу отсутствия на сегодняшний день процессуального механизма подтверждения плана реструктуризации в российском праве возникает **проблема игнорирования такого плана несогласными кредиторами** (*problems of holdouts and free riders*). Не участвовавший в соглашении кредитор может попытаться взыскать долг и возбудить дело о банкротстве должника. Как представляется, в таком случае суд, рассматривая обоснованность заявления миноритарного кредитора о признании должника банкротом (ст. 48 Закона о банкротстве), должен **проверить разумность плана** (должник вправе возражать против введения процедуры, ссылаясь на внесудебный план реструктуризации). Если суд решит, что план экономически реалистичен и не нарушает интересы кредиторов, не являющихся его стороной, то он должен **отказать во введении процедуры** вне зависимости от наличия формальных оснований для возбуждения дела о банкротстве, тем самым в судебном порядке **подтвердив обязательность такого плана для всех кредиторов**²⁴⁴. Таким образом, имеется только *ex post* контроль, который, следует признать, может вызывать правовую неопределенность на практике.

Итак, можно констатировать, что ВС РФ сделал лишь маленький шаг на пути выстраивания в российском праве внесудебной процедуры санации должника. Многие элементы этого института в российском праве пока не развиты. Однако п. 10 Обзора является зачатком института внесудебной реабилитации, что дает надежду на дальнейшее его развитие. Отрадно в целом, что решение Обзора предлагается закрепить в Законе о банкротстве в рамках законопроекта Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве²⁴⁵. Вместе с тем законопроект не решает те сложные вопросы, которые обсуждались нами выше.

²⁴³ Это признается и в зарубежной литературе, см.: Eidenmueller H. Op. cit. P. 283.

²⁴⁴ О судебной практике судов Нидерландов см.: Кокорин И.В. Один за всех и все за одного: предотвращение банкротства и пределы свободы договора // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 2. С. 32–44.

²⁴⁵ См.: подп. 1 п. 4 ст. 137.1 Закона о банкротстве в редакции законопроекта Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве.

«11. Наличие у кредитора, предоставившего должнику финансирование, права контролировать деятельность последнего для обеспечения возврата этого финансирования не является основанием понижения очередности удовлетворения требования такого кредитора, не преследующего цель участия в распределении прибыли должника.

В деле о банкротстве должника банк обратился в суд с заявлением о включении его требования, основанного на кредитном договоре, в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Суд первой инстанции, установив, что кредит был предоставлен в период имущественного кризиса, понизил очередность удовлетворения требования банка. Суд сослался на следующее: кредитная организация контролировала должника, поскольку в силу заключенного с мажоритарным акционером договора залога акций должника она имела право голосовать на общем собрании акционеров соответствующими акциями и осуществлять иные права акционера должника, в том числе на получение информации о его деятельности.

Суд апелляционной инстанции изменил определение суда первой инстанции, включив требование банка в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Основанием понижения очередности удовлетворения требования контролирующего лица является то, что, предоставляя в ситуации имущественного кризиса компенсационное финансирование, это лицо в одностороннем порядке (без участия независимых кредиторов) принимает рискованное решение о способе выхода из сложившейся ситуации, затрагивающее судьбу уже вложенных независимыми кредиторами средств, отклоняясь от стандарта поведения, установленного п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве. Поэтому все возможные риски, связанные с реализацией данного решения, относятся на контролирующее лицо. При этом указанное лицо, предоставляя финансирование, рассчитывает не только и не столько на получение выгоды в виде согласованного в договоре процента за пользование займом, сколько на участие в распределении всей потенциальной прибыли должника, заранее неопределимой и неограниченной.

В данном случае банк, учитывая повышенный риск невозврата выдаваемого им кредита, договорился о предоставлении ему права на участие в управлении деятельностью должника для воспрепятствования возможному выводу активов, создания гарантий использования заемных средств по назначению и т.д., т.е., в конечном счете, для обеспечения исполнения обязательств по возврату кредита и выплате фиксированного процента по нему (ст. 819 ГК РФ).

По смыслу ст. 358.15, 358.17 ГК РФ, ст. 51.6 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о рынке ценных бумаг) в подобных случаях презюмируется отсутствие у кредитной организации цели участия в распределении всей предполагаемой будущей прибыли должника. Кредитор, который ссылаясь на необходимость понижения очередности удовлетворения требования банка, не смог представить ни доказательств обратного (например, доказательств совершения кредитной организацией действий, выходящих за пределы обычных интересов кредитора-залогодержателя), ни свидетельств того, что банк действовал недобросовестно (в частности, навязывал органам управления должника заведомо невыгодные управленческие решения, блокировал принятие явно выгодных решений).

С учетом изложенного суд апелляционной инстанции не усмотрел достаточных оснований для отнесения на банк риска утраты финансирования на случай банкротства и включил его требование в реестр с удовлетворением в третью очередь.

По тем же основаниям в другом деле суд не понизил очередность удовлетворения основанного на кредитном договоре требования банка, которому мажоритарный акционер должника передал в собственность свои акции, указав следующее.

Банк, не связанный с должником, находящимся в ситуации имущественного кризиса, предоставил ему кредит. В это же время банк заключил с мажоритарным акционером договор репо. Исполняя первую часть договора репо, акционер передал принадлежащий ему пакет акций банку. По условиям договора репо его вторая часть подлежала исполнению банком после погашения должником кредита и уплаты процентов.

Суд указал на то, что приобретение банком прав на акции служило для него лишь обеспечением исполнения заемщиком обязательств по уплате установленных кредитным договором платежей, а также гарантией возврата вложенного. По смыслу ст. 329 ГК РФ, ст. 51.3 Закона о рынке ценных бумаг и с учетом условий договора репо упомянутое обеспечение носило временный характер — оно прекращалось при внесении заемщиком всех платежей по кредитному договору (в случае если бы план выхода из кризиса был реализован, то долг был бы погашен, а акции — возвращены первоначальному акционеру во исполнение второй части договора репо). Суд принял во внимание разъяснения о возможности признания обеспечительного характера действий по передаче права собственности, приведенные в п. 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга».

В третьем деле суд не понизил очередность удовлетворения требования кредитной организации, выдавшей кредит в условиях имущественного кризиса должника, несмотря на то, что она имела фактическую возможность контролировать деятельность должника в силу:

отдельных положений кредитного договора, содержащих специальные условия о совершении заемщиком одних действий и о воздержании от совершения других — о согласовании с банком ряда управленческих решений (в частности, о продаже имущества стоимостью свыше 10 процентов от балансовой стоимости активов), о запрете на приобретение заемщиком непрофильных активов и т.д. (далее — специальные условия финансирования);

заключенного банком и мажоритарным акционером должника по правилам п. 9 ст. 67.2 ГК РФ корпоративного договора, согласно которому акционер обязался голосовать против решений, направленных на изменение основного вида деятельности заемщика, о внесении изменений в устав в части расширения полномочий единоличного исполнительного органа, о реорганизации должника, решений об одобрении крупных сделок и сделок с заинтересованностью, не согласованных с банком, проголосовать на общем собрании за включение представителя кредитной организации в состав совета директоров должника и др.

Суд исходил из того, что содержащиеся в кредитном договоре специальные условия финансирования, корпоративный договор с мажоритарным акционером были использованы в качестве обеспечительного механизма надлежащего исполнения заемщиком обязательств по кредитному договору. При этом кредитная организация не преследовала цель участия в распределении прибыли.

В четвертом деле судом установлено, что кредитор, не связанный с должником, предоставил ему заем в ситуации имущественного кризиса заемщика. В целях обеспечения исполнения обязательств по возврату займа и уплате процентов акционеры должника передали займодавцу в залог свои акции (ст. 358.15, 358.16 ГК РФ, ст. 51.6 Закона о рынке ценных бумаг). Ввиду неисполнения должником обязательств по возврату займа кредитор

обратил взыскание на эти акции, что не привело к погашению задолженности в полном объеме.

Впоследствии было возбуждено дело о банкротстве заемщика.

Суд включил требование кредитора о возврате непогашенной части долга в реестр с удовлетворением в третью очередь, указав следующее: обращение взыскания на заложенные акции направлено на получение исполнения, став акционером, кредитор не предоставлял должнику неразумно длительных отсрочки либо рассрочки исполнения заемного обязательства, при этом, по существу, займодавец не имел возможности участвовать в распределении прибыли должника».

Комментарий к п. 11

Институциональные кредиторы (в особенности банки) при кредитовании традиционно заинтересованы в обеспечении своих интересов определенным уровнем корпоративного контроля должника (в зависимости от различных рисков, величины суммы кредита и пр.) посредством различных гражданско-правовых инструментов, среди которых можно отметить: 1) залог долей (акций) заемщика (с правом голоса по отдельным или по всем вопросам); 2) кредитные ковенанты (в том числе с условием согласования тех или иных корпоративных решений); 3) корпоративный договор с участием кредитора по правилам п. 9 ст. 67.2 ГК РФ (согласование вопросов (*reserved matters*), направленных на обеспечение надлежащего исполнения обязательств по кредитному договору); 4) делегирование представителя в органы управления должника и т.п.²⁴⁶

Очевидно, что главная цель использования подобных механизмов кредиторами — препятствование выведению активов, обеспечение использования заемных (кредитных) средств по назначению и обеспечение в конечном счете надлежащего исполнения заемщиком своих обязательств по договору. Такие кредиторы, как правило, не заинтересованы в принятии каких-либо бизнес-решений и во вмешательстве в операционную деятельность компании. Более того, если такие кредиторы будут блокировать очевидно выгодные и необходимые для развития бизнеса сделки, то риски привлечения их к субсидиарной ответственности (при условии, что блокирование ключевых решений довело компанию до банкротства) никоим образом не исключаются. Между тем блокирование выгодных для должника сделок фактически означает для кредитора рубить сук, на котором он сидит. ВС РФ делает намек на то, что если банк действует недобросовестно (в частности, навязывает органам управления должника заведомо невыгодные управленческие решения, блокирует принятие явно выгодных решений), то возможны соответствующие правовые последствия в виде субординации его требований или привлечения к субсидиарной ответственности.

Вместе с тем в данном случае правопорядок попадает в некоторую серую зону: с одной стороны, нельзя отрицать, что определенный уровень корпоративного контроля у таких кредиторов имеется (в отличие от иных кредиторов, обладаю-

²⁴⁶

См. напр., дело Антипинского НПЗ: постановление АС Западно-Сибирского округа от 10.06.2020 № Ф04-4747/2019 по делу № А70-8365/2019.

ших менее слабой переговорной позицией), с другой стороны, их все же не всегда можно приравнять к участникам (акционерам). Где проходит эта демаркационная линия — ключевой вопрос, который пытался решить ВС РФ в п. 11 Обзора.

В Германии, особенно после рассмотрения Верховным судом ключевого в этом отношении дела²⁴⁷, в котором возник вопрос о применимости правил о капитализации к залогодержателю, развернулась широкая дискуссия о пределах распространения правил о субординации на кредиторов, имеющих существенное влияние на заемщика посредством различных инструментов (кредитные ковенанты, залог доли и т.п.). Заметим, что согласно обстоятельствам этого дела доля в компании была заложена в пользу банка. При этом по условиям договора залога залогодатель был обязан при принятии важнейших решений (*wichtigen Entscheidungen*) получать согласие (*Zustimmung*) банка. Верховный суд указал, что в типичных случаях залога (*«typische» Verpfändung*), когда залогодержатель не имеет права членства в корпорации (*Mitgliedschaftsrechten*), а значит, и большого влияния на управление, правила о капитализации не подлежат применению. Ситуация меняется, если залогодержателю в соглашении о залоге будут предоставлены возможности, которые в результате с экономической точки зрения будут равны возможностям самого участника или по крайней мере приблизят его к позиции участника. Суд здесь признал допустимость применения соответствующих правил. С тех пор ВС Германии всерьез больше не подступался к этой проблеме.

