

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

На правах рукописи

Есманский Андрей Алексеевич

Основания для понижения очередности удовлетворения требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц в делах о несостоятельности (банкротстве) юридических лиц

Научная специальность 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель: доктор
юридических наук Попондопуло
Владимир Федорович

Санкт-Петербург

2024 год

Оглавление

| | |
|---|-----|
| Введение..... | 4 |
| Глава 1. Законодательные и политико-правовые предпосылки субординации требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц..... | 18 |
| § 1. Законодательные основы института субординации..... | 18 |
| § 2. Основные модели субординации в зарубежных юрисдикциях..... | 32 |
| § 3. Политико-правовые основания субординации..... | 37 |
| Глава 2. Определение круга лиц, к чьим требованиям применяются правила о субординации..... | 67 |
| § 1. Виды юридических лиц, в банкротстве которых применимы правила о субординации..... | 67 |
| § 2. Проблемы определения и использования понятия контролирующего должника лица для целей субординации требований в банкротстве..... | 69 |
| § 3. Подходы к решению проблемы определения круга лиц, чьи требования подлежат субординации..... | 78 |
| § 4. Участник (акционер) общества как надлежащий адресат правил о субординации требований в банкротстве..... | 88 |
| § 5. Проблема применимости правил о субординации при осуществлении финансирования через третьих лиц..... | 91 |
| Глава 3. Проблемы квалификации обязательственных отношений должников и контролирующих их лиц в качестве финансирования..... | 99 |
| § 1. Понятие финансирования для целей субординации..... | 99 |
| § 2. Особенности субординации отдельных видов требований..... | 103 |
| Глава 4. Особенности субординации требований, возникших в связи с кризисным финансированием..... | 111 |
| § 1. Критерии имущественного кризиса для целей субординации..... | 111 |
| § 2. Перспективы законодательного регулирования..... | 124 |
| Глава 5. Особенности субординации требований, возникших при изначальной недокапитализации общества | 129 |

| | |
|--|-----|
| § 1. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требования..... | 129 |
| § 2. Критерии достаточности уставного капитала..... | 132 |
| § 3. Значение динамики обеспеченности общества собственным капиталом... | 136 |
| § 4. Определение начального периода осуществления должником предпринимательской деятельности..... | 138 |
| Глава 6. Исключения из правил о субординации..... | 140 |
| § 1. Привилегия миноритарности..... | 140 |
| § 2. Привилегия санации..... | 143 |
| § 3. Требования заимодавцев, осуществляющих корпоративный контроль в обеспечительных целях..... | 152 |
| § 4. Привилегия публичных кредиторов..... | 154 |
| Заключение..... | 158 |
| Список использованной литературы..... | 160 |

Введение

Актуальность темы исследования. В деловой практике широко распространена модель финансирования деятельности компании через выдачу ей займов акционером или иным контролирующим лицом. По сравнению с взносом в уставный капитал такая модель значительно проще и удобнее для акционера: для внесения средств ему не требуется инициировать процедуру увеличения уставного капитала, а для их вывода не требуется принимать решение о выплате дивидендов.

В большинстве правопорядков, в том числе, российском само по себе финансирование общества его собственным акционером через выдачу займов, признается допустимым.

Вместе с тем, в случае несостоятельности общества такой способ финансирования позволяет акционеру претендовать на пропорциональную часть средств, вырученных от реализации конкурсной массы, а также в некоторых случаях - контролировать процедуру банкротства.

В связи с этим в законодательстве и судебной практике ряда стран были выработаны правила о субординации, то есть понижении в очередности требований участников и иных контролирующих должника лиц. В некоторых юрисдикциях, например, Германии субординации подлежат любые требования, основанные на финансировании, полученным обществом от его участника («жесткая» модель субординации»), в других же правила о субординации применяются при наличии определенных оснований, как правило, при предоставлении финансирования обществу, находящемуся в кризисном состоянии («мягкая» модель субординации).

В обоснование необходимости субординации требований контролирующих кредиторов приводится множество аргументов, согласно которым субординация выступает в качестве механизма справедливого распределения рисков между внешними и внутренними кредиторами, специфической санкции за негативные последствия отсрочки открытия

процедуры банкротства, меры, направленной на стимулирование более раннего открытия процедуры банкротства и т.д. Аргументы оппонентов субординации сосредоточены в плоскости негативных стимулов, которые субординация, по их мнению, создает для участников, пытающихся вывести подконтрольные им общества из кризисной ситуации путем предоставления заемного финансирования.

В России практика субординации требований участников обществ и связанных с ними лиц начала складываться с 2017-2018 годов, была систематизирована в Обзоре Верховного Суда от 29.01.2020¹ и с тех пор активно применяется в практике арбитражных судов. Так, в соответствии со сложившейся практикой субординированное требование подлежит удовлетворению после погашения требований конкурсных кредиторов, заявленных после закрытия реестра требований кредиторов, но приоритетно по отношению к требованиям лиц, получающих имущество должника при распределении ликвидационной квоты. Кредитор по субординированному требованию ограничен в праве голосовать на собрании кредиторов и обладает лишь процессуальными правами лица, участвующего в деле о банкротстве (п. 14 Обзора). Основанием субординации может быть возникновение требования либо в результате кризисного финансирования, либо при изначальной недокапитализации (п. 3.1, п. 9 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020), то есть в отечественном правовом порядке реализована «мягкая» модель субординации.

На сегодняшний день основания субординации требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц на законодательном уровне не установлены, и множество спорных вопросов субординации при кризисном финансировании и изначальной недокапитализации не урегулировано даже на уровне судебной практики. Находящийся на

¹Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 7, июль, 2020, СПС «Консультант Плюс», далее по тексту - Обзор Верховного Суда от 29.01.2020, Обзор ВС РФ от 29.01.2020, Обзор.

рассмотрении Государственной Думы РФ Законопроект № 1172553-7² лишь переносит на законодательный уровень значительную часть разъяснений Обзора Верховного Суда от 29.01.2020, но не решает множества проблем их применения, таких как определение понятия контролирующего лица для целей субординации, определение понятий имущественного кризиса и недостаточной капитализации и т.д.

Рассматриваемую в настоящей диссертации субординацию требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц следует разграничивать с близкими по семантике и смыслу понятиями: договорной субординации³, субординации требований, возникших в результате реституции при признании сделки должника недействительной (п. 2 ст. 61.6 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», далее по тексту - Закон о банкротстве)⁴. В указанных случаях субординация используется лишь как правовое средство, применение которого обусловлено законом или договором. В свою очередь, субординация требований кредиторов, находящихся в корпоративной связи с должником, не имеет ни законодательного закрепления, ни большой истории применения в судебной практике, и по сути своей имеет предпосылки, принципиально отличные от иных случаев субординации. В связи с этим, говоря о субординации в рамках настоящей диссертации, автор обращается исключительно к субординации требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц.

Также необходимо разграничивать рассматриваемую в настоящей диссертации «истинную субординацию» от так называемой «ложной субординации» - случаев, когда требования аффилированных с должником лиц

² Законопроект № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства), внесенный в Государственную Думу РФ Правительством РФ 17 мая 2021 года, далее по тексту - Законопроект № 1172553-7. Источник: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1172553-7> (дата последнего обращения - 26.10.2023).

³ См. Тяжбин М.Д. Соглашение кредиторов одного должника о субординации в системе частного права // Вестник гражданского права. 2021. N 3. С. 7 – 107, Родина Н.В. Договорная субординация требований кредиторов в российской юрисдикции: специфика и особенности реализации // Предпринимательское право. 2021. N 3. С. 64 - 72.

⁴ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства РФ.- 28.10.2002.- № 43. - Ст. 4190, СПС «Консультант Плюс».

подлежат отклонению ввиду отсутствия у должника соответствующего обязательства (п. 5, п. 8 Обзора от 29.01.2020). Данные случаи по своей фактической подоплеке часто имеют сходство со спорами о субординации требования, однако не относятся к «истинной субординации», поскольку субординация предполагает существование обязательства, а в приведенных в п. 5, п. 8 Обзора от 29.01.2020 разъяснениях обязательство признается отсутствующим.

Актуальность настоящего исследования обусловлена следующими обстоятельствами:

Во-первых, в литературе и разъяснениях Верховного Суда отсутствует единое и непротиворечивое понимание законодательных и политико-правовых оснований правил о субординации требований лиц, находящихся в корпоративной связи с должником. Существуют различные и порой взаимоисключающие представления о том, почему требования аффилированных с должником кредиторов должны удовлетворяться в менее приоритетной очередности по сравнению с «внешними» кредиторами. От ответа на этот вопрос зависит круг лиц, чьи требования могут быть субординированы, условия для их субординации, исключения из правил о субординации.

Во-вторых, необходимо обоснованное целями института субординации решение вопроса о круге лиц, чьи требования могут быть субординированы. Применяемое в действующей практике понятие контролирующего должника лица было изначально введено для целей применения норм о субсидиарной ответственности (глава III.2 Закона о банкротстве), и не всегда отвечает целям и задачам института субординации.

В-третьих, требует решения вопрос о том, какие обязательственные требования можно считать возникшими в связи с предоставлением должнику финансирования, и следует ли вообще ограничивать применение правил субординации только такими требованиями.

В-четвертых, невозможно обеспечить единообразие правоприменительной практики без установления единых критериев имущественного кризиса и

изначальной недокапитализации, - понятий, используемых в двух предусмотренных Обзором от 29.01.2020 и Законопроектом № 1172553-7 основаниях субординации.

С учетом изложенного, политико-правовые основания, цели и задачи института субординации, а также конкретные формально-юридические основания применения правил о субординации требуют научного осмысления и детального правового регулирования.

Степень разработанности темы. В связи с тем, что институт субординации был воспринят судебной практикой относительно недавно, а соответствующее законодательное регулирование и вовсе отсутствует, проблемы субординации обсуждаются лишь в небольшом числе научных работ.

Имеющиеся работы, как диссертационного, так и иного характера, которые стали появляться, главным образом после первых дел Верховного Суда РФ, посвященных статусу требований участников хозяйственных обществ, исследуют аргументы за и против субординации как таковой, а также опыт зарубежных юрисдикций и применяемых в них моделей субординации. При этом теоретическому осмыслению сформированных Верховным Судом РФ правил о субординации и формулированию определений ключевых для этих правил понятий по-прежнему уделяется достаточно мало внимания.

Среди диссертационных исследований, посвященных субординации контролирующих должника лиц следует особо отметить диссертацию А.И. Шайдуллина⁵, автор которой подробно исследовал и обобщил историю и особенности регулирования вопросов субординации в Германии и Австрии, а также проанализировал ключевые аргументы за и против внедрения института субординации и рассмотрел некоторые особенности его применения. На сегодняшний день данная работа является наиболее всеобъемлющим

⁵ Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. <https://izak.ru/science/dissertatsionnye-sovety/dissertatsionnyy-sovet-d503-001-01/subordinatsiya-obyazatelstvennykh-trebovaniy-kontroliruyushchikh-dolzhnika-i-affilirovannykh-s-nim-1/> (дата последнего обращения – 03.10.2023).

исследованием субординации как правового явления. Вместе с тем, изучению конкретных оснований субординации в работе А.И. Шайдуллина отведено весьма скромное место, что можно объяснить приверженностью автора модели «жесткой субординации», при которой субординации подлежат все требования, основанные на финансировании, предоставленном должнику контролирующими лицами.

В диссертации И.В. Широковой⁶ подробно рассмотрена субординация требований как гражданско-правовой механизм, проанализированы элементы и стадии данного механизма. Диссертация Н.В. Родиной⁷ также посвящена механизму субординации требований в банкротстве, который рассмотрен с точки зрения применяемых правовых способов и правовых средств, при этом особое внимание уделено соглашению как правовому средству субординации требований. За рамками обоих упомянутых исследований остался детальный анализ оснований принудительной (не договорной) субординации требований, который является основным предметом настоящей диссертации.