В этом отношении немецкие ученые условно разделились на два лагеря²⁴⁸. Одни из них²⁴⁹ критиковали подход ВС Германии, использованный в указанном решении, отмечая, что если у кредитора не имеется предпринимательского интереса (*Unternehmensinteresse*) и личной заинтересованности в бизнесе заемщика-должника, то его не нужно субординировать, поскольку такой кредитор преследует лишь свои обеспечительные интересы. Такой кредитор не имеет общей с участниками цели и его влияние на бизнес направлено лишь на обеспечение возврата кредита с учетом процентов без получения при этом неограниченной прибыли в случае успеха. Субординация возможна, только если такой кредитор приобретает прямо или косвенно долю в капитале и участвует в прибыли заемщика-должника.

В частности, Х. Эйденмюллер отмечал²⁵⁰, что иной подход будет дестимулировать кредиторов предоставлять финансирование компаниям, находящимся в кризисе,

²⁴⁷ См.: BGH. Urteil v. 13. Juli 1992 — II ZR 251/91.

²⁴⁸ См.: Majic M. Covenants und Insolvenzen: Risiken covenant-gesicherter Kreditgeber im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers. 1. Auflage. München, 2013. S. 31–106.

²⁴⁹ См.: Altmeyer H. Der «atypische Pfandgläubiger» — ein neuer Fall des kapitalersetzenden Darlehens // ZIP. 1993. S. 1677–1684; Krolop K. Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschafts-fremde Dritte // GmbH-Rundschau. 2009. S. 397–399; Hagemeyer A., Bültmann M. Konflikte von Sicherungsinstrumenten und Eigenkapitalersatz bei Projektfinanzierungen durch Banken // WM. 1997. S. 549–555; Runge J. Covenants in Kreditverträgen: Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern. Bank- und Kapitalmarktrecht in Theorie und Praxis. Köln, 2010. S. 150–157; Kästle M. Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen. Berlin, 2003. S. 179–188; Fröh A. Eigenkapitalersatzende Gesellschafterdarlehen // GmbHHR. 1999. S. 842–847; Maesch S., Voß A. Covenants und Eigenkapitalersatz // FB. 2007. S. 1–11; Damnitz M., Degenhardt J. Faktische Geschäftsführung und kapitalersetzende (Bank-) Darlehen bei der AG // WM. 2005. S. 583–588.

²⁵⁰ См.: Eidenmüller H. Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Köln, 1999. S. 388–396.

с целью реструктуризации. Поэтому он полагает, что правила о субординации следует толковать максимально ограничительно, иначе многие банковские инструменты кредитования компаний фактически не будут работать, что едва ли положительно скажется на экономике. М. Дамнитц и Й. Дегенхардт пишут²⁵¹, что если идея субординации будет основываться только на возможности влияния на бизнес заемщика-должника, то критерии определения того, какой уровень влияния на предпринимательскую деятельность заемщика-должника является достаточным для субординации, становятся крайне неопределенными.

Другая часть ученых²⁵² полагает, что участие в капитале и прибыли заемщика-должника не должно играть решающей роли. С их точки зрения, ни наличие предпринимательского интереса, ни прямое или косвенное участие в капитале и прибыли компании-заемщика не являются ключевыми условиями для субординации. Причина субординации заключается в том, что кредитор, имеющий соответствующие инструменты контроля, мог до банкротства определять важнейшие решения должника-заемщика, а следовательно, таким образом контролировал риск его несостоятельности (*vorinsolvenzliche Einflussnahme als Steuerungsinstrument des Insolvenzrisikos*). В связи с этим необходимо принимать во внимание то, в какой степени операционная деятельность должника-заемщика контролировалась кредитором. Если степень влияния была высокой, то необходимо требования такого кредитора понижать в очередности. Поскольку участие в капитале и прибыли заемщика-должника — типичная черта правовой позиции участника, то субординация требований кредиторов, не участвующих в прибыли заемщика-должника, возможна только в том случае, если отсутствие таких прав компенсируется особенно значительным влиянием на управление. Разумеется, сами по себе широкие информационные права такого кредитора не служат основанием для субординации²⁵³.

Таким образом, субординация согласно обсуждаемой точке зрения возможна, если кредитор влияет на операционную деятельность компании-заемщика посредством обширных корпоративных прав (на основании залога, ковенантов и т.п.). Отмечается, что такой кредитор фактически имеет существенный контроль над заемщиком-должником до банкротства и в состоянии контролировать риск его банкротства. В качестве аргумента в пользу того, что участие в прибыли не должно быть ключевым критерием, приводится довод о том, что участники (акционеры) могут фактически не участвовать в прибыли компании, что, однако, не исключает субординацию их требований. Кроме того, кредитор может использовать соответствующие инструменты влияния таким образом, что менеджмент компании будет полностью подчиняться его указаниям, избегая при этом участия в прибыли. Это

²⁵¹ См.: Damnitz M., Degenhardt J. Op. cit.

²⁵² См.: Fleischer H. Covenants und Kapitalersatz // ZIP. 1998. S. 313–321; Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a. 10. Aufl. Köln, 2006 (автор комментария — K. Schmidt); Lutter M., Hommelhoff P. Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a. 16. Aufl. Köln, 2004; Tillmann T. Kreditinstitute als gesellschaftsähnliche Darlehensgeber: Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs des § 32a III 3 GmbHG? // DB. 2006. S. 199; Kampshoff M. Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH // GmbHR. 2010. S. 897–904; Schwintowski H., Dannischewski J. Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftsähnlichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG // ZIP. 2005. S. 840–846; Majic M. Op. cit. S. 31–106.

²⁵³ См.: BGH. Urteil vom 17.02.2011 — IX ZR 131/10.

вряд ли справедливо, учитывая, что такой кредитор полностью контролирует риск несостоятельности посредством своего права влиять на управление.

Целесообразно при этом исследовать, были ли фактически реализованы первоначально согласованные права кредитора в случае нарушения соответствующих ковенантов (и иных подобных условий), поскольку кредиторы нередко отказываются от реализации последствий такого нарушения (например, в виде досрочного истребования кредита), если считают, что в результате риск дефолта по кредиту не увеличился. Это может свидетельствовать о том, что кредитор не контролировал хозяйственную деятельность заемщика-должника до банкротства. Однако риск их реализации может использоваться во время переговоров как существенный рычаг влияния. Таким образом, необходимо основываться не только на согласованных правах кредитора, но и на том, каким образом кредитор фактически их использовал в каждом отдельном случае — в какой степени операционная деятельность заемщика-должника в результате контролировалась кредитором и мог ли менеджер принимать существенные решения самостоятельно.

В США суд также может субординировать требования кредитора, не являющегося инсайдером (таковым может быть банк, имеющий кредитные ковенанты, позволяющие оказывать влияние на должника)²⁵⁴. Однако контроль — не единственная причина, по которой суды в США могут субординировать требования внешнего кредитора. Например, в одном из дел суд субординировал требования банка *Credit Suisse*, поскольку последний предоставил кредит в очевидно бесперспективный и убыточный проект, рассчитывая на будущие высокие доходы (комиссии, проценты и т.п.). Как отмечается в решении суда, «должный due diligence при предоставлении займа в размере 375 млн долл. США практически отсутствовал». Таким образом, поведение банка оценено судом как «выходящее за грани разумного и корыстное, что потрясло совесть суда» (*predatory lending*)²⁵⁵. Это позволяет назвать еще одно основание для субординации: предоставление займа в условиях очевидной неизбежности банкротства²⁵⁶. В частности, в Голландии суды в исключительных случаях могут субординировать требования контролирующих лиц на основе принципов разумности и справедливости, а также норм деликтного права в ситуации, когда контролирующее лицо предоставляет займы подконтрольной организации, заведомо зная, что шансов на ее спасение не имеется²⁵⁷.

ВС РФ концептуально исходит из того, что если кредитор не преследует цель участия в распределении прибыли должника (иными словами, не имеет прямого или косвенного участия в капитале), то его не следует субординировать, т.е. склоняется к первой из

²⁵⁴ См.: *DeNatale A., Abram P. Op. cit. P. 448.*

²⁵⁵ См.: *Credit Suisse v. Official Committee of Unsecured Creditors (In re Yellowstone Mountain Club, LLC)*, 2009 WL 3094930 (Bankr. D. Mont. May 12, 2009).

²⁵⁶ Похожая идея заложена в подп. «е» п. 3 ст. 137.1 Закона о банкротстве в редакции законопроекта Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве.

²⁵⁷ См.: *Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal 10 March 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:1695)*. См. об этом: *Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden: a shareholder loan does not in itself have a subordinated character*. URL: <https://www.stibbe.com/en/news/2015/october/court-of-appeal-arnhem-leeuwarden-a-shareholder-loan-does-not-in-itself-have-a-subordinated-charact>.

приведенных позиций. Нам она представляется также более обоснованной. На наш взгляд, идеология субординации контролирующих лиц стоит, по существу, на двух столпах, при отсутствии хотя бы одного из которых субординация требований таких лиц должна исключаться, — это право контроля и право участия в прибыли заранее неопределенной и неограниченной. Право контроля предполагает возможность принятия бизнес-решений относительно судьбы компании. Если степень контроля не предполагает влияния на операционную деятельность компании, а права обусловлены исключительно намерением препятствовать выведению активов, принятию без согласования с таким кредитором чрезмерной долговой нагрузки и т.п. — это права, наличие которых обусловлено намерением обеспечить возврат кредита (как правило, это согласование изменения устава, совершение крупных сделок и т.п.), то требования такого кредитора по общему правилу не следует субординировать. По сути, это своего рода обеспечительная конструкция, использование которой может объясняться отсутствием иного существенного обеспечения должника либо чрезмерными высокими рисками выведения активов менеджментом. При ином подходе в отсутствие понятного критерия различение внутренних и внешних кредиторов становится крайне затруднительным.

В п. 11 Обзора ВС РФ приводит примеры инструментов корпоративного контроля (договор репо, договор залога, корпоративный договор (п. 9 ст. 67.2 ГК РФ), специальные условия финансирования (ковенанты)), неизменно подчеркивая при этом их обеспечительную направленность. Кроме того, ВС РФ справедливо отмечает, что возможность получения всей информации о деятельности заемщика-должника не может рассматриваться как основание для субординации (например, в силу договора залога акций (долей), информационных кovenантов).

Равным образом требования не могут понижаться в очередности, если кредитор не имеет права участия в прибыли, т.е. его доход от бизнеса должника ограничен фиксированным размером процентов и комиссий. Следует обратить внимание, что, как отмечает ВС РФ, под участием в прибыли понимается возможность получения всех потенциальных доходов от предпринимательской деятельности, заранее неопределимых и неограниченных. Поэтому сам по себе тот факт, что, например, кредит погашается за счет прибыли заемщика-должника, не дает оснований для субординации, если размер направляемой в пользу кредитора прибыли заранее оговорен и известен (в виде процентов, комиссий и т.п.). Эта идея является ключевой в п. 11 Обзора.

На практике довольно распространено использование **мезонинного финансирования**, которое выступает некоей гибридной формой между заемным финансированием и прямыми инвестициями в капитал, когда инвестор, помимо процентов, может извлекать определенный доход от успешности бизнеса. Это обусловлено тем, что такие кредиты, как правило, являются необеспеченными (нередко также предусматривается договорная субординация по отношению к иным долгам) и, соответственно, более рискованными. В данном случае в каждой конкретной ситуации, помимо права на участие в прибыли, нужно оценивать, насколько существенным был уровень контроля такого кредитора над должником.

Любопытно в этом плане дело «Анкор Девелопмент» (определение СКЭС ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031), в котором Суд, по существу, проводит мысль о том,

что положение банка, имеющего существенные кредитные ковенанты, по отношению к должнику не сильно отличается от положения мажоритарного участника — он также может влиять на него, имеет всю полноту информации. Однако при этом суд вместо того, чтобы обсуждать возможность субординации требований банка как кредитора с существенным влиянием на должника, напротив, освобождает от риска субординации не только банк, но и мажоритарного участника. Вместе с тем, как представляется, уравнивать участника и банк, обозначая их соинвесторами, будет неоправданным упрощением в данном случае. Ключевой момент заключается в том, что до конвертации своих требований банк не мог на равных извлекать прибыль из инвестиционного проекта, ограничиваясь комиссиями и процентами по кредитному договору. О каком же равноправном соинвесторстве может идти речь? Однако справедливости ради стоит заметить, что сам факт, что банк планировал конвертировать свои требования, говорит о том, что он, скорее всего, имел существенное влияние на должника и преследовал цель участия в будущей прибыли.