Проблеме субординации требований участников и иных контролирующих лиц также посвящены отдельные публикации таких авторов, как Алоян А.Э.⁸,

⁶ Широкова Е.В. Гражданско-правовой механизм субординации требований кредиторов при банкротстве корпораций. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. <https://www.ulsu.ru/media/uploads/hairutdinova%40ulsu.ru/2021/07/10/%D0%B4%D0%B8%D1%81%D1%81%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%86%D0%B8%D1%8F%20%D0%95.%D0%92.%20%D0%A8%D0%B8%D1%80%D0%BE%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9%20.pdf> (дата последнего обращения – 28.05.2023).

⁷ Родина Н.В. Механизм субординации требований кредиторов в процессе несостоятельности (банкротства) юридических лиц: проблемы правовой регламентации. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. https://istina.msu.ru/download/435266737/1qmtf3:VvI-mcNKwpp2LRFgqM5Z6w_6g7k/ (дата последнего обращения – 01.10.2023).

⁸ Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. N 6. С. 221 - 240.

Белоусов И.А.⁹, Галкин С.С.¹⁰, Кокорин И.В.¹¹, Кудинова М.С.¹², Подшивалов Т.П.¹³, Ряполова О.А.¹⁴, Сафонов А.В.¹⁵, Суворов Е.Д.¹⁶, Федотов Д.В.¹⁷, Чуприков М.В.¹⁸, Шевченко И.М.¹⁹ и другие. Поскольку данные публикации сконцентрированы, прежде всего, на принципиальном вопросе о необходимости субординации и некоторых частных вопросах применения данного института на практике, имеется потребность в комплексном исследовании оснований субординации в рамках отечественного правопорядка.

Объектом исследования являются отношения, связанные с осуществлением контролируемыми должника лицами прав кредиторов в рамках дел о банкротстве хозяйствующих субъектов юридических лиц.

Предметом исследования являются проблемы установления оснований для понижения в очередности (субординации) обязательственных требований контролирующих должника лиц в делах о несостоятельности юридических лиц.

⁹ Белоусов И.А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 5. С. 120 - 169.

¹⁰ Галкин С.С. Субординация кредиторских требований, возникших после возбуждения производства по делу о банкротстве: возможные правоприменительные модели de lege lata // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2020. N 2. С. 79 - 90, Галкин С.С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение "Право и Бизнес". 2018. N 3. С. 45 - 51.

¹¹ 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 Российской Федерации. 2018. N 2. С. 119 - 137.

¹² Кудинова М.С. Судебная практика рассмотрения субординированных требований в процедурах банкротства // Арбитражные споры. 2021. N 3. С. 74 - 87.

¹³ Подшивалов Т.П. Охрана интересов должника в договорном обязательстве при банкротстве и злоупотребление корпоративным контролем // Право и экономика. 2017. N 12. С. 41 - 45.

¹⁴ Ряполова О.А. Механизм субординации требований кредиторов в делах о банкротстве с позиции принципа добросовестности // Журнал российского права. 2022. N 3. С. 75 - 87.

¹⁵ Сафонов А.В. Справедливая очередь кредиторов. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.07.2018 N 310-ЭС17-20671 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 12. С. 14 - 21.

¹⁶ Суворов Е.Д. Принцип равенства кредиторов как инструмент выявления злоупотреблений в банкротстве: равное равным, различное различным // Закон. 2020. N 9. С. 39 - 52.

¹⁷ Федотов Д.В. К вопросу о субординации требований аффилированных кредиторов в банкротстве // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2018. N 4. С. 203 - 213, Федотов Д.В. Уступка права требования к несостоятельному должнику: способы защиты прав цессионария в случае наличия оснований для субординации требования // Юрист. 2021. N 2. С. 57 - 62.

¹⁸ Чуприков М.В. Момент возникновения обязанности контролирующих лиц сообщить о финансовых трудностях организации // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. N 4. С. 56 - 75.

¹⁹ Шевченко И.М. К вопросу о понижении очередности удовлетворения (субординации) требований кредиторов в делах о банкротстве // Российский судья. 2018. N 3. С. 10 - 14., Шевченко И.М. К вопросу о субординации требований кредиторов, возникших после возбуждения дела о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023. № 6. С. 164-181.

Цели и задачи исследования. Целью настоящего исследования является формирование целостного представления о политико-правовых основаниях понижения в очередности требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц, а также установления конкретных и проистекающих из данных политико-правовых оснований случаев, в которых соответствующие требования подлежат субординации.

Задачи исследования состоят в следующем:

1. Рассмотреть процесс формирования института субординации в России и основные модели субординации за рубежом.

2. Исследовать основные подходы к обоснованию политико-правовых целей субординации, а также аргументы против применения правил о субординации.

3. Обосновать оптимальное политико-правовое объяснение необходимости субординации и оценить роль данного института в достижении целей правового регулирования.

4. Определить круг лиц, к требованиям которых могут применяться правила о субординации.

5. Установить определение понятия «финансирование» и типы требований, которые могут быть признаны финансированием для целей субординации.

6. Изучить особенности отдельных оснований субординации: кризисного финансирования и изначальной недокапитализации. Выработать критерии, необходимые для установления наличия или отсутствия соответствующих оснований.

Методология и методы исследования состоят в общенаучных методах познания (в том числе, анализ, синтез, обобщение, аналогия, индукция и дедукция), а также специальных методах исследования (в том числе, формально-логический, формально-юридический, сравнительно-правовой и метод правового прогнозирования). Избранные методы позволили осуществить системный анализ нормативного регулирования и правоприменительной

практики по вопросу о субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц.

Нормативно-правовая база исследования. Акты отечественного и зарубежного законодательства, регулирующие вопросы очередности удовлетворения требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц.

Эмпирическая основа исследования. Правоприменительная практика российских и зарубежных судов по вопросам понижения очередности удовлетворения требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц.

Теоретические основы исследования. В исследовании используются работы таких российских и советских ученых, как Белых В.С., Ершова И.В., Иванов А.А., Иоффе О.С., Каменков М.В. Карапетов А.Г., Карелина С.А., Кораев К.Б., Мифтахутдинов Р.Т., Мохов А.А., Петров Д.А., Попондопуло В.Ф., Скворцов О.Ю., Суворов Е.Д., Суханов Е.А., Тарасенко О.А., Телюкина М.Н., Фролов И.В., Хвостов В.М., Шайдуллин А.И., Шишмарева Т.П. и др.

Также используются работы зарубежных исследователей, в частности, Eidenmueller H., Gelter M., Madaus, S., Schmidt K., Skeel, D., Wessels B.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в новом подходе к исследованию субординации требований кредиторов как механизму компенсации недостаточности собственного капитала юридического лица в целях повышения уровня удовлетворения требований внешних кредиторов. Данный подход позволяет сформировать целостное представление о политико-правовых основаниях понижения в очередности требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц, в соответствии с которым устанавливаются конкретные случаи, в которых соответствующие требования подлежат субординации. Кроме того, результатами исследования стали предложения о совершенствовании правил о субординации в части определения круга лиц, чьи требования подлежат субординации, понятия «финансирование» для целей субординации, а также ряда особенностей применения таких

оснований субординации, как кризисное финансирование и изначальная недокапитализация и исключений из данных правил.

Теоретическое значение диссертации состоит в формировании целостного представления о политико-правовых основаниях понижения в очередности требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц, а также установлении случаев, в которых соответствующие требования подлежат субординации.

Практическое значение диссертации состоит в формулировании конкретных критериев, при наличии которых требование подлежит субординации, а также презумпций, упрощающих установление правоприменителем наличия или отсутствия данных критериев. Результаты исследования могут быть использованы в процессе совершенствования законодательства о банкротстве и практики его применения, а также в учебных целях.

Степень достоверности и апробация результатов. Достоверность основных выводов настоящего исследования подтверждается анализом доктринальных источников, нормативных положений и правоприменительной практики российских и зарубежных судов.

Основные выводы диссертации отражены в трех научных статьях, опубликованных в издании, рекомендованном Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки Российской Федерации.

Основные выводы диссертации содержались в научных докладах и выступлениях на международном научном семинаре «PhD Workshop on European / International Insolvency Law» фонда «Stichting Bob Wessels Insolvency Law Collection», Юридический факультет Лейденского университета с докладом на тему «Subordination of the affiliated claims in Russia recent successes and prospects of development», на VIII международной конференции молодых ученых «Тенденции развития частного права» (МГЮА) с докладом на тему «Изначальная недокапитализация как основание для субординации требований контролирующих должника лиц», на Международной научно-практической

конференции «Неволинские чтения-2022» с докладом на тему «Особенности доказывания компенсационного характера финансирования в спорах о субординации требований контролирующих должника лиц», на II ежегодной Международной научно-практической конференции на тему «Право и бизнес в реалиях современности: национальное, региональное и международное измерение» с докладом на тему «Роль аффилированных с должником кредиторов в банкротстве: развитие практики и перспективы законодательного регулирования».

Структура диссертации. Диссертация состоит из введения, шести глав, заключения и списка использованной литературы.

Основные научные результаты.

1. Произведен критический анализ основных подходов к обоснованию применения правил о субординации²⁰. Выработан новый подход к обоснованию применения правил о субординации как механизма компенсации недостаточности собственного капитала юридического лица в целях повышения уровня удовлетворения требований внешних кредиторов²¹.

2. Рассмотрены проблемы субординации требований, возникших в связи с кризисным финансированием²². Предложено решение проблемы отсутствия ясных критериев имущественного кризиса для целей субординации путем определения имущественного кризиса как трудного экономического положения, наличие которого предполагается в случае, если стоимость чистых активов должника менее его уставного капитала. Также предложено установить на законодательном уровне особых презумпций, упрощающих доказывание для лиц, заинтересованных в субординации требования²³. Для целей поощрения досудебной санации выработаны предложения по формулированию в законодательстве исключения из правил о субординации для требований,

²⁰ Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // Закон. 2023. N 3. С. 159-163.

²¹ Там же, стр. 164-165.

²² Там же, стр. 166-168.

²³ Там же, стр. 169-170.

возникших в результате кризисного финансирования, которое было обусловлено наличием соглашения контролирующего лица с не связанным с должником мажоритарным кредитором при условии, что в результате реализации данного соглашения положение не участвовавших в нем миноритарных кредиторов не ухудшилось²⁴.

3. Рассмотрены проблемы субординации требований, возникших при изначальной недокапитализации общества. Сформулирован и обоснован предлагаемый к законодательному закреплению критерий недостаточной капитализации – превышение размера контролируемой задолженности над собственным капиталом более чем в 3 раза²⁵.

Положения, выносимые на защиту.

1. Основным политико-правовым обоснованием применения института субординации является использование ее как механизма компенсации недостаточности собственного капитала юридического лица в целях повышения уровня удовлетворения требований внешних кредиторов.

Институт субординации налагает дополнительное бремя на контролирующих должника лиц, которое, однако, несоизмеримо меньше тех издержек, которые эти лица и общество в целом несли бы в случае осуществления государственного контроля за обеспеченностью организаций собственным капиталом.

2. Контролирующими должника лицами для целей субординации следует считать лиц, имевших на момент предоставления финансирования возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия, за исключением лиц, у которых такая возможность была связана исключительно с занятием или должности в органах управления общества-должника. Кроме того, к контролирующим лицам для целей субординации приравниваются кредиторы, предоставившие должнику

²⁴ Есманский А.А. Реструктуризация задолженности: как защитить интересы независимых кредиторов? // Закон. 2023. N 4. С. 96-97.

²⁵ Есманский А.А. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требований контролирующих должника лиц // Закон. 2022. N 2. С. 158.

финансирование под влиянием контролирующего должника лица, а также кредиторы, которые в совокупности имеют возможность влиять на должника так же, как контролирующее лицо, и при предоставлении финансирования действовали согласованно.

При этом *de lege ferenda* наиболее обоснованным с точки зрения соответствия целям субординации как института, необходимости соблюдения разумного баланса интересов кредиторов должника и кредиторов связанных с ним лиц, а также обеспечения правовой определенности является распространение правил о субординации только на участников (акционеров, собственников имущества, учредителей) должника.

3. Под финансированием для целей субординации следует понимать действия или бездействие контролирующего лица, совершаемые с целью предоставления должнику или сбережения им имущества (имущественных прав) на условиях осуществления встречного предоставления в срок, превышающий обычный срок встречного предоставления в случае заключения контролирующим лицом аналогичной сделки с контрагентом, не входящим с ним в одну группу лиц.

Вместе с тем применение критерия наличия цели профинансировать подконтрольное лицо не видится оправданным с учетом целей субординации, а также порождает множество спорных ситуаций на практике. В связи с этим более оптимальной видится модель регулирования, в рамках которой понижению в очередности будут подлежать любые требования контролирующих лиц, возникшие в период имущественного кризиса.

4. Первым из двух возможных оснований субординации является капитализация в кризис, под которой следует понимать финансирование должника, находящегося не только и не столько в состоянии объективного банкротства, сколько в состоянии имущественного кризиса. Используемому в судебной практике понятию имущественного кризиса предлагается дать определение «трудное экономическое положение, наличие которого предполагается в случае, если стоимость чистых активов должника менее его

уставного капитала». При этом сложность установления стоимости чистых активов должника на момент предоставления финансирования предлагается компенсировать путем установления на законодательном уровне особых презумпций, упрощающих доказывание для лиц, заинтересованных в субординации требования.

5. Вторым основанием субординации является финансирование при изначальной недокапитализацией, при этом критерий недостаточности капитализации должен быть закреплен законодательно. Предлагаемый вариант такого критерия – превышение размера контролируемой задолженности над собственным капиталом более чем в 3 раза.

6. Представляются обоснованными такие исключения из правил о субординации, как привилегия миноритарности и привилегия санации.

Под привилегией миноритарности следует понимать изъятие из-под действия правил о субординации требований участников, доля которых в уставном капитале хозяйственного общества не превышает определенного порога, который предлагается установить на уровне 1%.

Под привилегией санации следует понимать изъятие из-под действия правил о субординации требований, возникших в результате кризисного финансирования, которое было обусловлено наличием соглашения контролирующего лица с не связанным с должником мажоритарным кредитором при условии, что в результате реализации данного соглашения положение не участвовавших в нем миноритарных кредиторов не ухудшилось. Для целей применения данной привилегии предлагается исключить возможность признания мажоритарным кредитором любого аффилированного с должником лица, при этом большинство требований кредиторов для указанных целей следует устанавливать без учета всех требований аффилированных с должником лиц.

Глава 1. Законодательные и политико-правовые предпосылки субординации требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц

§ 1. Законодательные основы института субординации

Очередность удовлетворения требований кредиторов установлена в статьях 134, 142 Закона о банкротстве, а также некоторых иных положениях, регулирующих банкротство отдельных видов организаций. В отличие от Закона РФ от 19.11.1992 N 3929-1 "О несостоятельности (банкротстве) предприятий", статья 30 которого предусматривала удовлетворение требований членов трудового коллектива предприятия - должника, обладающих вкладом в его имущество и прочих собственников после требований конкурсных кредиторов, современное законодательство не предусматривает особой очередности удовлетворения требований кредиторов, являющихся участникам должника, иными контролирующими его или аффилированными с ним лицами (далее такие кредиторы будут называться «внутренними кредиторами», тогда как все остальные кредиторы - «внешними»).

Действующий в настоящее время Закон о банкротстве, как и действовавший до него Федеральный закон от 08.01.1998 N 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», устанавливает лишь определение понятия конкурсных кредиторов, из числа которых прямо исключаются требования учредителей (участников) должника - юридического лица по обязательствам, вытекающим из такого участия (абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве). Как отмечала Л.А. Новоселова, обязательства перед учредителями (участниками) должника носят внутренний характер и не могут конкурировать с внешними обязательствами, т.е. с обязательствами должника как участника имущественного оборота перед другими участниками оборота²⁶. Рассматривая

²⁶ Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве)" / С.Е. Андреев, В.В. Витрянский, С.А. Денисов и др.; под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2003. 1037 с.

данную норму, Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 27.01.2011 N 75-О-О указал, что учредители (участники) должника не признаются конкурсными кредиторами, поскольку характер обязательств учредителей (участников) должника непосредственно связан с ответственностью указанных лиц за деятельность общества в пределах стоимости принадлежащих им долей. Аналогичная позиция была высказана в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда (далее - ВАС РФ) от 30.11.2010 N 10254/10 по делу N А45-808/2009, который отметил, что именно участники (акционеры) хозяйственного общества-должника, составляющие в совокупности высший орган управления обществом (общее собрание участников (акционеров)), ответственны за эффективную деятельность самого общества и, соответственно, несут определенный риск наступления негативных последствий своего управления им. В указанном деле ВАС РФ со ссылкой на ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) признал недопустимым удовлетворение в одной очереди с иными кредиторами лица, являющегося кредитором общества по договору поручительства, выданному в рамках сделки по продаже акций общества.

В течение долгого времени в качестве требований, вытекающих из участия в юридическом лице, рассматривались исключительно требования, основанные на корпоративных отношениях участника (бывшего участника) с должником: прежде всего, требования о выплате действительной стоимости доли в обществе²⁷, о возврате паевого взноса²⁸, о выплате дивидендов или распределении прибыли в иной форме²⁹, о выплате участнику (акционеру)

²⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.11.2016 N Ф05-16008/2016 по делу N А40-183128/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.03.2016 N Ф05-428/2016 по делу N А40-39242/2014, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 05.05.2015 N Ф01-1047/2015 по делу N А31-13132/2013, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.02.2016 N Ф04-18/2016 по делу N А70-10625/2015, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.01.2017 N Ф06-17685/2013 по делу N А65-17930/2013, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 03.03.2016 N Ф06-6151/2016 по делу N А55-5002/2014, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12.08.2015 N Ф08-5601/2015 по делу N А61-2137/2013.

²⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 20.06.2013 N 3810/13 по делу N А40-79131/11-74-348"Б", Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.07.2016 N Ф04-3028/2016 по делу N А46-14885/2015.

²⁹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.11.2016 N Ф04-4957/2016 по делу N А46-9286/2015, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29.10.2015 N Ф06-13741/2013 по делу N

ликвидируемого хозяйственного общества за счет имущества данного общества денежных средств при прекращении отношений, связанных с владением этим участником (акционером) долями (акциями)³⁰ и т.д. Позднее к корпоративным требованиям было также отнесено требование участника о возврате вклада в уставной капитал общества в связи с недействительностью решения об увеличении уставного капитала³¹.

При этом суды принципиально отделяли от требований, вытекающих из участия, требования, основанные на обязательственных (чаще всего – заемных) отношениях должника с его участниками или иными аффилированными лицами³²³³.

Радикальные изменения судебной практики в данном отношении начались с Определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(1) по делу N А32-19056/2014³⁴, в котором впервые прозвучало расширительное толкование понятия требований, вытекающих из участия: «к подобного рода обязательствам относятся не только такие, существование которых прямо предусмотрено корпоративным законодательством (выплата дивидендов, действительной стоимости доли и т.д.), но также и обязательства, которые, хотя формально и имеют гражданско-правовую природу, в действительности таковыми не являются (в том числе по

А65-20322/2013, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.04.2017 N Ф08-2270/2017 по делу N А20-330/2015, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 31.03.2015 N Ф09-6209/14 по делу N А47-867/2014, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.12.2015 N Ф10-4275/2015 по делу N А36-6219/2013.

³⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 30.11.2010 N 10254/10 по делу N А45-808/2009.

³¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.02.2018 N 305-ЭС17-17208 по делу N А40-10067/2016, п. 16 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 2 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.07.2018).

³² Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.08.2016 N Ф07-6431/2016 по делу N А56-60000/2015, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.12.2014 N Ф02-5867/2014 по делу N А33-20600/2013, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 09.02.2017 N Ф09-7955/16 по делу N А60-909/2016, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 15.04.2016 N 10АП-2759/2016 по делу N А41-42676/15.

³³ Следует оговориться, что в рамках настоящей главы законодательные и политико-правовые основания правил о субординации рассмотрены на наиболее очевидном примере кредитора, который одновременно является единственным участником общества-банкрота. Проблемы определения перечня лиц, к которым применимы правила о субординации и основания их применения, рассмотрены далее в гл. 2 настоящей диссертации.

³⁴ Также см. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(2) по делу N А32-19056/2014, п. 18 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 5 (2017)" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.12.2017).

причине того, что их возникновение и существование было бы невозможно, если бы заимодавец не участвовал в капитале должника)». Указанное Верховный Суд мотивировал ссылкой на применяемые в порядке аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК РФ) требования добросовестности, разумности и справедливости, в соответствии с которыми «на такого участника подлежит распределению риск банкротства контролируемого им лица, вызванного косвенным влиянием на неэффективное управление последним, посредством запрета в деле о несостоятельности противопоставлять свои требования требованиям иных (независимых) кредиторов». С учетом изложенного, Верховный Суд заключил, что суд вправе переqualифицировать заемные отношения в отношении по поводу увеличения уставного капитала по правилам п. 2 ст. 170 Гражданского кодекса Российской Федерации либо при установлении противоправной цели - по правилам об обходе закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ, абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве), признав за прикрываемым требованием статус корпоративного, что является основанием для отказа во включении его в реестр. Данный подход в определенной мере отражает высказанное Д.А. Петровым мнение о том, что к обязательствам, вытекающим из факта участия, могут быть отнесены обязательства, которые хотя формально и имеют гражданско-правовую природу, в действительности таковыми не являются (в том числе по причине того, что их возникновение и существование были бы невозможны, если бы заимодавец не участвовал в капитале должника)³⁵.

Вместе с тем, практически сразу после принятия Верховным Судом упомянутых судебных актов стал очевидным ряд недостатков изложенной в них правовой позиции.

Во-первых, ничтожность сделки на основании п. 2 ст. 170 ГК РФ сама по себе не влечет субординации требования участника.

Как правило, действий, совершаемых участником при предоставлении займа, не достаточно для наступления таких правовых последствий в области

³⁵ Петров Д.А. Проблемы исполнения обязательств должника-банкрота третьим лицом или учредителем // Информационно-аналитический журнал "Арбитражные споры". 2018. N 4. С. 126 - 136.

корпоративных отношений, как увеличение уставного капитала³⁶ или внесение вклада без увеличения уставного капитала³⁷. Поскольку прикрываемая сделка может быть также признана недействительной по основаниям, установленным ГК РФ или специальными законами³⁸, такое корпоративное предоставление чаще всего основано на ничтожной сделке (п. 2 ст. 168 ГК РФ). С учетом п. 2 ст. 167 ГК РФ, согласно которому при недействительности сделки каждая из сторон обязана возратить другой все полученное по сделке, участник получит реституционное требование к должнику в размере суммы займа³⁹.

Следовательно, признание требования участника основанным на притворной сделке при последовательном применении норм ГК РФ в большинстве случаев приведет к тому, что данный кредитор установит свое требование в реестре не на основании договора займа, а на основании реституционного требования по недействительной сделке. Данное обстоятельство было также отмечено Карапетовым А.Г. в его комментарии к правовой позиции по упомянутому выше делу «Нефтегазмаш-Технологии»⁴⁰.

Разумеется, если суд установит в действиях участника намерение обойти закон, ему может быть отказано в судебной защите на основании п. 2 ст. 10 ГК РФ. Однако сама по себе необходимость применения нормы о злоупотреблении правом показывает несостоятельность всей правовой конструкции, основанной на притворности сделки, опосредующей финансирование.