Таким образом, с точки зрения ключевого аргумента в пользу необходимости субординации займов акционеров и иных контролирующих лиц (имеющих право контроля и право участия в прибыли) требования кредитора, не имеющего права получения неограниченного дохода от бизнеса (бенефициарного интереса) и права влияния на принимаемые ключевые бизнес-решения, не должны понижаться в очередности при банкротстве.

Следует принимать во внимание, что, как правило, такие кредиторы предоставляют должникам довольно существенное финансирование. Это значит, что от рынка доступности таких кредитов прежде всего зависят возможности расширения бизнеса, развития производства и т.д. Между тем считается, что имеется прямая зависимость между величиной кредита и уровнем риска. Поэтому вполне объяснимо, что для целей минимизации рисков необходимо значительное обеспечение интересов кредитора. Чем хуже кредиторы будут справляться с минимизацией своих рисков, тем больше будет стоить кредит, а для некоторых категорий должников он может оказаться и вовсе недоступным (в силу того, что, например, свободных от обременений активов в достаточном объеме не имеется). Обращает внимание на это обстоятельство и ВС РФ, говоря о «повышенном риске невозврата выдаваемого им [кредитором] кредита».

С точки зрения экономики субординация (понижение в очередности) таких кредиторов при банкротстве заемщиков-должников может повлечь существенные неблагоприятные последствия, поскольку это дестимулирует использование подобных инструментов корпоративного контроля для защиты своих интересов и минимизации рисков. Вряд ли кредитор решится использовать такие инструменты контроля заемщика-должника, если он будет осознавать, что в случае банкротства не получит ничего, поскольку его не спасет даже наличие иного обеспечения (в виде залога, например). В результате увеличится вероятность невозвратности кредитов и займов (в силу повышения риска вывода активов менеджментом должника и пр.), а значит, и стоимость кредитных ресурсов, что может неблагоприятно сказаться на рынке корпоративного кредитования.

Помимо договорных механизмов влияния на управление (ковенанты в кредитном договоре, договор залога, корпоративный договор), ВС РФ допускает при-

обретение доли (акций) заемщика должника в обеспечительных целях. Важно заметить, что ключевое условие состоит в том, чтобы такое приобретение носило временный характер, а именно прекращалось при внесении заемщиком всех платежей по кредитному договору. Если такой кредитор получит право распределять прибыль как участник (акционер) и воспользуется им, то размер распределяемой прибыли в пользу такого кредитора должен быть ограничен обязательствами заемщика-должника по кредитному договору. Излишне распределенная прибыль должна быть возвращена заемщику-должнику по аналогии с подходами, сложившимися к обеспечительной собственности²⁵⁸. Иначе возникают основания для субординации требований кредитора. Не случайно в Обзоре делается отсылка к постановлению Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга» в связи обеспечительным характером такой передачи.

В качестве инструмента реализации такого обеспечения приведен договор репо (с исполнением второй части договора репо в виде возврата акций после погашения кредитного договора). Заметим, что аналогичная конструкция может быть структурирована также посредством иных договорных конструкций (например, передача акций (долей) кредитору с заключением колл-опциона заемщика-должника с условием его реализации только в случае погашения кредита).

Более того, помимо обеспечительной цели приобретения акций (долей), возможно также их приобретение для целей санации. За рубежом (Германия, Австрия) приобретение кредитором доли в обществе, находящемся в затруднительной финансовой ситуации (как правило, при наличии оснований для возбуждения дела о несостоятельности), для целей санации является одним из исключений из правил о капиталозамещении — так называемая привилегия санирования (*Sanierungsprivileg*). Она распространяется только на новых участников, приобретших долю участия для целей санации общества (*Sanierungszweck*). В литературе отмечается, что эти правила предназначены для поощрения попыток спасения бизнеса внешними инвесторами²⁵⁹. Таким образом, создаются стимулы для таких инвесторов не ликвидировать своих должников, а пытаться их спасти. Применение указанной привилегии подразумевает, что, во-первых, компания должна с точки зрения третьих лиц иметь санационный потенциал на момент приобретения доли. Во-вторых, приобретатель доли должен иметь определенный план спасения бизнеса (*Sanierungskonzepts*). В-третьих, должны быть предприняты конкретные меры, направленные на эти цели в разумные сроки. При этом санация общества по общему правилу предполагается в течение года с момента покупки доли (*Sanierungsphase*).

Как представляется, ВС РФ приводит пример использования указанной зарубежной концепции привилегии санирования в российском праве: кредитор — залогодержатель доли (либо акций) в случае дефолта обращает взыскание на доли (либо акции) в капитале должника, пытаясь в последующем спасти последнего.

258

См. об этом, напр.: *Егоров А.В.* Залог и обеспечительная передача права: нужна ли обороту конкуренция // Актуальные проблемы частного права: сб. ст. к юбилею П.В. Крашенинникова / отв. ред. Б.М. Гонгало, В. Ем. М., 2014. С. 78–127.

259

См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 81–83.

Очевидно, что для залогодержателя акции (доли) дефолтной компании не являются активом, который можно реализовать. Более того, как отмечает ВС РФ, очевидно, что заимодавец в такой ситуации не будет иметь возможности участвовать в распределении прибыли должника. По существу, залог акций (долей) является инструментом контроля. Соответственно, если кредитор в случае дефолта приобретает право управления компанией (путем оставления акций за собой, приобретения права голоса), следует предполагать, пока не доказано иное, что он пытается спасти такой бизнес. При этом презумпция должна быть опровержимой: если кредитор фактически не предпринимал никаких действий, направленных на санацию должника, и не имел экономически обоснованного плана, то его требования следует субординировать. Эта идея, как представляется, зашифрована в словах «обращение взыскания на заложенные акции направлено на получение исполнения». Таким образом, следует учитывать, имела ли такая компания потенциал санации и предпринимал ли кредитор шаги в этом направлении. Если попытка санации будет успешной, то в результате это пойдет на пользу всем кредиторам, ибо они приобретут гипотетическую возможность удовлетворить свои требования в полном объеме, в то время как в случае неудачи попытки спасения они теряют свои и без того уже обесцененные требования. Поэтому такие попытки правопорядку следует поощрять.

Таким образом, если обращение взыскания на акции (доли) не привело к погашению задолженности в полном объеме, т.е. план спасения не удался, то требования такого кредитора не следует субординировать. Согласно указанной идее правопорядок дает возможность внешнему кредитору попытаться спасти должника, не неся при этом рисков (внутренний кредитор должен рисковать). Такой подход не является свободным от критики, однако имеет под собой определенные политико-правовые основания.

Кроме того, возможна ситуация, когда на момент предоставления займа кредитор не имеет какого-либо контроля, а впоследствии приобретает долю участия (акции) в капитале должника без обеспечительной цели или цели санации²⁶⁰. Приобретая контроль, кредитор, очевидно, перестает быть внешним кредитором. Новые займы, вне сомнений, могут понижаться в очередности при наличии соответствующих оснований (п. 3 и 9 Обзора). Более того, несмотря на общее правило о том, что основания для субординации должны выясняться на момент предоставления займа, в отношении старых займов кредитора (предоставленных до приобретения контроля) также появляются основания для субординации, если он успел воспользоваться преимуществами своего положения и не преследовал цели санации должника²⁶¹. Прежде всего это касается ситуации, когда такой кредитор после приобретения контроля не востребует заем в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, а равно откажется от досрочного истребования или подпишет дополнительное соглашение о продлении срока возврата займа в условиях имущественного кризиса (подп. 3.2 Обзора).

²⁶⁰ См., напр.: постановление АС Северо-Кавказского округа от 18.03.2020 № Ф08-1919/2020 по делу № А53-20723/2019.

²⁶¹ См.: Kübler B., Prütting H., Bork R. (Hrsg.). InsO — Kommentar zur Insolvenzordnung, In 5 Bänden. Band 1. Loseblatt. § 39. Köln, 2017. Rn. 64 (автор комментария — N. Preuß).

«12. Выбор кандидатуры арбитражного управляющего либо саморегулируемой организации арбитражных управляющих определяется решением кредиторов, не являющихся лицами, контролирующими должника или аффилированными с должником.

Конкурсный кредитор обратился в суд с заявлением о признании недействительным решения общего собрания кредиторов должника о выборе кандидатуры конкурсного управляющего. Заявление мотивировано тем, что при определении кворума и подсчете голосов учитывались включенные в третью очередь реестра требования контролирующего должника лица и аффилированных с должником лиц.

Суд первой инстанции в удовлетворении заявления отказал, сославшись на то, что Законом о банкротстве (в том числе положениями ст. 12) не предусмотрено исключение указанных лиц из числа кредиторов, голосующих по вопросам повестки дня.

Суд апелляционной инстанции определение суда первой инстанции отменил.

Федеральный законодатель, дополняя ст. 37 Закона о банкротстве п. 5, установил, что при выборе арбитражного управляющего (саморегулируемой организации) в первой процедуре банкротства мнение должника игнорируется: арбитражный управляющий выбирается конкурсным кредитором — заявителем по делу о банкротстве, а при подаче заявления о банкротстве самим должником — случайным образом. Такое регулирование направлено на обеспечение подлинной независимости управляющего и предотвращение потенциального конфликта интересов, т.е. на устранение каких-либо сомнений по поводу того, что управляющий, предложенный должником, прежде всего будет действовать к выгоде последнего, игнорируя права гражданско-правового сообщества, объединяющего кредиторов.

В дальнейшем решение о выборе арбитражного управляющего (саморегулируемой организации) принимается собранием кредиторов (абзац шестой п. 2 ст. 12 Закона о банкротстве).

Поскольку, по общему правилу, контролирующее должника лицо и аффилированные с должником лица имеют общий с должником интерес, отличный от интереса независимых кредиторов, учет их голосов при последующем выборе кандидатуры арбитражного управляющего (саморегулируемой организации) приводит к тому, что установленный действующим правовым регулированием механизм предотвращения потенциального конфликта интересов не достигает своей цели.

Из этого же исходят и п. 2 ст. 126 и п. 1 ст. 129 Закона о банкротстве, предусматривающие после признания должника банкротом прекращение полномочий акционеров по избранию руководителя должника и передачу полномочий по выбору нового руководителя в виде конкурсного управляющего к компетенции собрания кредиторов.

С учетом изложенного на основании п. 1 с. 6 ГК РФ, абзаца шестого п. 2 ст. 12, п. 5 ст. 37 и ст. 126 Закона о банкротстве суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что решение о кандидатуре арбитражного управляющего (саморегулируемой организации) в ходе любой процедуры банкротства должно приниматься кредиторами, не являющимися лицами, контролирующими должника или аффилированными с ним.

Установив, что учет голосов названных лиц повлиял на результаты голосования, суд апелляционной инстанции признал решение собрания недействительным (п. 4 ст. 15 Закона о банкротстве).

В другом деле суд отклонил возражение об отсутствии юридической силы у решения собрания кредиторов о выборе саморегулируемой организации, основанное на голосовании

за принятие данного решения кредитной организации, имевшей корпоративный договор с мажоритарным акционером должника (п. 9 ст. 67.2 ГК РФ).

В данном случае кредитная организация получила право контролировать деятельность должника только в обеспечительных целях, и поэтому у нее не появился интерес, отличный от интереса кредиторов, не связанных с должником.

Аналогичная ситуация возникает и тогда, когда не связанный с должником кредитор получил в обеспечительных целях корпоративные права в отношении должника либо право контролировать деятельность должника, включив специальные условия финансирования в кредитный договор.

В третьем деле по тем же мотивам суд признал за кредитной организацией, получившей возможность контролировать деятельность должника в обеспечительных целях, право предлагать кандидатуру управляющего при подаче ею заявления о признании должника банкротом».

Комментарий к п. 12

Как мы уже упоминали в общих положениях настоящего комментария, отличительной особенностью российского банкротного права является существенное влияние конкурсных кредиторов на принятие ключевых решений в деле о банкротстве. В частности, к компетенции собрания кредиторов отнесены принятие в деле таких судьбоносных решений, как определение порядка продажи имущества должника (п. 1.1 ст. 139 Закона о банкротстве) и выбор арбитражного управляющего или саморегулируемой организации, из членов которой арбитражным судом утверждается арбитражный управляющий (абз. 6 п. 2 ст. 12 Закона о банкротстве). В связи с этим очередной раз институту субординации приходится решать несвойственную ему задачу **снижения влияния аффилированных лиц на процедуры банкротства** для целей пресечения контролируемого банкротства (ненастоящая субординация).