Во-вторых, применение норм о притворных сделках и/или об обходе закона связаны с необходимостью устанавливать направленность воли сторон сделки. Принимая во внимание сложность доказывания намерений сторон

³⁶ Ст. 19 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", ст. 28 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах".

³⁷ Ст. 27 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", ст. 32.2 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах".

³⁸ П. 87 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

³⁹ Абз. 3 п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63 (ред. от 30.07.2013) "О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)".

⁴⁰ См. Карапетов А.Г. Субординация требований контролирующего должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // Закон.ру. 2018. 3 июля. URL: https://zakon.ru/blog/2018/7/3/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата последнего обращения - 07.05.2023).

сделки для их оппонентов в споре, Верховный суд предложил последним доказывать наличие объективных обстоятельств, свидетельствующих о корпоративном характере обязательства (например, допущение участником управленческих просчетов при исполнении функций руководителя, которые он компенсирует путем предоставления обществу займа). Если из материалов дела следует, что такие обстоятельства имели место, то уже на заявителя переходит бремя доказывания того, что у него при предоставлении займа были иные намерения⁴¹. В обоих случаях у сторон могут быть серьезные затруднения при выполнении своего бремени доказывания, что характерно в целом для всех споров об установлении субъективных пороков сделок.

Вероятно, именно в связи с изложенными трудностями практика переквалификации заемных требований кредиторов в корпоративные на основании п. 2 ст. 170 ГК РФ не получила широкого распространения: последний случай применения данной позиции на уровне Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ имел место в начале 2019 года⁴², а затем переквалификация заемных требований в корпоративные постепенно вышла из применения и на уровне нижестоящих судов.

В Обзоре от 29.01.2020 Верховный Суд, казалось бы, отошел от расширительного толкования абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве, указав на то, что 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 (п. 2 Обзора). Продолжая данную

⁴¹ О переходе бремени доказывания в аналогичных случаях см. 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 N 306-ЭС15-8369 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 7. С. 24 - 26.

⁴² Все примеры применения данного подхода Верховным Судом РФ: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 04.02.2019 N 304-ЭС18-14031 по делу N А81-7027/2016, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12.02.2018 N 305-ЭС15-5734(4,5) по делу N А40-140479/2014, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 21.02.2018 N 310-ЭС17-17994(1,2) по делу N А68-10446/2015, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 07.06.2018 по делу N 305-ЭС16-20992(3), А41-77824/2015, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 04.02.2019 N 304-ЭС18-14031 по делу N А81-7027/2016.

мысль, Верховный Суд констатировал, что действующее законодательство о банкротстве не содержит положений о безусловном понижении очередности удовлетворения некорпоративных требований кредиторов, относящихся к числу контролирующих должника лиц, при этом за последними исходя из принципа автономии воли и свободы экономической деятельности признается право самостоятельно определять правовую форму инвестирования – корпоративную или обязательственную.

Объясняя предпосылки субординации обязательственного требования контролирующего должника лица, Верховный Суд в п. 3.1 Обзора противопоставляет его действия предписанной Законом о банкротстве модели поведения: своевременной подаче заявления о банкротстве должника (ст. 9 Закона о банкротстве). Отклонившись от данной модели, контролирующее лицо должно нести все связанные с этим риски, в том числе риск утраты компенсационного финансирования на случай объективного банкротства. Данные риски, по мысли составителей Обзора, не могут перекладываться на других кредиторов (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Несколько выше Верховный Суд, рассуждая от противного, отмечал, что не имеется оснований для понижения очередности удовлетворения требования контролирующего лица, 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 других кредиторов должника. В качестве еще одного основания субординации Верховный Суд указал на возникновение спорного требования в результате предоставления финансирования в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, если не установлено иных целей выбора такой модели финансирования, кроме как перераспределение риска на случай банкротства. (п. 9 Обзора от 29.01.2020). В этом случае необходимость понижения очередности была объяснена со ссылкой на абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ, согласно которому участник корпорации обязан участвовать в образовании имущества корпорации в необходимом размере и на

п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. По мысли Верховного Суда, заемное финансирование в начале деятельности общества при минимальном уставном капитале, как правило, совершается с целью перераспределения риска утраты крупного вклада на случай неуспешности коммерческого проекта в пользу учредителя общества, в связи с чем данная модель финансирования приводит к дисбалансу прав должника (внутренних кредиторов) и прав независимых кредиторов. Мотивировка двух приведенных оснований субординации будет подробнее рассмотрена ниже, в параграфе 3 настоящей главы.

Несмотря на то, что Верховный Суд воздержался от прямого указания на противоправный характер действий контролирующего лица при предоставлении спорного финансирования, логическую последовательность его рассуждений невозможно истолковать иначе. В более позднем Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2022 N 305-ЭС21-14470(1,2) по делу N А40-101073/2019 отмечается: правила о субординации требований, основанных на компенсационном финансировании применяются в силу того, что последнее прикрывает неплатежеспособность должника от независимых кредиторов. В связи с этим Верховный суд заключил, что предоставленное после возбуждения дела о его банкротстве финансирование не создает риска утаивания сведений о неблагоприятном финансовом положении должника, и в связи с этим основанные на нем требования субординации не подлежат. Таким образом, приведенный подход Верховного Суда отражает достаточно распространенный в зарубежной литературе взгляд на субординацию как на своего рода **ответственность за последствия кризисного финансирования**, которые выражаются в продлении убыточной деятельности должника и сокрытии от кредиторов его истинного финансового положения.

В то же время, приводимая в мотивировке правовой позиции Верховного Суда в пунктах 3.1 и 9 Обзора от 29.01.2020 формулировка о недопустимости

переложения на внешних кредиторов рисков утраты компенсационного финансирования соответствует еще одному объяснению субординации – как **механизма справедливого распределения рисков** между внутренними и внешними кредиторами. Несколько более категорично Верховный Суд высказывается в п. 14 Обзора, посвященном процессуальным правам субординированных кредиторов: «понижение очередности погашения требования лица, контролирующего должника, вызвано исключительно отнесением на него риска предоставления компенсационного финансирования».

Указанные выше аргументы являются, в первую очередь, политико-правовыми и, как таковые, будут подробно рассмотрены в следующем параграфе. Прежде чем переходить к политико-правовому анализу, рассмотрим изложенные в Обзоре от 29.01.2020 правила с точки зрения действующего законодательства.

Отсутствие в Законе о банкротстве ясно выраженных норм о субординации требований участников должника еще не означает, что данный институт права не имеет никаких нормативных оснований. Такие основания в некоторых случаях можно усмотреть при расширительном толковании нормы, либо при наличии пробела в праве – при помощи аналогии права или аналогии закона (ст. 6 ГК РФ).

В качестве рабочей гипотезы необходимо рассмотреть возможность расширительного толкования абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве, согласно которому к конкурсным кредиторам не относятся лица, чьи требования основаны на обязательствах, вытекающих из участия в юридическом лице. Предваряя известное возражение о том, что расширительное толкование не применимо к исключениям из правил, отметим, что правило о корпоративных требованиях в банкротстве само по себе исключением не является, а лишь в силу особенностей юридической техники приведено в абзаце о конкурсных кредиторах. С таким же успехом в абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве можно было бы ограничиться определением понятия конкурсных кредиторов, а вслед за этим отдельно

привести определение «корпоративных кредиторов», требования которых основаны на обязательствах, вытекающих из участия в юридическом лице.

Как указывал В.М. Хвостов, «если окажется, что автор нормы, желая достигнуть с помощью ее известной практической цели, придал своей мысли слишком узкую редакцию в словах, так что выработанное им положение права не вполне достигало бы своей цели, будучи применяемым буквально; в этих случаях область применения нормы приходится расширить за пределы буквальной ее редакции, чтобы осуществить вполне мысль, которую имел в виду автор ее»⁴³. Примером такого расширительного толкования абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве может служить отнесение к числу «корпоративных» требований лиц, которые сами не являются участниками должника, однако приобрели соответствующее требование в порядке сингулярного правопреемства.

Можно ли утверждать, аналогичным образом, что законодатель, выделяя «требования учредителей (участников) должника - юридического лица по обязательствам, вытекающим из такого участия», имел в виду также обязательственные требования (например, из договора займа)? Представляется, что такому выводу препятствует формулировка «по обязательствам, вытекающим из такого участия»: ее наличие было бы совершенно бессмысленным, если бы к корпоративным требованиям предполагалось бы отнести любые требования участника. Нельзя признать правильным расширительное толкование, при котором часть нормативного текста становится совершенно бессмысленной.

Другая гипотеза: сформулированные Верховным Судом правила о субординации следует рассматривать как результат восполнения пробела в законе путем применения аналогии закона или аналогии права⁴⁴. Неотъемлемым условием применения какой-либо аналогии является наличие пробела в

⁴³ Хвостов В.М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в римской классической юриспруденции // Ученые записки Императорского Московского Университета. Отдел юридический. - М.: Университет. тип., 1895, Вып. 10. - С. 1-309.

⁴⁴ П. 3.1 Обзора не содержит прямого указания на нормы ГК РФ об аналогии права, однако такое указание имело место в рассмотренном выше Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(1) по делу N А32-19056/2014.

нормативном регулировании. Б. Виндшейд в связи с этим отмечал: «при пробелах необходимо, исходя от слов закона, плести дальше мысли законодателя, следствием чего может получиться аналогия (расширение закона): наука, однако, лишь должна додумывать мысли законодателя, а не подсовывать ему собственные мысли. Судья должен... понять, как законодатель бы сам выразил свое мнение, если бы обратил внимание на тот вопрос, о котором он не подумал, создавая закон»⁴⁵.

В частности, С.С. Галкин указывает, что «системное толкование норм ст. 2, п. 2 ст. 4, ст. 148 Закона о банкротстве позволяет прийти к выводу, что участники должника по обязательствам из корпоративных оснований не являются конкурсными кредиторами, их требования не подлежат квалификации ни как текущие, ни как реестровые и удовлетворяются за счет имущества, оставшегося после распределения между внешними кредиторами с учетом требований очередности и пропорциональности»⁴⁶. Однако уместно ли говорить о том, что законодатель при установлении очередности удовлетворения требований кредиторов или при определении понятия конкурсного кредитора забыл о существовании обязательственных требований участников к их собственному обществу и не урегулировал их статус относительно внешних кредиторов? Такое упущение не представляется вероятным в свете того, что банкротство, как и иные институты рыночной экономики на момент принятия действующего Закона о банкротстве применялись уже около десяти лет, а практика выдачи обществу займов его участниками никогда не являлась редкой или исключительной.

Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 31 Закона о банкротстве учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника - унитарного предприятия, кредиторами и иными лицами в рамках мер по предупреждению банкротства должнику может быть предоставлена финансовая помощь в

⁴⁵ Цит. по: Штофф В. А. Проблемы методологии научного познания. М.: Высшая школа, 1978. С. 6

⁴⁶ Галкин С.С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение "Право и Бизнес". 2018. № 3. С. 45 - 51.

размере, достаточном для погашения денежных обязательств и восстановления платежеспособности должника (санация). Пункт 2 названной статьи предусматривает, что предоставление финансовой помощи может сопровождаться принятием на себя должником или иными лицами обязательств в пользу лиц, предоставивших финансовую помощь (в том числе, участников должника – прим. автора). Следовательно, возникновение у должника обязательств перед участником, а именно, при предоставлении финансирования в рамках санации было прямо упомянуто в законе, а об особенностях очередности удовлетворения соответствующих требований законодатель квалифицированно умолчал.

О наличии пробела в данном регулировании можно говорить лишь в том отношении, что оно не предусматривает последствий недостаточности компенсационного финансирования для восстановления платежеспособности должника. Вместе с тем, в данном случае также уместно говорить о том, что законодатель допустил квалифицированное умолчание, не установив никаких негативных для субъекта санации последствий недостаточности финансирования. Обратное привело бы к дестимулированию субъектов санации и их отказу нести риски недостаточности предоставленного финансирования, что, в свою очередь, не соответствовало бы целям и задачам законодательства о несостоятельности.

Если же обратиться к упоминаемой в п. 3.1 Обзора от 29.01.2020 норме ст. 9 Закона о банкротстве об обязанности обеспечить своевременную подачу заявления должника о собственном банкротстве, то в этом случае о пробеле в регулировании и вовсе не приходится, поскольку в ст. 61.12 Закона о банкротстве прямо предусмотрена специальная санкция для контролирующих должника лиц в виде субсидиарной ответственности за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника.

В связи с изложенным, сделать вывод о существовании в позитивном праве Российской Федерации норм о субординации требований участников должника невозможно ни в силу прямого указания в законе, ни на основании

расширительного толкования норм закона или применения аналогии закона либо аналогии права. Остается констатировать, что сформулированные в разъяснениях Верховного Суда правила о субординации являются примером судебного правотворчества, споры о допустимости которого длительное время велись в современной⁴⁷ и дореволюционной⁴⁸ отечественной литературе, а также за рубежом⁴⁹. Как в Германии, так и в Австрии процесс восприятия института субординации происходил аналогичным образом: изначально правила о субординации были сформулированы на уровне верховных судов, и только потом, уже в измененном по опыту применения виде, - на законодательном уровне. Существенной особенностью российского процесса внедрения доктрины субординации является то, что они стали не столько продуктом судебной практики, сколько результатом абстрактного и системного формулирования высшим судом новых правил, которые лишь отчасти опираются на действующее законодательство⁵⁰.

В задачу настоящего исследования не входит оценка того, насколько обоснованно поступил Верховный Суд, взяв на себя фактически формулирование норм, отсутствующих в законодательстве. Вместе с тем, нельзя не отметить того, что судебное правотворчество в целом и в случае института субординации в частности не способно в полной мере подменить законодательное регулирование. В последующих главах будет приведено множество примеров спорных вопросов субординации, которые требуют именно

⁴⁷ См. Иванов А.А. Речь о прецеденте // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. N 2, Богдан В.В., Гринева А.В. О судебном прецеденте как способе минимизации частных и публичных правовых рисков: дискуссионные вопросы // Российский судья. 2018. N 11. С. 49 - 52.

⁴⁸ См. Избранные труды по общей теории права, гражданскому и торговому праву в 2 т. Том 2 / Г.Ф. Шершеневич; сост. В.А. Белов. - М.: Издательство Юрайт, 2017; стр. 130, Верещагин А.Н. Судебное правотворчество Правительствующего Сената в сфере крестьянского права (посвящается 160-летию Великой Реформы и 300-летию Российской Империи) // Закон. 2021. N 11. С. 155 - 168.

⁴⁹ См. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. - М.: Статут, 2011. - 308 с.

⁵⁰ Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин отмечают, что в зарубежных юрисдикциях, знакомых с институтом субординации, такой унификационный инструмент, как абстрактные разъяснения высших судов, просто отсутствует - Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. 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 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. N 9. Специальный выпуск. С. 3 - 136.

законодательного решения. Эти примеры следует предварить словами председателя «банкротного» судебного состава Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ) И.В. Разумова, высказанные им применительно к п. 12 Обзора от 29.01.2020: «Мы поняли волю законодателя так, что независимо от процедуры аффилированный кредитор голосовать по кандидатуре управляющего не должен. Что же касается иных вопросов, то здесь опять-таки слово за законодателем. Например, мы не можем определить через судебное толкование, должен ли аффилированный кредитор голосовать по вопросу об условиях продажи имущества должника»⁵¹. Несмотря на изложенное, правила о субординации *de facto* утвердились в российском правопорядке и, как отмечают С.А. Карелина и И.В. Фролов, субординированные кредиторы в настоящее время составляют особую группу кредиторов должника⁵².

В настоящее время на рассмотрении Государственной Думы РФ находится Законопроект № 1172553-7⁵³ о реформировании института банкротства, который был внесен Правительством РФ еще 17.05.2021, и перспективы принятия которого пока неясны. Тем не менее, стоит отметить включение в данный законопроект ст. 137.1 о субординации требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, в которой воспринята значительная часть разъяснений Обзора от 29.01.2020 о субординации с некоторыми нюансами, которые будут более подробно рассмотрены в последующих главах.

С учетом изложенного, в дальнейшем разъяснения Обзора от 29.01.2020 и последующая практика Верховного Суда рассматриваются в настоящей работе как *de facto* действующее в Российской Федерации регулирование вопросов о субординации.

⁵¹ Разумов И.В. Институт банкротства экономически неэффективен // Закон. 2020. № 9. С. 8–20.

⁵² Карелина С.А., Фролов И.В. К вопросу о моделях классификации кредиторов в делах о банкротстве // Вестник арбитражной практики. 2020. № 6. С. 14 - 26.

⁵³ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1172553-7> (дата последнего обращения - 10.05.2023).

§ 2. Основные модели субординации в зарубежных юрисдикциях

Поскольку институт субординации стал применяться в России относительно недавно и советскому, а также дореволюционному правопорядкам был неизвестен, для лучшего понимания действующих правил о субординации целесообразно рассмотреть модели понижения очередности требований участников в зарубежных юрисдикциях.

В мировой практике можно выделить четыре основные модели субординации⁵⁴:

1) Субординация требований, возникших в кризисной ситуации и/или при изначальной недокапитализации («мягкая субординация»). Данная модель субординации является исторически первой и возникла в Германии в 1930-1940 годах⁵⁵, после чего в практике Верховного Суда Германии стала складываться доктрина субординации, основанная на представлении о том, что при предоставлении должнику займов в период кризиса участник общества имеет цель избежать возникновения обязанности по подаче заявления о банкротстве. К 1980 году в практике сложилось понятие капиталозамещающего займа, то есть займа, выданного участником обществу в период, когда последнее не могло получить аналогичный заем у третьих лиц. Данные правовые позиции были в значительной части закреплены и систематизированы на законодательном уровне в нормах, действовавших вплоть до реформы 2008 года. В то же время, законодатель отошел от применения критерия недостаточности

⁵⁴ А.И. Шайдуллин выделяет также пятую модель - субординации обязательственных требований, возникших в период подозрительности, однако данная модель пока является умозрительной и на практике ни в одной из известных юрисдикций не применялась – см. Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 94. <https://izak.ru/science/dissertatsionnye-sovety/dissertatsionnyy-sovet-d503-001-01/subordinatsiya-obyazatelstvennykh-trebovaniy-kontroliruyushchikh-dolzhnika-i-affilirovannykh-s-nim-l/> (дата последнего обращения – 14.05.2022). Стр. 146-148.

⁵⁵ Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 118-119.

капитализации компании, выдвинув на первый план наличие кризисной ситуации в момент предоставления финансирования⁵⁶.

В Австрии Верховный Суд, а затем и законодатель под влиянием немецких коллег также сформулировали правила о капиталозамещающих займах, в соответствии с которыми займы, предоставляемые участником (акционером) обществу во время кризиса, считаются замещающими собственный капитал⁵⁷ и, как следствие, кредиторы по таким займам при банкротстве не участвуют в распределении выручки от реализации конкурсной массы наравне с иными кредиторами. Как отмечает А.Э. Алоян, основное различие между сложившейся австрийской доктриной и немецкой (до 2008 года) заключается в том, что австрийские правила больше ориентированы на недостаточную капитализацию и меньше - на кредитоспособность⁵⁸.

Как следует из пунктов 3.1-3.4, 9 Обзора Верховного Суда РФ от 29.01.2020, схожий подход, часто именуемый «мягкой субординацией», принят в настоящее время и в России.

Несколько иной вариант «мягкой субординации» принят в Италии, где займы участников общества погашаются в последнюю очередь после выплат другим кредиторам несостоятельного должника в случае, если такие займы были предоставлены в момент, когда имело место непропорциональное превышение долга по сравнению с чистым собственным капиталом, или когда финансовое положение общества предполагало бы более разумным докапитализировать общество (ст. 2467 Гражданского Кодекса Италии).

2) Безусловная субординация требований участников юридического лица («жесткая субординация»). В 2008 году в Германии была проведена реформа, в ходе которой вместо действовавшей ранее модели «мягкой субординации» правилам о субординации был придан безусловный,

⁵⁶ См. А.И. Шайдуллин, упом. соч. Стр. 121, а также Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран: теория и практика правоприменения: монография / А.Б. Баранова, А.З. Бобылева, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. С.А. Карелина, И.В. Фролов. М.: Юстицинформ, 2020. 360 с., § 5.

⁵⁷ § 1 Закона Австрии о замещении капитала (Eigenkapitalersatz-Gesetz).

⁵⁸ Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины *recharacterization* в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. N 6. С. 221 – 240.

«автоматический» характер: заемные и иные эквивалентные займу требования участников юридических лиц признавались подлежащими удовлетворению после требований других кредиторов (§ 39 Положения о несостоятельности).

В пояснительных материалах к законопроекту, а также немецкими исследователями⁵⁹ отмечалось, что необходимость перехода на модель «жесткой» субординации была вызвана, во-первых, объективной сложностью ретроспективной оценки обстоятельств предоставления финансирования для целей применения правил «мягкой» субординации, а во-вторых, необходимостью обеспечения правовой определенности относительно статуса финансирования, предоставленного участником. Стремление законодателя обеспечить правовую определенность выразилось, в том числе, в абз. 3 § 42 Закона Германии об обществах с ограниченной ответственности, согласно которому займы, дебиторская и кредиторская задолженность по отношению к акционерам, как правило, должны указываться отдельно от иных обязательств общества.

Аналогичным образом, «жесткая» модель субординации предусмотрена в ст. 92 Акта о несостоятельности Испании. Впрочем, в настоящее время в рамках реформы банкротства в Испании ведется дискуссия о необходимости смягчения данной модели и выведении из-под правил о субординации обязательств перед аффилированными лицами, возникшими в результате финансирования в рамках реструктуризации задолженности общества⁶⁰.

3) Переквалификация обязательственного финансирования в корпоративное («recharacterization»). В США на уровне судебной практики федеральных судов была выработана доктрина переквалификации обязательственного финансирования в корпоративное, некоторое подобие

⁵⁹ См. А.И. Шайдуллин, упом. соч. Стр. 126.

⁶⁰ См. Equitable Subordination In Spanish Insolvency Proceedings: A Necessary Reform (<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/10/Equitable-subordination-in-Spanish-insolvency-proceedings-a-necessary-reform.pdf>), Laura Ruiz Monge, Pérez-Llorca. Restated Insolvency Act: Spain, Practical Law UK Practice Note w-029-1568 (<https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2021/05/restated-insolvency-act-spain.pdf>) (дата последнего обращения - 14.05.2023).

которой было применено в рассмотренном выше деле «Нефтегазмаш-Технологии»⁶¹.

В основу доктрины перекалфикации была положена идея о том, что если сделка, опосредующая финансирование, имеет признаки, характерные более для вклада участника в капитал общества, нежели для заемного обязательства, то предоставленное финансирование следует квалифицировать в качестве капитала (equity)⁶².

Для проверки наличия оснований для перекалфикации обязательственного требования судами применяется 11-факторный тест, состоящий из следующих критериев⁶³:

- Названия документов, подтверждающих задолженность;
- Дата погашения и график платежей;
- Фиксированная процентная ставка и процентные платежи;
- Источник выплат;
- Достаточность или неадекватность капитализации;
- Идентичность интересов между кредитором и акционером;
- Обеспечение (если таковое имеется);
- Возможность получения финансирования от внешних кредитных учреждений;
- Степень, в которой платежи были субординированы относительно требований внешних кредиторов;
- Степень, в которой платежи были использованы для приобретения основных средств
- Наличие или отсутствие амортизационного фонда для обеспечения выплат.