ВС РФ последовательно пресекает возможности аффилированных лиц предложить своего арбитражного управляющего. Не секрет, что от арбитражного управляющего многое зависит в процедурах банкротства, поэтому избрание удобного для себя управляющего зачастую становится ключевой задачей для кредиторов. Его избрание зачастую воспринимается как главная битва, влияющая на успешность всей процедуры для кредитора.

Возможности перехватывания до банкротства инициативы предложения временного управляющего у иных кредиторов путем частичного погашения долга в порядке ст. 313 ГК РФ последовательно пресекаются ВС РФ (см. дело «Оганер-Комплекс»²⁶² и дело «Аксайское ДРСУ»²⁶³). Одновременно полное погашение независимым кредитором долга перед аффилированным лицом во избежание подконтрольного банкротства, наоборот, поддерживается (дело «Ангарстрой»²⁶⁴).

²⁶² См.: определение СКЭС ВС РФ от 16.06.2016 № 302-ЭС16-2049.

²⁶³ См.: определение СКЭС ВС РФ от 15.08.2016 № 308-ЭС16-4658 (погашение до суммы менее 300 000 руб.).

²⁶⁴ См.: определение СКЭС ВС РФ от 25.01.2017 № 305-ЭС16-15945.

Более того, в п. 27.1 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016), ВС РФ закрепляет генеральную позицию о том, что временным управляющим в деле о банкротстве не может быть утверждено лицо, кандидатура которого предложена кредитором, аффилированным по отношению к должнику. Обосновывается это тем, что поскольку должник и аффилированные с ним лица имеют общий интерес, отличный от интереса кредиторов, то правила п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве подлежат применению по аналогии (п. 1 ст. 6 ГК РФ) и в ситуации, когда кандидатура временного управляющего, саморегулируемая организация предложены связанным с должником лицом — заявителем по делу о банкротстве. При этом отмечается, что аналогичный подход применим и в ситуации, когда кандидатура временного управляющего, саморегулируемая организация предложены лицом, которое при отсутствии формально-юридических признаков аффилированности имеет возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Последовательное развитие изложенной логики требовало аналогичного решения и применительно к избранию конкурсного управляющего. Иначе, как верно отмечается в п. 12 Обзора, «установленный действующим правовым регулированием механизм предотвращения потенциального конфликта интересов не достигает своей цели». Невозможность аффилированных лиц голосовать за конкурсного управляющего следует из телеологического толкования п. 2 ст. 126 Закона о банкротстве, в соответствии с которым с даты принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства прекращаются полномочия руководителя должника, иных органов управления должника и собственника имущества должника — унитарного предприятия. Очевидно, что законодатель считает, что с момента введения конкурсного производства возможность влияния на ход процедуры владельцев бизнеса должна быть исключена и должна перейти в руки независимого управляющего (п. 1 ст. 129 Закона о банкротстве). Если аффилированные кредиторы будут иметь право голоса по вопросам избрания конкурсного управляющего, то цели приведенной нормы не будут достигаться.

Таким образом, ВС РФ исходит из необходимости обеспечения независимости и беспристрастности деятельности арбитражного управляющего. Как отмечается в определении по делу № А41-23442/2019²⁶⁵, «разъяснения, направленные на обеспечение независимости и беспристрастности арбитражного управляющего, требуют содержательного анализа взаимоотношений сторон». Поэтому «если у суда имеются разумные подозрения в его независимости, то суд всегда имеет право затребовать кандидатуру другого управляющего (в том числе посредством случайного выбора). Поскольку законом вопрос об утверждении управляющего отнесен к компетенции суда, то суд не может быть связан при принятии соответствующего решения исключительно волей кредиторов (как при возбуждении дела, так и впоследствии)».

Особо следует обратить внимание на то, что отсутствие права голоса контролирующего должника и аффилированного с ним лица при избрании конкурсного

управляющего ВС РФ не ставит в зависимость от субординации требований таких кредиторов, разделяя участников (и аффилированных с ними лиц) и кредиторов по субъектному составу (см. общие положения настоящего комментария). Возможна ситуация, когда требования контролирующего должника или аффилированного с ним лица не будут понижены в очередности удовлетворения, тем не менее такой кредитор не будет иметь право голоса по вопросу избрания конкурсного управляющего. Это довольно нетипичное решение, ибо большинство правовых порядков, как правило, исходят из того, что если кредитор не субординирован, то ограничивать его право голоса на собраниях кредиторов не имеется оснований (Германия, Австрия). В то же время в отдельных случаях конкретный кредитор может быть ограничен в праве голоса судом (*Stimmrechtsverbot*), если будет выявлен конфликт интересов (*Interessenkollision*)²⁶⁶. Это случаи, когда существует риск получения кредитором особого преимущества в результате такого голосования. Вместе с тем, в отличие от российского права, в Германии конкурсные кредиторы не могут предлагать кандидатуру управляющего, поскольку он утверждается судом (и должен быть независим как от кредиторов, так и от должника)²⁶⁷. Некоторым правовым порядкам (Литва, Латвия), однако, известен подход, в соответствии с которым право голоса кредиторов аффилированных лиц ограничивается, но отсутствуют положения о субординации таких требований²⁶⁸.

В частности, на опасность контроля аффилированными кредиторами арбитражного управляющего обращается внимание и в зарубежной литературе (сокрытие от независимых кредиторов важной информации и т.п.)²⁶⁹.

Поскольку ВС РФ сделал важный шаг — ограничил право голоса аффилированных кредиторов в процедурах банкротства по вопросу избрания конкурсных управляющих, можно обсуждать вопрос об ограничении таких кредиторов в праве голоса по всем (или большинству) вопросам общего собрания кредиторов. Связь между субординацией и правом голоса кредиторов была разорвана, следовательно, ничто не мешает довести позицию ВС РФ до логического конца — аффилированные с должником кредиторы, в том числе контролирующие, не должны иметь право голоса по всем вопросам повестки собрания кредиторов при банкротстве. Однако этот вопрос в Обзоре не решен.

Законопроект Минэкономразвития России о реструктуризации в банкротстве, во-первых, предлагает однозначно исключить какое-либо влияние кредиторов, в том числе внешних (независимых), на процесс назначения управляющего, перейдя полностью на случайную выборку (ст. 44.1, 44.2, 45 Закона о банкротстве в редакции указанного законопроекта). Во-вторых, предусматривает (абз. 2 п. 1 ст. 12 Закона о банкротстве в редакции законопроекта), что кредиторы, являющиеся заинтересованными лицами по отношению к должнику, не имеют права го-

²⁶⁶ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 77. Rn. 11. S. 878, 879 (автор комментария — R. Preß).

²⁶⁷ См.: *Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht*. 8, überarbeitete Auflage. Tübingen, 2017. S. 29, 30.

²⁶⁸ См. об этом: *Schihalejev M. Restrictions on the participation of debtor-related creditors in bankruptcy proceedings: is there a need for a new approach in Estonian law?* // *International Comparative Jurisprudence*. 2018. Vol. 4. № 1. P. 52–65.

²⁶⁹ *Ibid.* P. 61, 62.

лоса на собрании кредиторов, за исключением ряда отдельных случаев, когда они получают право голоса в рамках соответствующего отдельного класса кредиторов. Если кредитор при заявлении требования скрыл факт своей заинтересованности по отношению к должнику, он лишается права голоса полностью.

Кроме того, во избежание сомнений ВС РФ разъясняет, что кредиторы, которые приобретают право контроля над должником для обеспечительных целей (см. комментарий к п. 11 Обзора), не лишаются права голоса при голосовании по вопросу выбора арбитражного управляющего или саморегулируемой организации, из членов которой арбитражным судом утверждается арбитражный управляющий.

«13. Само по себе участие публично-правового образования в формировании уставного капитала (фонда) должника не является основанием для понижения очередности удовлетворения требования публично-правового образования к этому должнику.

В деле о банкротстве федерального государственного унитарного предприятия (далее — предприятие) уполномоченный орган обратился в суд с заявлением о включении в реестр регрессного требования, основанного на исполнении Российской Федерацией государственной гарантии, предоставленной бенефициару в обеспечение надлежащего исполнения предприятием обязательств перед этим бенефициаром.

Суд первой инстанции признал требование обоснованным, подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты. Определение мотивировано следующим. Предприятие учреждено Российской Федерацией, которая, выдав государственную гарантию в условиях имущественного кризиса предприятия, по сути, предоставила ему компенсационное финансирование.

Суд апелляционной инстанции изменил определение суда первой инстанции, включив требование уполномоченного органа в реестр с удовлетворением в третью очередь.

Создание публично-правовым образованием предприятия было вызвано необходимостью осуществления им деятельности для решения общественно значимых задач (п. 4 ст. 8 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»). Поддержка предприятия путем выдачи его контрагенту государственной гарантии направлена на создание Российской Федерацией условий для достижения указанной цели учреждения должника и обусловлена публичным интересом. Причиной действий публично-правового образования не являлось характерное для обычного контролирующего лица бенефициарное стремление участвовать в распределении всей возможной будущей прибыли должника.

При таких обстоятельствах суд не нашел оснований полагать, что требование о включении задолженности в реестр предъявлено уполномоченным органом для необоснованного перераспределения риска при банкротстве предприятия.

В другом деле суд признал необоснованными доводы об отсутствии у уполномоченного органа права голоса на собрании кредиторов должника, учрежденного публично-правовым образованием, по вопросу о выборе кандидатуры арбитражного управляющего, применив по аналогии (ст. 6 ГК РФ) п. 1 ст. 81 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», п. 1 ст. 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью

и указав на то, что в данном случае целью участия Российской Федерации в формировании уставного капитала (фонда) должника являлась не столько реализация ее имущественных прав учредителя, сколько выполнение публично-правовых обязанностей, вытекающих из государственных функций».

Комментарий к п. 13

В рассматриваемом пункте Обзора идея о том, что само по себе участие публично-правового образования в формировании уставного капитала (фонда) должника не является основанием для понижения очередности требования публично-правового образования, произрастает из той логики, что **лицо, не намеревающееся участвовать в прибыли должника, не может признаваться контролирующим для целей субординации** (см. комментарий к п. 11 Обзора). Она проиллюстрирована двумя примерами. В первом отмечается, что поддержка государством предприятия путем выдачи его контрагенту государственной гарантии не может рассматриваться в качестве компенсационного финансирования, поскольку предоставление такой гарантии обусловлено стремлением государства поддержать деятельность предприятия, созданного публично-правовым образованием для решения общественно значимых задач. Во втором указывается, что право голоса на собрании кредиторов должника по вопросу о выборе кандидатуры арбитражного управляющего уполномоченного органа не может быть ограничено, если Российская Федерация участвовала в формировании уставного капитала (фонда) должника не столько с целью реализации ее имущественных прав учредителя, сколько для выполнения публично-правовых обязанностей, вытекающих из государственных функций. ВС РФ при этом ссылается на правила о сделках с заинтересованностью, в соответствии с которыми государство не может признаваться контролирующим лицом. В Австрии, например, из-под действия Закона о замещении собственного капитала исключены ситуации участия в рамках Закона об инвестиционных фондах (§ 12), поскольку инвесторы практически не влияют на управление инвестиционным фондом. Однако в п. 13 Обзора приведено иное обоснование, а именно отсутствие бенефициарного стремления публично-правового образования участвовать в распределении всей возможной будущей прибыли должника.

Как видно, сам критерий — создание юридического лица для целей реализации государственных функций — является крайне неопределенным и неоднозначным. Еще более неоднозначными и запутывающими являются сами приведенные примеры. Из первого примера можно увидеть, что он охватывает все государственные унитарные предприятия, поскольку п. 4 ст. 8 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (далее — Закон о госпредприятиях) содержит исчерпывающий перечень целей, для которых создаются унитарные госпредприятия.