⁶¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(1) по делу N А32-19056/2014.

⁶² Skeel, David A. and Krause-Vilmar, Georg, Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol. 7, p. 259, March 2006, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 07-13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=888182> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

⁶³ Gelter, Martin and Roth, Juerg, Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective (2007). *Journal for Institutional Comparisons*, Vol. 5, No. 2, pp. 40-47, 2007, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=998457> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

Впоследствии к этому списку были добавлены такие критерии, как влияние кредитов участника на капитал и уровень их контроля над должником⁶⁴.

4) Субординация в силу недобросовестности кредитора («equitable subordination»). Практика субординации в силу недобросовестности кредитора изначально также возникла на уровне судебной практики, а затем была закреплена законодательно в п. 1 ст. 510с Кодекса о банкротстве США.

Объясняя разницу между перекалфикацией и субординацией в силу недобросовестности, Апелляционный суд Шестого округа указал, что при перекалфикации судом решается вопрос о самом существовании обязательственного требования, в то время как при *equitable subordination* существование требования не ставится под сомнение, а вместо этого суд оценивает, был ли кредитор вовлечен в недобросовестное поведение. В качестве меры ответственности за такое недобросовестное поведение применяется понижение очередности удовлетворения его требования относительно требований иных кредиторов⁶⁵.

В практике федеральных апелляционных судов, а затем и на уровне Верховного Суда США был сформулирован тест, согласно которому требование подлежит субординации, если⁶⁶:

- кредитор действует недобросовестно;
- действия кредитора причиняют ущерб другим кредиторам должника или предоставляют кредитору несправедливое преимущество;
- субординация требования соответствует положениям законодательства.

Следует отметить, что далеко не все правовые порядки в принципе содержат какие-либо ясно артикулированные правила или хотя бы судебные доктрины о субординации, причем на уровне документов Европейской Комиссии такой

⁶⁴ In Re Micro-Precision Technologies, Inc., 303 Bankr.238 (Bankr. D. N.H. 2003), <https://www.courtlistener.com/opinion/1912757/in-re-micro-precision-technologies-inc/> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

⁶⁵ In re AutoStyle Plastics, 269 F.3d, <https://casetext.com/case/in-re-autostyle-plastics-inc> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

⁶⁶ In re Mobile Steele Co 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977), <https://casetext.com/case/matter-of-mobile-steel-co> (дата последнего обращения - 15.05.2023), United States v. Noland. 116 S. Ct. 1524, 1526 (1996), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/517/535> (дата последнего обращения - 15.05.2023).

подход признается стандартным, а наличие правил о субординации напротив рассматривается как исключение. В качестве примеров юрисдикций, в которых требования участников не субординируются, можно привести Грецию, Словакию, Чехию, Кипр, Хорватию, Болгарию и значительную часть других европейских стран⁶⁷.

§ 3. Политико-правовые основания субординации

Как следует из рассмотренных выше примеров регулирования очередности удовлетворения требований участников юридических лиц в зарубежных странах, наличие или отсутствие правил о субординации не является показателем развитости или отсталости регулирования в соответствующей юрисдикции, а скорее отражает политико-правовой выбор законодателя. В связи с этим особый интерес представляет сопоставление аргументов «за» и «против», предопределяющие выбор той или иной модели регулирования.

Рассматривая предпосылки введения института субординации, необходимо сразу оговориться, что не любое практическое следствие применения института субординации может рассматриваться в качестве его политико-правового основания.

В первую очередь, это касается такого распространенного в отечественной литературе обоснования необходимости субординации, как устранение возможности внутренних кредиторов оказывать влияние на процедуру банкротства за счет подконтрольных им требований, включенных в «голосующую» третью очередь реестра кредиторов. Об институте субординации как инструменте борьбы с вышеназванными злоупотреблениями контролирующих лиц при банкротстве говорят в своих работах такие

⁶⁷ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eb2f832-47f3-11e6-9c64-01aa75ed71a1/language-en> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

исследователи, как Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин⁶⁸, Т.П. Подшивалов⁶⁹.

Не отрицая того, что необходимость борьбы с контролируруемыми банкротствами послужила для судебной практики одним из главных стимулов к восприятию доктрины субординации, следует усомниться в возможности использования данного аргумента в оправдание субординации. Последняя представляет собой, прежде всего, понижение в очередности требования контролирующего лица, и только в качестве следствия выбытия из третьей очереди реестра кредитор утрачивает право голоса на собраниях кредиторов (п. 1 ст. 12 Закона о банкротстве, п. 14 Обзора от 29.01.2020).

Если бы цель регулирования состояла в ограничении возможности внутренних кредиторов влиять на процедуру банкротства, то очевидное решение состояло бы в прямом лишении их права голоса на собраниях кредиторов. Соответствующее ограничение прав не препятствовало бы им участвовать в пропорциональном распределении выручки от реализации конкурсной массы наравне с внешними кредиторами. Данный подход уже был частично реализован в п. 12 Обзора от 29.01.2020, согласно которому **независимо от субординации требования** контролирующие должника или аффилированные с ним лица не вправе участвовать в выборе кандидатуры арбитражного управляющего либо саморегулируемой организации арбитражных управляющих. Следует отметить, что и в Законопроекте № 1172553-7 предлагаются решения проблемы влияния внутренних кредиторов на процедуру банкротства, не связанные с субординацией их требований: в частности, предлагается внести в п. 2 ст. 150 Закона о банкротстве изменения, предусматривающие отдельное голосование за принятие решения о заключении мирового соглашения большинством следующих классов кредиторов:

- кредиторы, не являющиеся заинтересованными по отношению к должнику;

⁶⁸ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

⁶⁹ Подшивалов Т.П. Охрана интересов должника в договорном обязательстве при банкротстве и злоупотребление корпоративным контролем // Право и экономика. 2017. N 12. С. 41 - 45.

- кредиторы, являющиеся заинтересованными по отношению к должнику (поддержка этого класса кредиторов не требуется в случае, если приходящиеся на него требования составляют менее половины всех не обеспеченных залогом требований);
- залоговые кредиторы⁷⁰.

Таким образом, необходимость ограничения влияния внутренних кредиторов на процедуру банкротства не может рассматриваться в качестве самостоятельного аргумента в пользу субординации их требований, а лишь является одним из следствий такой субординации. Цель ограничения влияния внутренних кредиторов на процедуру банкротства должна достигаться и уже отчасти достигается иными, не связанными с субординацией способами.

Аналогично, не следует рассматривать субординацию как способ борьбы с включением в реестр фиктивной задолженности. Данная позиция достаточно распространена в отечественной литературе в связи с тем, что большинство «подозрительных» требований исходят именно от внутренних кредиторов, имеющих возможность оформить с должником любые двусторонние документы о наличии обязательств даже в отсутствие реальных фактов хозяйственной жизни. А.В. Сафонов⁷¹, например, отмечает, что необходимость субординации требований контролирующих должника лиц предопределяется, в том числе, борьбой с искусственным наращиванием кредиторской задолженности⁷². Схожей позиции придерживается и И.М. Шевченко, по мнению которого «широкое применение субординации по отношению к требованиям аффилированных лиц позволит в значительной мере решить проблему наращивания фиктивной задолженности в процедурах банкротства, поскольку заявление таких требований просто станет невыгодным»⁷³. Вместе с тем, сам

⁷⁰ См. подробнее Есманский А.А. Реструктуризация задолженности: как защитить интересы независимых кредиторов? // Закон. 2023. N 4. С. 90-104.

⁷¹ Сафонов А.В. Справедливая очередь кредиторов. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.07.2018 N 310-ЭС17-20671 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 12. С. 14 - 21.

⁷² Там же.

⁷³ Шевченко И.М. К вопросу о понижении очередности удовлетворения (субординации) требований кредиторов в делах о банкротстве // Российский судья. 2018. N 3. С. 10 - 14.

Верховный Суд РФ в последующем данным публикациям Обзоре от 29.01.2020 провел четкую черту между проверкой действительности сделки и наличия у должника обязательства, на основании которого заявлено требование (пункты 1, 5 Обзора) и субординацией требования кредитора, уже прошедшего вышеуказанную проверку (пункты 3.1-3.4, 9 Обзора). Следовательно, субординации подлежат лишь те требования, существование которых уже подтверждено исходя из максимально строгого для аффилированного с должником лица стандарта доказывания «вне разумных сомнений»⁷⁴, в связи с чем борьба с включением в реестр фиктивной задолженности внутренних кредиторов также не может рассматриваться в качестве политико-правового основания института субординации.

С учетом вышеприведенных оговорок, в качестве основных политико-правовых аргументов в пользу субординации требований участников юридических лиц необходимо выделить следующее:

- субординация как санкция за неправомерное поведение участника;
- стимулирование более раннего открытия процедуры банкротства;
- обеспечение справедливого распределения рисков между внешними и внутренними кредиторами;
- механизм компенсации недостаточности собственного капитала общества.

Названные аргументы подробнее раскрыты ниже.

3.1. Субординация как санкция за неправомерное поведение участника⁷⁵. Как видно из рассмотренных выше моделей субординации исторически субординация появилась в практике немецких судов в 1930-1940-е годы именно как средство противодействия поведению участника, которое характеризовалось как противоречащее добрым нравам. По сей день в некоторых юрисдикциях, в частности, в США субординация применяется как санкция за недобросовестное поведение (*equitable subordination*). Взгляд на субординацию

⁷⁴ См. подробнее Стельмах А.В., Есманский А.А. Процедура установления требований кредиторов в банкротстве: актуальные проблемы // Арбитражные споры. 2021. № 3. С. 105 - 122.

⁷⁵ См. также Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // Закон. 2023. № 3. С. 158-173.

требований участников как на ответственность разделяется некоторыми отечественными и зарубежными исследователями⁷⁶.

Действительно, сама по себе субординация требования в широком смысле (не применительно к требованию участника общества) вполне может рассматриваться как особого рода санкция, поскольку законодательство уже использует понижение в очередности как неблагоприятное последствие противоправного поведения. Например, в п. 2 ст. 61.6 Закона о банкротстве предусмотрено понижение в очередности требования, возникающего после возврата в конкурсную массу имущества, полученного по сделке, признанной недействительной на основании п. 2 ст. 61.2 и п. 3 ст. 61.2 Закона о банкротстве. Данные составы недействительности предполагают осведомленность контрагента о противоправности заключаемой сделки, в связи с чем субординация требования выступает в качестве санкции для стороны оспоренной сделки. В отношении указанных составов в п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63 "О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" было прямо разъяснено, что понижение очередности восстановленного требования на основании пункта 2 статьи 61.6 Закона о банкротстве является ответственностью особой природы⁷⁷.

Аргументация Верховного Суда РФ в Обзоре от 29.01.2020, а также в предшествовавших ему и последующих правовых позициях (см. подробнее § 1 выше), позволяет говорить о том, что субординация рассматривается высшей инстанцией как своего рода ответственность. Так, признавая заемное финансирование общества его участником правомерным в принципе (п. 2 Обзора) Верховный Суд указывает на отклонение от модели поведения, заключающейся в своевременной подаче заявления о банкротстве должника, при

⁷⁶ Например, Schmidt K. Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts? In: GmbH-Rundschau. 2005; Федотов Д.В. К вопросу о субординации требований аффилированных кредиторов в банкротстве // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2018. N 4. С. 203 – 213.

⁷⁷ См. также Юлова Е.С. Зарегистровые требования кредиторов в деле о несостоятельности (банкротстве) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2021. N 4. С. 1034 - 1055.

финансировании в условиях имущественного кризиса (п. 3.1 Обзора) и на неправомерное перераспределение риска на случай банкротства при финансировании в условиях изначальной недокапитализации (п. 9 Обзора).

Поскольку каждый из случаев, рассматриваемых Верховным Судом в качестве неправомерного или недобросовестного поведения со стороны участника общества, имеет свои существенные особенности, имеет смысл рассмотреть их отдельно в контексте наличия или отсутствия основания говорить о субординации как о форме ответственности.