Вместе с тем историческое толкование не делает такой ответ однозначным. Как видим, новая редакция п. 4 ст. 8 Закона о госпредприятиях, вступившая в силу с 08.01.2020 (см. Федеральный закон от 27.12.2019 № 485-ФЗ), содержит иной перечень целей, для которых должны создаваться государственные унитарные предприятия, нежели прежняя версия. С учетом того, что цели сильно разнятся и Обзор принят в 2020 г., можно сделать вывод, что он касается только тех предпри-

ятий, которые созданы в целях, содержащихся в новой редакции. В то же время и те цели, которые были поименованы в прежней редакции, также являлись публичными, не всегда и не столько сопряженными с получением прибыли.

В этом и кроется главная проблема поставленного вопроса. С одной стороны, в силу ГК государственные унитарные предприятия отнесены к коммерческим юридическим лицам; с другой стороны, те цели, ради которых они создаются, далеки от простого извлечения прибыли. Усложняет проблему и то, что некоторые цели касаются производства товаров, изъятых из оборота, например радиоактивных веществ, но при этом их производство может быть прибыльным, следовательно, было бы странно риски капитализации таких компаний перекладывать на кредиторов, вступающих в отношения с такими государственными унитарными предприятиями. Идеальным решением было бы максимальное ограничение государственных унитарных предприятий и использование для обозначенных целей конструкции казенного предприятия, не допускающей банкротства в принципе. Именно это и предлагала Концепция реформирования ГК²⁷⁰, но, к сожалению, ее идеи не были до конца реализованы. Так, О.В. Гутников отмечает, что идея о существенном сокращении количества организационно-правовых форм юридических лиц, содержащаяся в Концепции развития гражданского законодательства, в новой редакции главы 4 ГК не была воплощена. Количество видов юридических лиц в ГК, наоборот, увеличилось. Остались такие нехарактерные для рыночных отношений организации, как унитарные предприятия и государственные учреждения, не являющиеся собственниками принадлежащего им имущества²⁷¹.

Иначе получается странная и противоречивая ситуация: предприятие создается в публичных целях, но риски его банкротства в случае недостаточной капитализации и использования модели государственного возвратного финансирования перекладываются не на казну, т.е. на всё общество, ради которого оно создается, а на отдельных кредиторов, рискнувших вступить в отношения с таким предприятием. В макроэкономическом масштабе это может негативно сказаться на круге контрагентов, готовых вступать в правоотношения с госпредприятиями.

Еще один путь, по которому могла бы пойти практика в целях минимизации негативного эффекта, — это определение убыточного и прибыльного видов деятельности предприятия, созданного в государственных интересах. Если сам по себе вид деятельности не предусматривает получение прибыли, то правила о субординации можно не применять. Если же деятельность прибыльная, но предприятие стало

270

Пункт 6.3 раздела III Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 07.10.2009) отмечал бесперспективность такой организационно-правовой формы юридического лица, как государственные унитарные предприятия, и желательность ее постепенной замены другими видами коммерческих организаций, в том числе хозяйственными обществами со 100%-ным или иным решающим участием публично-правовых образований в их имуществе. Исходя из реальных потребностей федерального государства представляется допустимым сохранение в перспективе лишь федеральных казенных предприятий для некоторых особо важных сфер экономики.

271

См.: Юридические лица в российском гражданском праве: монография в 3 т. Т. 2: Виды юридических лиц в российском законодательстве / отв. ред. А.В. Габов. М., 2015 (автор главы 1 «Виды юридических лиц в российском гражданском праве» — О.В. Гутников).

банкротом, например по вине менеджмента или собственника, то требования собственника в лице государства могут быть субординированы.

«14. Кредитор, требование которого признано подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, обладает процессуальными правами лица, участвующего в деле о банкротстве.

Суд первой инстанции оставил без рассмотрения жалобу на действия арбитражного управляющего, поданную контролирующим лицом, чье требование признано подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты. Суд сослался на то, что такой кредитор не обладает правами лица, участвующего в деле о банкротстве.

Суд апелляционной инстанции это определение отменил.

Понижение очередности погашения требования лица, контролирующего должника, вызвано исключительно отнесением на него риска предоставления компенсационного финансирования. В связи с этим требование такого лица удовлетворяется на основании п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, п. 1 ст. 2 ГК РФ в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, и оно в силу п. 1 ст. 12 Закона о банкротстве не имеет права голоса на собраниях кредиторов.

Однако, несмотря на более низкую вероятность получить реальное исполнение в процедуре банкротства, у данного лица сохраняется материальное требование к должнику, не являющееся корпоративным. Поэтому с процессуальной точки зрения такой кредитор имеет все права, предоставляемые участвующему в деле о банкротстве лицу (ст. 34 Закона о банкротстве). Так, в частности, он вправе участвовать в судебных заседаниях по делу о банкротстве, обжаловать принятые по этому делу судебные акты, заявлять возражения против требований кредиторов, подавать жалобы на действия арбитражного управляющего, участвовать в собраниях кредиторов без права голоса и т.д.

В другом деле компания, контролирующая должника, обратилась в суд с заявлением о его банкротстве.

Суд первой инстанции отказал во введении процедуры наблюдения по заявлению компании и прекратил производство по делу, сославшись на последний абзац п. 3 ст. 48 Закона о банкротстве. Как отметил суд, требование компании подлежит удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, в связи с чем она не может инициировать возбуждение дела о банкротстве.

Суд апелляционной инстанции отменил определение суда первой инстанции. Суд указал, что компания является контролирующим должника лицом, поэтому она не только вправе, но и обязана принимать меры по инициированию процедуры несостоятельности в отношении должника при возникновении имущественного кризиса на стороне последнего (пп. 1 и 3.1 ст. 9 Закона о банкротстве).

Более того, поскольку право обратиться с заявлением о собственном банкротстве принадлежит не только должнику (п. 1 ст. 7 Закона о банкротстве), но и кредиторам, то нет оснований полагать, что соответствующими полномочиями не обладают контролирующие должника либо аффилированные с ним лица, требования которых возникли на основании гражданско-правовых сделок.

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции ввел в отношении должника процедуру наблюдения, признав требование компании подлежащим удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты. При этом вопрос об утверждении временного управляющего разрешен судом посредством случайного выбора (п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве, п. 27.1 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 20 декабря 2016 г.)».

Комментарий к п. 14

До принятия Обзора в судебной практике займы контролирующих лиц переквалифицировались (п. 2 ст. 170 ГК РФ) в отношении по поводу увеличения уставного капитала либо им попросту отказывали во включении требований в реестр (см. комментарий к п. 1 Обзора). Такой подход означал, что эти лица не имели вовсе никакого процессуального статуса в деле о банкротстве. В лучшем случае контролирующие лица в ситуации переквалификации могли бы претендовать на участие в собраниях кредиторов без права голоса через представителя учредителей (участников) должника (ст. 12 Закона о банкротстве). Однако такое решение вряд ли можно было признать справедливым, так как контролирующие лица имеют материальное требование к должнику, пусть и подлежащее удовлетворению в пониженной очередности, в отличие от учредителей, не предоставлявших должнику каких-либо средств и не имеющих таких требований. Мы отмечали, что целесообразно для этого выделять на уровне закона или судебной практики **отдельную очередность**²⁷². Это было реализовано ВС РФ в Обзоре: требование такого лица удовлетворяется в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, а само такое лицо не имеет права голоса на собраниях кредиторов.

В п. 14 Обзора справедливо разъясняется, что «несмотря на более низкую вероятность получить реальное исполнение в процедуре банкротства, у данного лица сохраняется материальное требование к должнику, не являющееся корпоративным».

За рубежом такие кредиторы именуются «кредиторами, подлежащими субординации», или «субординированными кредиторами» (*nachrangigen Gläubiger*). К ним относятся не только аффилированные кредиторы, предоставившие займы, но и все другие кредиторы, чьи требования в деле о банкротстве не могут конкурировать с конкурсными требованиями (например, требования о взыскании штрафных санкций). Они устанавливаются в реестре требований кредиторов (если суд сочтет необходимым и если есть шансы на удовлетворение их требований, см. § 174 Положения Германии о несостоятельности) и вправе участвовать в общих собраниях кредиторов, но только без права голоса, а также не могут оспаривать решения кредиторов²⁷³. Так, в соответствии с § 77 Положения Германии о несостоятельности субординированные кредиторы не имеют права голоса. Аналогично в Австрии такие кредиторы участвуют в общих собраниях без права голоса²⁷⁴.

²⁷² См.: Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц России: в поисках оптимального регулирования. С. 40.

²⁷³ См.: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. § 39. Rn. 76. S. 558 (автор комментария — М. Lüdtke).

²⁷⁴ См.: Fellner M., Mutz M. Op. cit. S. 128.

ВС РФ при этом отмечает, что с процессуальной точки зрения такой кредитор имеет все права, предоставляемые участвующему в деле о банкротстве лицу (ст. 34 Закона о банкротстве). Иными словами, он вправе участвовать в судебных заседаниях по делу о банкротстве, обжаловать принятые по этому делу судебные акты, заявлять возражения против требований кредиторов, подавать жалобы на действия арбитражного управляющего, участвовать в собраниях кредиторов без права голоса, подавать заявление о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности²⁷⁵ и т.д.

Более того, такой кредитор имеет право инициировать дело о банкротстве должника. Иное решение противоречило бы основному доводу в пользу субординации, закрепленному в п. 3 Обзора. Кроме того, как отмечается в п. 14 Обзора, поскольку контролирующее лицо имеет материальное право требования к должнику, а также в силу наличия у самого должника права инициировать дело о банкротстве, ограничение подобного права контролирующего лица было бы нелогичным. Главное, чтобы вопрос об утверждении управляющего решался путем случайного выбора. Так, в деле, рассмотренном после принятия Обзора, ВС РФ отмечает, что «наличие гражданско-правового требования (обладающего свойством принудительной исполнимости) предоставляет аффилированному кредитору права лица, участвующего в деле о банкротстве, в том числе право на инициирование процедуры, независимо от того, подлежит ли очередность удовлетворения такого требования понижению либо нет. В обратном случае законодательное регулирование, предоставляющее самому должнику аналогичные полномочия, являлось бы непоследовательным»²⁷⁶.

Несмотря на крайнюю важность решения вопроса о процессуальном статусе лица, требования которого понижены в очередности в соответствии с Обзором, в Законе о банкротстве и судебной практике имеются также иные примеры субординации, а именно субординация опоздавших кредиторов, кредиторов из первоначального предоставления, санкций и требований о взыскании упущенной выгоды и пр. Возникает закономерный вопрос: имеют ли такие кредиторы права в деле о банкротстве, аналогичные тем, что указаны в Обзоре применительно к требованиям контролирующих лиц?

Заметим, что справедливость субординации опоздавших кредиторов может быть поставлена под обоснованное сомнение (п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве)²⁷⁷. Зарубежный опыт показывает, что опоздавшие кредиторы не понижаются в очередности путем исключения из реестра, а срок установления требований при банкротстве не рассматривается как пресекательный²⁷⁸. Кроме того, такой кредитор

²⁷⁵ См.: постановление АС Поволжского округа от 25.02.2020 № Ф06-50773/2019 по делу № А06-3155/2018.

²⁷⁶ Определение СКЭС ВС РФ от 19.03.2020 № 308-ЭС19-20513 (1, 2, 4) по делу № А53-5956/2018.

²⁷⁷ Согласно п. 3 информационного письма ВАС РФ от 26.07.2005 № 93 «О некоторых вопросах, связанных с исчислением отдельных сроков по делам о банкротстве» возможность восстановления пропущенного срока включения в реестр не предусмотрена.

²⁷⁸ См.: *Bork R.* Op. cit. S. 186; *Егоров А.В.* Комментарий к делу о включении требований открытого акционерного общества «Коммерческий инвестиционно-трастовый банк «Казанский» в реестр требований кредиторов общества с ограниченной ответственностью «Стройиндустрия» // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избр. постановления за 2010 г. с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М., 2015. С. 122.

в Германии защищен нормой § 192 Положения о несостоятельности, в которой говорится, что кредитор, который не был учтен при промежуточных расчетах с кредиторами, но впоследствии попал в соответствующий реестр требований, при последующих выплатах получает преимущественное удовлетворение перед другими кредиторами в том размере, который уравнивает его с теми, кто заявился раньше и получил исполнение в порядке более ранних выплат. Справедливости ради отметим, что ВС РФ заметно снижает изначальную жесткость нормы, применяя ее с учетом выяснения объективных препятствий для конкретного кредитора для предъявления требований в установленный срок²⁷⁹.