3.1.1. Кризисное финансирование. В предбанкротный период основным или даже единственным источником финансирования бизнеса зачастую являются его собственники. Именно они, как правило, больше всех заинтересованы в спасении бизнеса и обладают наиболее полной информацией о его текущем состоянии. Для восстановления платежеспособности общества участники могут осуществить дополнительные взносы в уставный капитал или вклады в имущество в порядке, предусмотренном корпоративным законодательством. Однако на практике контролирующие должника лица часто предпочитают финансировать испытывающий затруднения бизнес посредством предоставления займов, коммерческих кредитов, исполнения обязательств должника перед третьими лицами, а также иных гражданско-правовых конструкций, экономически эквивалентных предоставлению заемного финансирования (см. главу 3 ниже)⁷⁸.

Аргументы в обоснование противоправности поведения участника, предоставляющего обществу заемное финансирование, как правило, основаны на негативных последствиях для внешних кредиторов, которое может иметь кризисное финансирование⁷⁹.

⁷⁸ См. Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // Закон. 2023. N 3. С. 158-173.

⁷⁹ Например, Gelter, Martin and Roth, Juerg, Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective (2007). Journal for Institutional Comparisons, Vol. 5, No. 2, pp. 40-47, 2007, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 13, Skeel, D. and G. Krause-Vilmar (2006), "Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors", European Business Organization Law Review 7, 259-85.

Действительно, временное сохранение бизнеса «на плаву» с последующим неизбежным банкротством может принести внешним кредиторам вред больший, чем польза от предоставления кризисного финансирования. Такими последствиями в особенности чреваты случаи, когда операционная деятельность должника является убыточной, то есть с каждым месяцем стоимость потенциальной конкурсной массы уменьшается. Как отмечает М.В. Чуприков, чем раньше организация в лице ее контролирующих лиц сообщит путем подачи заявления о банкротстве о кризисе, тем больше шансов достичь правомерных целей как для самого должника (вернуться к нормальной деятельности), так и для его кредиторов (получить максимально полное и скорое удовлетворение своих требований)⁸⁰.

Кроме того, искусственное отдаление банкротства должника позволяет избежать оспаривания некоторых сделок, которые при более позднем начале процедуры банкротства окажутся за пределами периодов, предусмотренных статьями 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве.

Дает ли сказанное основания считать субординацию особой формой гражданско-правовой ответственности? Обратимся к понятию гражданской ответственности, которое О.С. Иоффе весьма удачно сформулировал в виде совокупности трех основных элементов:

1) ответственность является санкцией за нарушение гражданских прав, обеспеченной убеждением и государственным принуждением или его возможностью;

2) в ее основе лежит общественное осуждение поведения правонарушителя и стимулирование его к определенной деятельности в интересах общества;

3) она выражается в форме восстановления нарушенных оснований и установления отрицательных последствий для правонарушителя в целях

⁸⁰ Чуприков М.В. Момент возникновения обязанности контролирующих лиц сообщить о финансовых трудностях организации // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. № 4. С. 56 - 75.

обеспечения условий нормального развития регулируемых гражданским правом общественных отношений⁸¹.

Схожие элементы гражданской ответственности приводятся в работах иных исследователей⁸².

Несмотря на то, что предоставление займа подконтрольному должнику не является противоправным, возможен аргумент, что таковым является заемное финансирование в ситуации кризиса, при котором контролирующее лицо должно или докапитализировать общество, или инициировать его банкротство. В частности, такой точки зрения придерживался Верховный суд Германии в одном из своих актов в 1984 году⁸³. Среди немецких теоретиков данная позиция имела как сторонников (К. Шмидт, Р. Борк), так и противников (Х. Эйденмюллер)⁸⁴.

Недостаток данной концепции состоит в том, что вменяемый контролирующему лицу стандарт поведения не следует из законодательства, а основан на предположении, что немедленная подача заявления о банкротстве для кредиторов всегда более предпочтительна, нежели финансирование в заемной форме. Данное предположение зачастую противоречит деловой практике.

Например, если кризисное финансирование предоставляется в рамках разумного плана восстановления платежеспособности общества, то его заемная форма сама по себе никак не нарушает прав других кредиторов. Более того, внешние кредиторы могут выигрывать от кризисного финансирования даже если

⁸¹ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 17.

⁸² См. Братусь, Сергей Никитич - Юридическая ответственность и законность : (Очерк теории).

Мозолин В.П. Гражданско-правовая ответственность в системе российского права // Журнал российского права. 2012. N 1. С. 33 – 40, Журдэн П. Принципы гражданско-правовой ответственности // Вестник гражданского права. 2021. N 4. С. 212 - 241; N 5. С. 233 - 255; N 6. С. 154 - 193; 2022. N 1. С. 200 – 229, Идрисов Х.В. Об отдельных видах юридической ответственности: сущность, подходы к определению, специфика реализации в сфере государственной гражданской службы // Российская юстиция. 2020. N 6. С. 8 – 10, Гушин В.З. Гражданско-правовая ответственность // Современное право. 2014. N 1. С. 52 – 57, Пискунова Н.И., Целовальникова И.Ю. Общие положения о гражданско-правовой ответственности // Современный юрист. 2018. N 3. С. 60 - 65.

⁸³ «...ответственность участника за надлежащее финансирование бизнеса, которая позитивно не обязывает участника компенсировать недостаточную капитализацию общества во время кризиса, но предполагает, что участник не может фактически замышленную им финансовую помощь, вместо предоставления в виде увеличения объективно необходимого собственного капитала, в ущерб кредиторам, предоставлять в другой менее рискованной форме финансирования» - BGH. 26 März 1984 — II ZR 171/83, цит. по: Шайдуллин А.И. Основные политико-правовые аргументы pro и contra идеи субординации займов участников юридических лиц // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. N 1. С. 83 - 105.

⁸⁴ См. там же.

требование контролирующего лица не будет понижено в очередности, поскольку:

- имеется вероятность, что в результате оказанной поддержки общество сможет сохранить свою платежеспособность;
- в случае банкротства общества его имущественная масса будет включать предмет финансирования в виде денежных средств или иного имущества, стоимость которого будет распределена между всеми кредиторами на паритетной основе.

В свою очередь, финансирование в форме докапитализации общества пусть отличается в лучшую сторону тем, что не обременяет общество дополнительными обязательствами, но точно так же может привести к негативным для кредиторов последствиям в виде продления убыточной деятельности общества и более позднего начала процедуры банкротства. Такие последствия могут многократно превышать сумму предоставленного вноса в уставный капитал (например, если этой суммы достаточно только для погашения ближайших по времени исполнения обязательств).

Следовательно, кризисное финансирование может иметь как негативные, так и позитивные экстерналии независимо от того, в какой форме оно осуществляется: обязательственно-правовой или корпоративной. При таких обстоятельствах было бы преждевременным вменять контролирующим лицам стандарт поведения «докапитализация или немедленное банкротство», и уж тем более – считать отклонение от данного стандарта безусловным нарушением прав внешних кредиторов.

Наконец, даже если бы правопорядок считал кризисное финансирование нарушением прав внешних кредиторов, то субординация как мера ответственности не отвечала бы принципу соразмерности. Так, при субординации контролирующий кредитор теряет тем больше, чем крупнее была сумма займа и чем выше процент удовлетворения требований кредиторов. Едва ли данные признаки свидетельствуют о повышенном вреде и общественной опасности действий контролирующего лица. При этом кредитор, чей небольшой

по сумме заем отсрочил банкротство на несколько месяцев, может причинить внешним кредиторам значительно больший ущерб при меньших имущественных потерях для себя. Следовательно, надлежащим способом защиты для пострадавших от кризисного финансирования кредиторов могло бы быть взыскание с контролирующего лица соразмерных денежных сумм, но никак не понижение требования в очередности.

Кроме того, невыполнение руководителем или иным ответственным лицом обязанности по своевременной подаче заявления о банкротстве должника является самостоятельным правонарушением, ответственность за которое предусмотрена ст. 61.12 Закона о банкротстве. Как справедливо отмечает И.М. Шевченко, если считать субординацию мерой ответственности, то неизбежно получается, что контролирующее лицо дважды несет ответственность за введение кредиторов в заблуждение: в виде субординации требования, а также на основании норм о субсидиарной ответственности, что противоречит основополагающему принципу права: *non bis in idem* (не может быть двух мер ответственности за одно деяние)⁸⁵.

В контексте противоправности кризисного финансирования часто, и в том числе, Верховным Судом Германии⁸⁶ и Верховным Судом РФ⁸⁷, упоминается такое негативное последствие кризисного финансирования, как создание видимости платежеспособности общества. Так, И.А. Белоусов указывает, что преодоление кризиса через непубличное финансирование является недобросовестным поведением, так как создает неверные представления о финансовом состоянии компании у участников оборота, маскируя кризисную ситуацию⁸⁸.

⁸⁵ Шевченко И.М. К вопросу о субординации требований кредиторов, возникших после возбуждения дела о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023. № 6. С. 164-181.

⁸⁶ Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 100-101.

⁸⁷ См. упомянутое выше Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2022 N 305-ЭС21-14470(1,2) по делу N А40-101073/2019.

⁸⁸ Белоусов И.А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 5. С. 120 - 169.

Признавая наличие данной проблемы на практике, нельзя согласиться с тем, что субординация является адекватным ей средством решения. Создание видимости платежеспособности если и имеет негативное влияние, то прежде всего, на тех кредиторов, которые вступили в обязательственные отношения с обществом после получения им финансирования от своего участника. Остальные кредиторы, даже если и узнают о кризисном положении общества, как правило, не имеют возможности выйти из дрящущихся отношений с должником. Практика корпоративных банкротств не дает оснований утверждать, что наличие информации о кризисном состоянии должника в момент предоставления финансирования повлияло бы на поведение всех или большинства кредиторов таким образом, что те смогли бы предпринять меры по улучшению своего положения, причем сделать это способом, не приводящим к преимущественному удовлетворению. В связи с этим создание видимости платежеспособности должника не может служить основанием для субординации требований участника. Равным образом, не может служить основанием для освобождения от субординации требования тот факт, что кризисное финансирование не привело к созданию такой видимости.

3.1.2. Изначальная недокапитализация⁸⁹. Как разъяснено в п. 9 Обзора от 29.01.2020, субординации также подлежат требования контролирующего должника лица о возврате займа, предоставленного в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, если не установлено иных целей выбора такой модели финансирования, кроме как перераспределение риска на случай банкротства.

К указанному разъяснению Верховный Суд привел пример, в котором хозяйственное общество изначально было наделено минимальным уставным капиталом - 10 тыс. рублей, а затем получило крупный заем от контролирующего лица. Данный заем позволил должнику приступить к реализации своей уставной деятельности – возведению офисного центра. В дальнейшем должник был

⁸⁹ См. подробнее Есманский А.А. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требований контролирующих должника лиц // Закон. 2022. N 2. С. 152 - 162.

признан банкротом, и контролирующее лицо потребовало установления в реестр требований кредиторов своих требований из договора займа.

Абзац 2 пункта 4 ст. 65.2 ГК РФ возлагает на участника корпорации обязанность участвовать в образовании имущества корпорации в необходимом размере. Хотя учредителю общества заранее может быть неизвестно, является ли формируемый ими уставный капитал достаточным или нет, в рассматриваемом случае у учредителей организации не было какой-либо неопределенности относительно масштабов деятельности создаваемого общества. Уже на начальном этапе деятельности должника было очевидно, что сумма в 10 тыс. рублей несопоставима с объемом планируемых мероприятий.