Аналогичным образом вызывает вопросы идея субординации требований о взыскании упущенной выгоды, не находящая поддержки в зарубежных правовых порядках. Это, к сожалению, лишний раз демонстрирует негативное отношение российского правового порядка на современном этапе к возможности взыскания упущенной выгоды (само деление убытков на упущенную выгоду и реальный ущерб также может быть поставлено под сомнение)²⁸⁰. Полагаем, что такие разрозненные примеры субординации (займы участников, кредиторы из первоначального предоставления, санкции, упущенная выгода) целесообразно связать единым правовым режимом субординированных кредиторов, как это сделано, например, в Германии и Австрии. Следовательно, такие кредиторы также имеют материальное требование к должнику, поэтому должны приобретать такой же процессуальный статус в деле о банкротстве, как и контролирующие лица, требования которых понижены в очередности.

Вместо эпилога

В заключение еще раз необходимо отметить значимость Обзора в целом и отдельных его пунктов. Большинство ключевых проблем в нем были решены, что может быть поставлено в заслугу Обзору. Между тем ряд вопросов, к сожалению, не был разъяснен, в частности субординация текущих требований, оспаривание платежей по субординируемым требованиям и пр. Мы попытались на страницах настоящего комментария изложить свое видение в том числе не решенных в Обзоре вопросов.

Без концептуального разделения внутренних и внешних кредиторов невозможно справедливо решать банкротные споры. Очевидно, что банкротный процесс теперь заиграет новыми красками и, как ни странно, на макроуровне это может как привести к уменьшению банкротных процедур, так и стать толчком к дальнейшему развитию реабилитационных процедур. Владельцы бизнеса, входящие в группу риска, будут вынуждены ставить вопрос о развитии реабилитационных процедур и усилении роли должника в банкротном праве, поскольку больше скрываться под маской внешних кредиторов им не удастся. С этим важным событием, конечно, следует поздравить всех, кому небезразлично банкротное право и кому удастся наблюдать его непосредственное развитие.

²⁷⁹ См., напр.: определения СКЭС ВС РФ от 24.09.2014 № 307-ЭС14-100, от 27.09.2018 № 305-ЭС18-8007, от 27.04.2018 № 305-ЭС17-2344 (12).

²⁸⁰ См. об этом: *Егоров А.В.* Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 68–137.

Конечно, можно сожалеть о том, что ВС РФ не решился на более смелый шаг и не ввел немецкую жесткую субординацию, база для которой, на наш взгляд, вполне себе присутствует в Законе о банкротстве. Как видно из комментария, большинство проблемных вопросов как раз связано с использованием устаревшей мягкой модели, и с этими трудностями в первую очередь столкнутся судьи, рассматривающие дела о банкротстве. Здесь их хотелось бы одновременно предостеречь от всеобщей массовой субординации, особенно тех требований, которые не связаны с компенсационным финансированием. В разъяснениях высшего суда всегда содержатся абстрактные критерии, с которыми необходимо обращаться предельно аккуратно, словно хирург со скальпелем.

К сожалению, порой приходится наблюдать чрезмерное упрощение тех идей, которые заложены в Обзоре и составляют основу регулирования субординации в России. Например, в Обзоре подчеркивается, что для обменных обязательств, возникших из неисполнения внутригрупповых обязательств по поставке товара, выполнения работ и оказания услуг, важно установить элемент кредита. В российских реалиях, где высока доля дочерних и сестринских компаний, это является довольно актуальным. На IX Петербургском международном юридическом форуме проф. С. Мадаус²⁸¹, говоря о причинах неоспариваемости зачета при банкротстве, отметил, что основу экономики все-таки составляют действующие компании, поэтому важно не изымать денежную массу в пользу банкрота, где она не сразу (в силу длительности банкротного процесса) и не полностью (в силу его дороговизны) дойдет до кредиторов.

Говоря о недостатках мягкой модели субординации, следует остановиться на главном — такая модель существенно увеличивает издержки, связанные с экономической деятельностью, начиная от высоких затрат на юридическую, экономическую экспертизу и оценку рисков на всех этапах развития обязательственных отношений и заканчивая высокими судебными издержками при разрешении споров, включая увеличение нагрузки на суд. На макроуровне это приведет к меньшей защищенности экономического оборота в целом. Принятие жесткой модели потребовало бы меньших экономических издержек и было бы в целом понятнее для бизнеса, который бы наверняка перестроил правила финансирования обществ, исходя из поменявшихся правил игры, и стал жить по простым новым правилам. Авторы комментария выражают надежду на то, что это рано или поздно произойдет.

References

- Aloyan A.E. Problems of Implementation of the Doctrine Of *Recharacterization* in the Russian Legal System [*Problemy implementatsii doktriny recharacterization v rossiiskuyu pravovuyu sistemu*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2017. No. 6. P. 221–240.
- Altmeppen H. Der «atypische Pfandgläubiger» — ein neuer Fall des kapitalersetzenden Darlehens. ZIP. 1993. S. 1677–1684.
- Arabova T.F., Budylin S.L. The Transient Debtor Case, or the Supreme Court on the Subordination of Bankruptcy Claims Case Comment on the Judgments of the Chamber for Commercial Disputes of the SC RF No. 305-ЭС18-17629, 14 February 2019 and No. 305-ЭС18-17629 (2), 28 March 2019 [*Delo o tranzitnom dolzhnike, ili Verkhovnyi Sud o subordinatsii trebovaniy v bankrotstve. Kommentariy k opredeleniyam Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 14.02.2019 No. 305-ЭС18-*

²⁸¹ См.: Дискуссионная сессия ПМЮФ 17 мая 2019 г. «Нетипичные обеспечительные конструкции в российском банкротном праве — как защититься обычному кредитору?». URL: https://spblegalforum.ru/ru/2019_Video.

- 17629, i ot 28.03.2019 No. 305-ЭС18-17629 (2)]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii]. 2019. No. 9. P. 4–24.
- Armour J., Bartkus G., Clarke B.J. et al. Report on the Recognition of the Interest of the Group. 2016. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888863> (Accessed 27 August 2020).
- Baumbach A., Hueck A., Hrsg. Kommentar zum GmbH. 20. Auflage. Muenchen, Beck, 2013. 2344 s.
- Belousov I.A. Subordination of Loan Claims of Corporation Members in Bankruptcy Proceedings [Podchinenie trebovaniy pozaimam uchastnikov korporatsii v dele o bankrotstve]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii]. 2018. No. 5. P. 120–169.
- Bork R. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts? Zeitschrift fuer Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2007. S. 250–270.
- Bork R. Einfuehrung in das Insolvenzrecht. 8., ueberarbeitete Auflage Tuebingen, Mohr Siebeck, 2017. 309 s.
- Bork R., Schaefer C. Kommentar zum GmbHG. 3. Auflage. Koeln, RWS Verlag, 2015. 1428 s.
- Borns W. Einfuehrung in das GmbH-Recht: Leitfaden fuer GmbH-Geschäftsführer. 2. Auflage. Vienna, Verlag Oesterreich, 2014. 151 s.
- Braunschweig V. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA. Frankfurt, Peter Lang, 2012. 322 s.
- Brinkmann M. Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. Koeln, Carl Heymanns Verlag, 2005. 133 s.
- Budylin S.L. An Inner Conviction or Balance of Probabilities? Standards of Proof in Russia and Abroad [Vnutrennee ubezhdenie ili balans veroyatnostey? Standarty dokazyvaniya v Rossii i za rubezhom]. The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii]. 2014. No. 3. P. 25–57; No. 4. P. 34–66.
- Campbell R.B., Jr. Limited Liability for Corporate Shareholders: Myth or Matter-of-Fact. Ky. L. J. 1975. Vol. 63. P. 23–71.
- Conac P.-H. Director's Duties in Groups of Companies — Legalizing the Interest of the Group at the European Level. 2014. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2412031> (Accessed 27 August 2020).
- Damnitz M., Degenhardt J. Faktische Geschaeftsfuehrung und kapitalersetzende (Bank-) Darlehen bei der AG. WM. 2005. S. 583–588.
- DeNatale A., P. Abram. P. The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors. Business Law. 1985. Vol. 40. P. 417–448.
- Douglas M.D. Absence of Actual Harm to Creditors Defeats Equitable Subordination Bid. Jones Day Business Restructuring Review. September — October 2008. Available at: <https://www.jonesday.com/en/insights/2008/10/absence-of-actual-harm-to-creditors-defeats-equitable-subordination-bid> (Accessed 27 August 2020).
- Dvoichenkov P. BRAK LLC. Subordination of Spouses' Claims in Bankruptcy Proceedings [ООО «BRAK». Subordinatsiya trebovaniy suprugov v dele o bankrotstve]. Available at: https://zakon.ru/blog/2019/06/05/ooo_brak_subordinatsiya_trebovaniy_suprugov_v_dele_o_bankrotstve (Accessed 27 August 2020).
- Egorov A.V. Pledge vs Security Transfer of Right: Is There a Need for Competition? [Zalog vs Obespechitel'naya peredacha prava: nuzhna li oborotu konkurentsia], in: Gongalo B.M., Em V., eds. Actual Problems of Private Law: A Collection of Articles to the Jubilee of P.V. Krashennnikov [Aktualnye problemy chastnogo prava: sb. st. k yubileyu P.V. Krashennnikova]. Moscow, Statut, 2014. S. 78–127.
- Egorov A.V. Commentary on the Case of Inclusion of Claims of Commercial Investment Trust Bank Kazansky into the Register of Claims of Creditors of Stroyindustriya Limited Liability Company [Kommentariy k delu o vkluychenii trebovaniy otkrytogo aktsionernogo obschestva «Kommercheskiy investitsionno-trastovyi bank «Kazanskiy» v reestr trebovaniy kreditorov Obschestva s ogranichennoi otvetstvennost'yu «Stroyindustriya»], in: Ivanov A.A., ed. Legal Positions of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation: Selected Resolutions for 2010 with Comments [Pravovye pozitsii Presidiuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii: izbrannye postanovleniya za 2010 g. s kommentariyami]. Moscow, Statut, 2019. P. 119–122.
- Egorov A.V. Missed Profit: Problems of Theory and Contradictions of Practice [Upushechnaya vygoda: problemy teorii i protivorechiya praktiki], in: Rozhkova M.A., ed. Damages and Practice of Their Compensation: A Collection of Articles [Ubytki i praktika ikh vozmescheniya: sb. st.]. Moscow, Statut, 2006. P. 68–137.
- Egorov A.V., Evstigneev E.A. Basics of Civilistics: A Textbook [Osnovy tsivilistiki: uchebnoe posobie]. Moscow, Assotsiatsiya vypusnikov RShChP, 2020. 259 p.
- Egorov A.V., Usacheva K.A. The Doctrine of 'Piercing of the Corporate Veil' as a Tool for the Distribution of Risks between Members of the Corporation and Other Subjects of Turnover [Doktrina «snyatiya korporativnogo pokrova» kak instrument raspredeleniya riskov mezhdu uchastnikami korporatsii i inymi sub'ektami oborota]. Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2014. No. 1. P. 31–73.
- Eidenmueller H. Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Koeln, O. Schmidt, 1999. 1088 s.

- Eidenmueller H. Contracting for a European Insolvency Regime. European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 341/2017. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2896340> (Accessed 27 August 2020).
- Engert A. Life without Legal Capital: Lessons from American Law: Working Paper. 2006. P. 19–25. Available at: <https://ssrn.com/abstract=882842> (Accessed 27 August 2020).
- Enriques L., Macey J.R. Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules. Cornell L. Rev. 2001. Vol. 86. Iss. 6. P. 1165–1204.
- Ershova I.V., Enkova E.E., eds. Bankruptcy of Business Entities: A Textbook for Bachelors [*Bankrotstvo khozyaystvuyushchikh sub'ektov: uchebnik dlya bakalavrov*], Moscow, Prospekt, 2016. 336 p.
- Feibelman A. Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. UNC Legal Studies Research Paper No. 1032309. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1032309 (Accessed 27 August 2020).
- Fellner M., Mutz M. Eigenkapitalersatz-Gesetz. Praxiskommentar. Wien, WUV-Univ.-Verlag, 2004. 141 s.
- Filippov A.S. Bankruptcy of a Debtor Undergoing Liquidation: How It Works [*Bankrotstvo likvidiruemogo dolzhnika: kak eto rabotaet*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2015. No. 6. P. 40–65; No. 7. P. 49–72.
- Fleischer H. Covenants und Kapitalersatz. ZIP. 1998. S. 313–321.
- Floether L.F., Wilke A.K. Auswirkungen des praeventiven Restrukturierungsrahmens auf die Insolvenzantragstellun. NZI-Beilage. 2019. S. 59–61.
- Frueh A. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen. GmbHHR. 1999. S. 842–847.
- Gabov A.V., ed. Legal Entities in Russian Civil Law: Monograph. Types of Legal Entities in Russian Legislation (in Three Volumes, Volume Two) [*Yuridicheskie litsa v rossiiskom grazhdanskom prave: monografiya. Vidy yuridicheskikh lits v rossiiskom zakonodatelstve: v 3 t. T. 2*]. Moscow, Infra-M, 2015. 352 p.
- Gehrlein M., Witt C.-H., Volmer M. GmbH-Recht in der Praxis. 4., ueberarbeitete und erweiterte Auflage. Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH, 2019. 602 p.
- Gelter M., Roth J. Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective. Journal for Institutional Comparisons. 2007. Vol. 5. No. 2. P. 40–47.
- Glushetskiy A.A. Authorised Capital of a Business Company: Economic Analysis of Corporate Law Norms [*Ustavnyi kapital khozyaystvennogo obschestva: ekonomicheskii analiz norm korporativnogo prava*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2020. No. 2. P. 217–278.
- Gorbashev I.V. Case ‘Uralmash NGO Holding against Sviridov and Yurkov’. Why Did the Supreme Court Refuse to Include the Claims of the Participants in the Register? [*Delo «Uralmash NGO Kholding» protiv Sviridova i Yurkova. Pochemu Verkhovnyi sud otkazalsya vklyuchit' trebovanie uchastnikov v reestr*]. Arbitrazh Practice for Lawyers [*Arbitrazhnaya praktika dlya yuristov*]. 2017. No. 9. P. 30–39.
- Gorbashev I.V. On Some Substantive Legal Aspects of Bringing to Subsidiary Liability in the Explanations of the RF SC [*O nekotorykh materialno-pravovykh aspektakh privlecheniya k subsidiarnoi otvetstvennosti v raz'yasneniyakh VS RF*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2018. No. 4. P. 154–202.
- Gurrea-Martínez A. Insolvency Law in Times of COVID-19. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper. 2020. P. 13–14. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562685> (Accessed 27 August 2020).
- Hachenburg M., Ulmer P. GmbHG. § 30. Grosskommentar. 8. Aufl. Berlin, Walter de Gruyter, 1992. 1320 s.
- Hagemeister A., Bueltmann M. Konflikte von Sicherungsinstrumenten und Eigenkapitalersatz bei Projektfinanzierungen durch Banken. WM. 1997. S. 549–555.
- Herzog A.S., Zweibel J.B. The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy. Vanderbilt Law Review. 1961. Vol. 15. No. 1. P. 83–113.
- Huber U., Habersack M. Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Lutter M. (Hrsg.). Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Berlin, De Gruyter, 2006. S. 370–433.
- Kaestle M. Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditvertraegen. Berlin, Duncker & Humblot, 2003. 274 s.
- Kampshoff M. Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH. GmbHHR. 2010. S. 897–904.
- Karapetov A.G. Economy Analysis of Law [*Ekonomicheskii analiz prava*]. Moscow, Statut, 2016. 528 p.
- Karapetov A.G., ed. Loan, Credit, Factoring, Deposit and Account: Article-by-Article Commentary on Articles 807–860.15 of the Civil Code of the Russian Federation [*Zaem, kredit, faktoring, vklad i schet: postateinyi kommentariy k stat'yam 807–860.15 Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii*]. Moscow, M-Logos, 2019. 1282 p.
- Karapetov A.G., ed. Transactions, Representation, Limitation of Actions: An Article-by-Article Commentary to Articles 153–208 of the Civil Code of the Russian Federation [*Sdelki, predstavitelstvo, iskovaya davnost': postateinyi kommentariy k st. 153–208 GK RF*]. Moscow, M-Logos, 2018. 1264 p.

- Karapetov A.G., Kosarev A.S. Standards of Proof: Analytical and Empirical Research [*Standarty dokazyvaniya: analiticheskoe i empiricheskoe issledovanie*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 5. Special Issue. 96 p.
- Karelina S.A. Economic Essence of Insolvency and Legal Form of Its Implementation [*Ekonomicheskaya suschnost' nesostoyatelnosti i pravovaya forma ee realizatsii*]. Business Law [*Predprinimatelskoe pravo*]. 2019. No. 2. P. 24–30.
- Kischel U. Comparative Law. New York, OUP, 2019. 960 p.
- Kleindieck D. Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung — GAMMA. NZG. 2008. S. 686–690.
- Koch J. Koch., Hueffer U. Hüffer. Gesellschaftsrecht (JuS-Schriftenreihe/Studium, Band 57). 10. Auflage. Muenchen, C.H. Beck, 2017. 483 s.
- Kokorin I. Intra-group financial support in a crisis: between rescue and abuse. Available at: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Ilya%20Kokorin%20Intra-group%20finance_III%20Prize%20submission.pdf (Accessed 27 August 2020).
- Kokorin I.V. All Creditors Are Equal, but Some Are More Equal than Others. Subordination of Shareholder Loans in Bankruptcy in Russia, Germany and the USA [*Vse kreditory ravny, no nekotorye ravnee drugikh. K voprosu o subordinatsii korporativnykh zaimov pri bankrotstve v Rossii, Germanii i SSHA*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2018. No. 2. P. 119–137.
- Kokorin I.V. One for All, All for One: Insolvency Prevention and the Limits of Freedom of Contract [*Odin za vsekh i vse za odnogo: predotvrashchenie bankrotstva i predely svobody dogovora*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2020. No. 2. P. 32–44.
- Krolop K. Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte. GmbH-Rundschau. 2009. S. 397–399.
- Kuebler B., Pruetting H., Bork R. (Hrsg.). InsO — Kommentar zur Insolvenzordnung, In 5 Baenden. Band 1. Loseblatt. § 39. Koeln, 2017. Available at Beck-Online.
- Kurbanov B. Bankruptcy Moratorium Bill: Several Substantive Comments [*Zakonoproekt o moratoria na bankrotstvo: neskolko zamechanii po suschestvu*]. Available at: https://zakon.ru/blog/2020/03/30/zakonoproekt_o_moratorii_na_bankrotstvo_neskolko_zamechanii_po_suschestvu?fbclid=IwAR2jPmCisD_RtWdKWoc3lVMk3OU6TxJuScyTtqd1ZghVIL_AinKBPDm14Ho (Accessed 27 August 2020).
- Luca N., de. European Company Law. Cambridge, CUP, 2017. 530 p.
- Lutter M., P. Hommelhoff P. GmbH-Gesetz Kommentar § 13. 18. Auflage., Koeln, Otto Schmidt Verlag, 2012. 1964 s.
- Lutz G.S., Steinecker J. A New Subordination Rule Entered into Force: the Role of Related Party Creditors in Bankruptcy Post Amendment to the Slovak Bankruptcy Act. 2012. Available at: <https://spectator.sme.sk/c/20042879/a-new-subordination-rule-entered-into-force-the-role-of-related-party-creditors-in-bankruptcy-post-amendment-to-the-slovak-bankr.html> (Accessed 27 August 2020).
- Maesch S., Voss A. Covenants und Eigenkapitalersatz. FB. 2007. S. 1–11.
- Majic M. Covenants und Insolvenz: Risiken covenant-gesicherter Kreditgeber im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers. 1. Auflage. Muenchen, De Gruyter, 2013. 285 s.
- Manganelli P. Equitable Subordination of Loans Granted by Shareholders of an S.p.A. Available at: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/equitable-subordination-of-loans-granted-by-shareholders/> (Accessed 27 August 2020).
- Manning B., Hanks J.J. Jr. Legal Capital. Sunderland, Foundation Press. 1990. 242 p.
- Medvedev A.Yu. History of the Doctrine of Corporation in English Law (XVIII — mid XX Centuries): A PhD Thesis in Law [*Istoriya doktriny korporatsii v angliiskom prave (XVII — seredina XX v.: dis. ... kand. yurid. nauk)*]. Moscow, 2014. 201 p.
- Menzel H. Gesellschaftsfremde Dritte im Eigenkapitalersatzrecht und im Recht der Gesellschafterdarlehen Universitaet zu Koeln. Dissertation. Koeln, 2015. 175 s.
- Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz. 3. Auflage. Muenchen, C.H. Beck, 2017. 4534 s.
- Miftakhutdinov R.T. The Highest Court Continues to Clarify the Rules of «Probative Ping Pong» Case Comment on the Judgment of RF SC No. 306-ЭС15-8369, 17 May 2017 [*Vyssshaya sudebnaya instantsiya prodolzhaet ob'yasnyat' pravila «dokazatel'stvennogo ping-ponga»*]. Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 17.05.2017 № 306-ЭС15-8369]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2017. No. 7. P. 24–26.

- Miftakhutdinov R.T. Persons Controlling the Debtor as Subjects of Subsidiary Liability in Bankruptcy [*Kontroliruyushchie dolzhnika litsa kak sub'ekty subsidiarnoi otvetstvennosti pri bankrotstve*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*]. 2018. No. 7. P. 33–36.
- Moll D. Reasonable Expectations v. Implied-in-Fact Contracts: Is the Shareholder Oppression Doctrine Needed? Boston College Law Review. 2001. Vol. 42. Iss. 5. P. 989–1080.
- Muebert P. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection — or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection. 2006. ECGI — Law Working Paper № 60/2006. P. 37. Available at: <https://ssrn.com/abstract=883625> (Accessed 27 August 2020).
- Osmanova D.O. Abuse in Insolvency (Bankruptcy) [*Zloupotrebleniya pri nesostoyatelnosti (bankrotstve)*]. Moscow, Yustitsinform, 2020. 184 p.
- Richter T., Thery A. Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down. INSOL Europe. 2020. P. 11. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3575511> (Accessed 27 August 2020).
- Roth G. Roth, Altmeyden H. Altmeyden. GmbHG., 7. Auflage. Muenchen, C.H. Beck, 2012. 1359 s.
- Runge J. Covenants in Kreditvertraegen: Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern. Bank- und Kapitalmarktrecht in Theorie und Praxis. Koeln, RWS-Verlag, 2010. 447 s.
- Safonov A.V. The Fair Priority of Creditors. Case Comment on the Judgment of RF SC No. 310-ЭС17-20671, 23 July 2018 [*Spravedlivaya ochered' kreditorov. Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 23.07.2018 No. 310-ЭС17-20671*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2018. No. 12. P. 14–21.
- Scherer E., Schimmelpenninck R.J. Equitable Subordination of Shareholder Loans: Going Dutch or the American Way? Insolvency Law and Practice. 2004. Vol. 20. Available at Lexisnexis.
- Schihalejev M. Restrictions on the Participation of Debtor-Related Creditors in Bankruptcy Proceedings: Is There a Need for a New Approach in Estonian Law? International Comparative Jurisprudence. 2018. Vol. 4. No. 1. P. 52–65.
- Schmidt K. Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. GmbH-Rundschau. 2009. 1009–1019 s.
- Schoen W. The Future of Legal Capital. European Business Organization Law Review. 2004. Vol. 5. No. 3. P. 429–448.
- Schoenfelder M. Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz — auch ohne Krise in die Krise? WM. 2009. Heft 30. S. 1402.
- Schon W. «Zur Existenzvernichtung» der juristischen Person. ZHR. 168 2004. S. 268–290.
- Schwintowski H., Dannischewski J. Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftergleichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG. ZIP. 2005. S. 840–846.
- Sevryuk O. Notions of Affiliation and Control in Corporate Legislation [*Ponyatiya affilirovannosti i kontrolya v korporativnom zakonodatelstve*], in: Chuprunov I.S., ed. Corporate Law: Problems and Solutions [*Korporativnoe pravo: problemy i resheniya*]. Moscow, RShChP, 2020. P. 347–416.
- Shaidullin A.I. Was the Funding Compensatory? On Cases Referred to the Supreme Court of the Russian Federation [*Bylo li finansirovanie kompensatsionnym? O delakh, peredannykh na rassmotrenie Verkhovnogo Suda RF*]. Available at: https://zakon.ru/blog/2020/05/07/bylo_li_finansirovanie_kompensatsionnym_o_delah_peredannykh_na_rassmotrenie_verhovnogo_suda_rf (Accessed 27 August 2020).
- Shaidullin A.I. A Model for Reducing the Priority (Subordination) of Loans of Participants in Legal Entities in Russia: Seeking Optimal Regulation. Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the RF SC No. 304-ЭС18-14031, 4 February 2019 [*Model' ponizheniya v ocherednosti (subordinatsii) zaimov uchastnikov yuridicheskikh lits v Rossii: v poiskakh optimalnogo regulirovaniya. Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 04.02.2019 No. 304-ЭС18-14031*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 10. P. 24–46.
- Shaidullin A.I. Decrease in Priority (Subordination) of the Loans of Participants of Legal Entities in Germany and Austria [*Ponizhenie v ocherednosti (subordinatsiya) zaimov uchastnikov yuridicheskikh lits v Germanii i Avstrii*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2018. No. 12. P. 116–158.
- Shaidullin A.I. Loan Subordination in Bankruptcy: a Hard or a Soft Model? Concerning the Justification of the Need to Subordinate the Loans of Participants (Shareholders) in a Legal Entity [*Subordinatsiya zaimov v bankrotstve: zhestkaya ili myagkaya model? K voprosu ob obosnovanii neobkhodimosti subordinatsii zaimov uchastnikov (aktsionerov) yuridicheskogo litsa*]. Available at: https://zakon.ru/blog/2019/1/3/subordinatsiya_zaimov_v_bankrotstve_zhestkaya_ili_myagkaya_model_k_voprosu_ob_obosnovanii_neobkhodimosti (Accessed 27 August 2020).
- Shaidullin A.I. Main Political and Legal pro and contra Arguments of the Idea of Loan Subordination for Members of Legal Entities [*Osnovnye politiko-pravovye argumenty pro i contra idei subordinatsii zaimov uchastnikov yuridicheskikh lits*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 1. P. 83–105.

- Shaidullin A.I. The Fate of Security Transactions of Persons Related to a Debtor in Bankruptcy. Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the RF SC No. 305-ЭС18-15086, 24 December 2018 [*Sud'ba obespechitelnykh sdelok svyazannykh s dolzhnikom lits pri bankrotstve. Kommentarii k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 24.12.2018 № 305-ЭС18-15086*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 3. P. 4–16.
- Shaidullin A.I. Subordination of Current Claims and Those of an Affiliate Acquired by It from an Independent Creditor in Bankruptcy Proceedings. On a Case Referred to the Russian Supreme Court [*Subordinatsiya tekuschikh trebovaniy i trebovaniya affilirovannogo litsa, priobretennogo im u nezavisimogo kreditora v protsedurakh bankrotstva. O dele, peredannom na rassmotrenie Verkhovnogo Suda RF*]. Available at: https://zakon.ru/blog/2020/08/02/subordinaciya_tekuschih_trebovanij_i_trebovaniya_affilirovannogo_litsa_priobretyonnogo_im_u_nezavisim (Accessed 27 August 2020).
- Shevchenko I.M. To the Issue of Consideration in Bankruptcy Cases of Claims Based on Intra-Corporate Relations [*K voprosu o rassmotrenii v delakh o bankrotstve trebovaniy, osnovannykh na otnosheniyakh vnutrikorporativnogo kharaktera*]. Arbitrazh Disputes [*Arbitrazhnye spory*]. 2018. No. 4. P. 36–54.
- Shishmareva T.P. Insolvency Institute in Russia and Germany [*Institut nesostoyatelnosti v Rossii i Germanii*]. Moscow, Statut, 2015. 332 p.
- Skauradszun D. Ein Umsetzungskonzept fuer den praeventiven Restrukturierungsrahmen. Zeitschrift fuer Insolvenzrecht. 2019. S. 161–192.
- Smola A.A. Standards, Evidence and the Supreme Court [*Standarty, dokazyvanie i Verkhovnyi Sud*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2018. No. 8. P. 129–165.
- Smolnikov D.I. Myths about Standards of Proof [*Mify o standartah dokazyvaniya*]. Statute [*Zakon*]. 2015. No. 12. P. 199–205.
- Smolnikov D.I. Shifting Burden of Proof in Civil Litigation: Playing Ping Pong or Archery? [*Perekhod bremeni dokazyvaniya v grazhdanskom sudoproizvodstve: igra v ping-pong ili strelba iz luka?*]. Statute [*Zakon*]. 2019. No. 1. P. 138–148.
- Stanghellini L., Mokai R., Paulus C.G. et al. Best Practices in European Restructuring — Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law. Milan, Wolters Kluwer, 2018. 302 p.
- Stepanov D.I. Issues of Corporate Legislation Regarding Groups of Companies and Holding Structures [*Problemye voprosy korporativnogo zakonodatelstva o gruppakh kompaniy i kholdingakh*]. Statute [*Zakon*]. 2016. No. 5. P. 67–86.
- Stepanov D.I. Why Do We Need the Minimum Share Capital Requirement and How to Determine Its Level? [*Dlya chego neobkhodim minimalnyi ustavnyi kapital i kak opredelyat' ego uroven'?*]. The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [*Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*]. 2011. No. 4. P. 43–65.
- Stepanov D.I., Mikhalechuk Yu.S. Case Law on Director's Liability to the Corporation for the Damages Caused [*Otvetstvennost' direktora pered korporatsiei za prichinennye ei ubytki v sudebnoi praktike*]. Moscow, Statut. 207 p.
- Sukhanov E.A. Comparative Corporate Law [*Sravnitel'noe komparativnoe pravo*]. Moscow, Statut, 2014. 456 p.
- Sukhanov E.A. About Legal Status of Concerns in Modern Foreign Literature [*O pravovom statute kontsernov v sovremennoi zarubezhnoi literature*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2017. No. 4. P. 283–295.
- Sukhanov E.A. The Share Capital of a Business Company in Modern Corporate Law [*Ustavnyi kapital khozyaistvennogo obschestva v sovremennom korporativnom prave*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2012. No. 2. P. 4–35.
- Suvorov E.D. Claims of Parties Connected with the Debtor within a Case on His Bankruptcy: From Objective to Subjective Imputation [*Trebovaniya svyazannykh s dolzhnikom lits v dele o ego bankrotstve: ot ob'ektivnogo k sub'ektivnomu vmeneniyu*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 4. P. 130–161; No. 5. P. 53–107.
- Tekutiev D.I. Legal Mechanism to Improve the Efficiency of the Members of the Corporation's Management Bodies [*Pravovoi mekhanizm povysheniya effektivnosti deyatelnosti chlenov organov upravleniya korporatsii*]. Moscow, Statut, 2017. 173 p.
- Thole C. Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen: zwei Seiten derselben Medaille? Zeitschrift fuer das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. 2012. Bd. 176. H. 5. S. 513–546.
- Tillmann T. Kreditinstitute als gesellschafteraehnliche Darlehensgeber: Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs des § 32a III 3 GmbHG? DB. 2006. S. 199–204.
- Tkachev V.N. Actual Problems of Legal Regulation of Insolvency (Bankruptcy) in Modern Russian Law: A PhD Thesis in Law [*Aktualnye problemy pravovogo regulirovaniya nesostoyatelnosti (bankrotstva) v sovremennom rossiiskom prave: dis. ... kand. yurid. nauk*]. Moscow, 1999. 220 p.

- Tollenaar N. The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings. *Insolvency Intelligence*. 2017. Vol. 30 (5). P. 65–81.
- Tucker M.R. Debt Recharacterization During an Economic Trough: Trashing Historical Tests to Avoid Discouraging Insider Lending. *Ohio State Law Journal*. 2010. Vol. 71. No. 1. P. 187–228.
- Veil R. Gesellschaftershaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung. *NJW*. 2008. S. 3264–3266.
- Vitryanskiy V.V., ed. Scientific and Practical Commentary (Article-by-Article) on the Federal Law 'On Insolvency (Bankruptcy)' [*Nauchno-prakticheskiy kommentariy (postateinyi) k Federalnomu zakonu «O nesostoyatelnosti (bankrotstve)»*]. Moscow, Statut, 2003. 1037 p.
- Vitryanskiy V.V., ed. Federal Law 'On Insolvency (Bankruptcy)': An Article-by-Article Commentary [*Federalnyi zakon «O nesostoyatelnosti (bankrotstve)»: postateinyi kommentariy*]. Moscow, Statut, 1998. 418 p.
- Volchanskiy M.A. Challenging a Transaction Made to the Detriment of Creditors before the Initiation of Bankruptcy Proceedings. Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the SC RF No. 305-ЭС18-18538, 14 February 2019 [*Osparivanie sdelki vo vred kreditoram do vvedeniya konkursnogo proizvodstva. Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam VS RF ot 14.02.2019 No. 305-ЭС18-18538*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2019. No. 8. P. 40–47.
- Waclawik E. Die Verantwortlichkeit fuer existenzvernichtendes Unterlassen. *DStR*. 2008. S. 1486–1492.
- Weber H.-J., Lepper M. Das eigenkapitalersetzende Darlehen des GmbH-Gesellschafters. *DStR*. 1991. S. 980–985.
- Weijs R.J., de, Good M. Shareholders' and Creditors' Entitlements on Insolvency: Who Wins Where? *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*. 2015. November. P. 642–645.
- Weijs R.J., de. Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide. *Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-21*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097> (Accessed 27 August 2020).
- Weijs R.J., Breeman M. COMI-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law. *European Company and Financial Law Review*. 2015. Vol. 11 (4). P. 495–530.
- Weitnauer W. Financial (Re)structuring: Massnahmen zur Eigenkapitalstaerkung, in: *Festschrift fuer Karl Peter Mailaender zum 70. Geburtstag am 23. Oktober 2006*. Berlin, Walter de Gruyter, 2006. S. 441–465.
- Wiedemann H. Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung. *ZIP*. 1986. S. 1293–1303.
- Wilton J., McGee W. The Past and Future of Debt Recharacterization. *Business Lawyer*. 2018. Vol. 74. P. 91–125.
- Wuest G. Wege des Glaebigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH. *DStR*. 1991. S. 1388–1393.
- Zaitsev O.R. Challenging of the Transactions in Case of Bankruptcy: On the Certain Novelties in the Law No. 73-FZ [*Osparivanie sdelok pri bankrotstve: o nekotorykh novellakh zakona No. 73-FZ*], in: Vitryanskiy V.V., ed. *Insolvency (Bankruptcy): Commentary on the New Laws and Their Application by Courts [Nesostoyatelnost' (bankrotstvo): Nauchno-prakticheskiy kommentariy novell zakonodatelstva i praktiki ego primeneniya]*. Moscow, Statut, 2010. P. 86–117.
- Zakharov A.N. Some Issues of Piercing Corporate Veil: American Experience and Opportunities to Use It in Russian Law [*Nekotorya voprosy snyatiya korporativnoi vuali: amerikanskiy opyt i vozmozhnosti ego ispolzovaniya v rossiiskom prave*]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*]. 2014. No. 10. P. 32–62.
- Ziemons H., Jaeger C. BeckOK GmbHG-Kommentar. 33. Auflage. Muenchen, C.H. Beck, 2017. Available at Beck-Online.

Information about authors

Rustem Miftakhutdinov — Associate Professor at the Administrative and Finance Law Department, Head of the Bankruptcy Law Master's Program of the Saint Petersburg State University, Associate Professor at the Business Law and Legal Procedure Department of the Russian School of Private Law, PhD in Law (e-mail: mrt1@mail.ru).

Ainur Shaidullin — Consultant at the Alexeev Research Centre for Private Law under the President of the Russian Federation, PhD Student at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Master of Law (Russian School of Private Law) (e-mail: a.shaydullin.law@yandex.ru).