При таких обстоятельствах Верховный Суд сделал вывод, что контролирующее лицо намеренно отказалось от предусмотренных законом механизмов капитализации через взносы в уставный капитал или вклады в имущество⁹⁰, имея цель перераспределить в свою пользу риск утраты крупного вклада на случай банкротства обществом. Избранная контролирующим лицом модель финансирования уже в момент ее выбора приводила к очевидному дисбалансу прав контролирующего лица и прав независимых кредиторов. Верховный Суд признал такое перераспределение рисков недопустимым в соответствии с п. 4 ст. 1 ГК РФ, ввиду чего соответствующие требования контролирующего лица из заемного финансирования подлежат субординации.

Как видно из приведенного примера, под недостаточной капитализацией Верховный Суд понимает изначальное снабжение должника его учредителями собственным капиталом в объеме, недостаточном для самостоятельного ведения бизнеса, который тому предстоит вести⁹¹. Предваряя дальнейшие рассуждения, условимся, что понятия «собственный капитал» и «уставный капитал» хотя и не

⁹⁰ Ст. 27 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 32.2 Федерального закона «Об акционерных обществах».

⁹¹ Такое определение недостаточной капитализации было предложено Е.Д. Суворовым еще до утверждения Обзора от 29.01.2020: см. Суворов Е.Д. Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 4. С. 130 - 161; N 5. С. 53 – 107, Суворов Е.Д. К вопросу о правовой природе субсидиарной ответственности по обязательствам несостоятельного должника за доведение до банкротства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. N 7. С. 42 - 49.

являются тождественными⁹², но в рамках настоящего исследования используются как таковые, поскольку в большинстве случаев в начальный период деятельности общества размер его собственного капитала равен или приблизительно равен размеру уставного капитала.

При этом само по себе предоставление участником обществу заемных средств наряду со взносами в уставный капитал не всегда свидетельствует о недостаточной капитализации общества. Надлежащим образом капитализированное общество может использовать заемные средства, например, для закрытия краткосрочных кассовых разрывов при поставке товаров клиентам с отсрочкой платежей. Открытие кредитной линии в банке, как правило, сопряжено с существенными для малого бизнеса транзакционными издержками. В таком случае экономически обоснованным может быть получение займа от участника общества, требование по которому не будет подлежать субординации. В противном случае толкование правил о субординации приняло бы настолько расширительный характер, что сделало бы совершенно бессмысленным разъяснение п. 2 Обзора о недопустимости субординации требования кредитора лишь на том основании, что он относится к числу аффилированных с должником лиц.

Исходя из того, что в таком случае участник не исполняет своей обязанности по участию в образовании имущества общества в необходимом размере, Верховный Суд приравнивает установление в реестр кредиторов требования акционера из заемного финансирования к извлечению преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения, что недопустимо в соответствии с п. 4 ст. 1 ГК РФ.

Существует ли позитивная обязанность участника обеспечить создаваемое им общество капиталом, достаточным для ведения уставной деятельности?

⁹² Согласно п. 66 Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в РФ в составе собственного капитала организации учитываются уставный (складочный), добавочный и резервный капитал, нераспределенная прибыль и прочие резервы.

В абз. 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ указано на то, что участник корпорации обязан участвовать в образовании имущества корпорации в необходимом размере в порядке, способом и в сроки, которые предусмотрены настоящим ГК РФ, другими законами или учредительным документом корпорации. Формулировка «в необходимом размере» появилась в редакции Федерального закона от 05.05.2014 N 99-ФЗ; в более ранней редакции п. 2 ст. 67 ГК РФ устанавливал обязанность участников хозяйственных товариществ и обществ вносить вклады в порядке, размерах, способами и в сроки, которые предусмотрены учредительными документами. Указанное может навести исследователя на мысль, что в ходе реформы гражданского законодательства на участников была возложена обязанность устанавливать размер уставного капитала в размере, сопоставимом с планируемой деятельностью⁹³.

Однако ни пояснительная записка к соответствующему законопроекту⁹⁴, ни стенограмма обсуждений в Государственной Думе РФ⁹⁵ не позволяют сделать вывода о том, что по замыслу законодателя предполагалось ввести для учредителей корпораций новое требование об обеспечении соответствия уставного капитала масштабам планируемой деятельности юридического лица. Отсутствуют такие предложения и в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее – Концепция), где проблему обеспечения стартового капитала для деятельности общества и гарантии прав кредиторов предлагалось решить совершенно иным образом - за счет повышения размера минимального уставного капитала (п. 4.2 Концепции)⁹⁶. Вплоть до утверждения Обзора от 29.01.2020 судебная практика рассматривала абз. 2 п. 4

⁹³ Еще до утверждения Обзора от 29.01.2020 такое толкование предлагалось, в частности, И.А. Белоусовым, см. Белоусов И.А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 5. С. 120 - 169.

⁹⁴ Законопроект № 47538-6/12 «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» <https://sozd.duma.gov.ru/download/42BF60BD-EFB2-41C5-B336-D110076D982B> (дата последнего обращения – 18.05.2023).

⁹⁵ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6> (дата последнего обращения – 18.05.2023).

⁹⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ, N 11, ноябрь, 2009.

ст. 65.2 ГК РФ исключительно в контексте обязанности участника корпорации вносить предусмотренные уставными документами взносы⁹⁷.

В связи с изложенным фразу «в необходимом размере» следует понимать как не более, чем стилистическое уточнение нормы, обязывающей участника оплатить свою долю в уставном капитале общества. В свою очередь, п. 9 Обзора содержит совершенно новое толкование рассматриваемой нормы, состоятельность которого в рамках действующего законодательства остается весьма дискуссионной⁹⁸.

Следует отметить, что на практике имеются примеры того, когда незаконной признается схема построения бизнеса как таковая. Например, определении от 18.08.2022 N 308-ЭС18-23771(11,12,13) по делу N А63-6407/2018 Верховный Суд РФ при рассмотрении кассационной жалобы по обособленному спору о привлечении к субсидиарной ответственности отметил, что после приобретения корпоративного контроля над группой и ее кредиторской задолженности новый собственник реализовал бизнес-модель с использованием производственных мощностей должника по давальческой схеме, при которой вся затратная часть производственно-сбытовой цепочки ("центр убытков") возлагалась на должника, находящегося в процедуре конкурсного производства, а аккумулярование доходов от продажи выпущенной должником готовой продукции ("центр прибыли") осуществлялось давальцем, что в своей совокупности причинило вред независимым кредиторам. Вместе с тем, в отличие от указанной ситуации заемная модель финансирования сама по себе не приводит к убыточности деятельности Общества и не приводит к его банкротству.

⁹⁷ Например, в постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.11.2019 по делу N А05-13032/2018, постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.03.2019 по делу N А45-21714/2018.

⁹⁸ Отметим, что последовательное применение такого толкования может привести к возникновению практики привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности на основании п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве за недостаточную капитализацию общества. Такая возможность, в частности, обсуждалась в Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

Таким образом, субординация при изначальной недокапитализации также не может быть признана санкцией за неправомерное поведение по причине отсутствия признаков противоправности в действиях кредитора.

Разумеется, субординация требований при недостаточной капитализации всегда может быть обоснована указанием на недобросовестность действий участника, который реализовал наименее выгодную для внешних кредиторов схему финансирования своего бизнеса. Данный аргумент проистекает из особого взгляда на справедливое распределение рисков между внутренними и внешними кредиторами, и будет подробнее рассмотрен ниже в разделе 3.3.

3.2. Стимулирование более раннего начала процедуры банкротства. В Австрии и Германии также распространена точка зрения, что субординация требований контролирующих лиц имеет целью стимулирование более раннего начала процедуры банкротства⁹⁹.

Как упомянуто выше, нельзя однозначно утверждать, что незамедлительное начало процедуры банкротства всегда более предпочтительно, чем получение займа от контролирующего лица. Однако для проверки рассматриваемой гипотезы допустим, что институт субординации имеет целью повлиять на поведение собственников бизнеса, склоняя их к более ранней подаче заявления о банкротстве вместо рискованного кризисного финансирования.

В таком случае приходится констатировать, что субординация как средство принуждения совершенно несопоставима по степени воздействия с иными факторами, которые обычно принимает во внимание собственник бизнеса.

Так, основным риском для такого лица является, безусловно, полная утрата возможности получать доход от деятельности общества в результате банкротства последнего. Возможность предотвращения банкротства общества, как правило, имеет несоизмеримо больший вес в принятии решения о

⁹⁹ См. подробнее Шайдуллин А.И., упом. соч. и https://www.parliament.gv.at/ПАКТ/VHG/XXII/II_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 18.05.2023).

предоставлении кризисного финансирования, чем перспективы установления требования в реестре кредиторов в случае, если общество, все-таки будет признано банкротом. Едва ли риск субординации в случае банкротства сам по себе может привести разумного собственника бизнеса к отказу от попытки спасти принадлежащее ему общество от банкротства. Как отмечает А.И. Шайдуллин, «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»¹⁰⁰.

Если же банкротство общества заведомо для контролирующих лиц неизбежно, то ключевым для них фактором является риск быть привлеченными к субсидиарной ответственности за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника о собственном банкротстве (ст. 61.12 Закона о банкротстве). Крайне маловероятно, что при наличии такого риска возможность понижения требования в очередности будет играть сколько-нибудь существенную роль при принятии решения о предоставлении финансирования.

В рамках проведенного Фондом «Центр стратегических разработок» опроса предпринимателей только **28%** респондентов ответили, что субординация требований принципиально влияет на решение о предоставлении финансирования, для **15%** - это совсем не важно, а **57%** ответили, что на такое решение влияют иные факторы. При этом **85%** респондентов-предпринимателей указали, что, несмотря на риск субординации, они тем не менее предоставили бы такое финансирование (в это число вошли и некоторые предприниматели из тех, кто считает субординацию принципиально важным фактором)¹⁰¹.

Таким образом, поскольку субординация в большинстве случаев не является сколько-нибудь эффективным стимулом к более ранней подаче

¹⁰⁰ Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 94.

¹⁰¹ См. там же на стр. 116-117.

заявления о банкротстве, то соответствующее воздействие на поведение контролирующих лиц не может быть основной целью данного института.

3.3. Механизм справедливого распределения рисков между внешними и внутренними кредиторами. Из п. 3.1 и, в особенности, п. 9 Обзора от 29.01.2020 следует, что подход Верховного Суда основан, в том числе, на том, что доходность участника от инвестиций в капитал общества, как правило, не ограничена и может значительно превышать рыночную стоимость кредитования для данного общества. Обратной стороной указанных возможностей является повышенный риск утраты инвестиций с учетом абз. 8 ст. 2, ст. 148 Закона о банкротстве. По мысли Верховного Суда, прибегая к заемному финансированию, участник сохраняет возможность в случае успеха бизнес-проекта участвовать в распределении прибыли, но вместо повышенного риска несет обычный риск кредитора по обязательственным требованиям. Данная идея прослеживается и в иных положениях Обзора от 29.01.2020. Так, в п. 11 Обзора Верховный Суд разъяснил, что не подлежат субординации требования кредитора, участвующего в уставном капитале должника в обеспечительных целях, поскольку, по существу, займодавец не имел возможности участвовать в распределении прибыли должника. Аналогичным образом, в п. 13 Обзора Верховный Суд указал, что не должны быть понижены в очередности требования публично-правового образования, поскольку причиной его действий по финансированию должника не являлось характерное для обычного контролирующего лица бенефициарное стремление участвовать в распределении всей возможной будущей прибыли должника.

Объяснение субординации как способа восстановления справедливого распределения рисков между внутренними и внешними кредиторами также имеет немалую поддержку в отечественной и зарубежной литературе. Сторонники данного подхода указывают на то, что участник общества в отличие от внешних кредиторов имеет возможность получить дополнительную неограниченную выгоду в виде прибыли общества в случае его успешного выхода из кризиса. Следовательно, при предоставлении кризисного

финансирования такой участник должен нести и бóльшие риски утраты суммы финансирования, чем внешние кредиторы. Данный подход часто противопоставляется рассмотренному выше взгляду на субординацию как на санкцию за неправомерные действия участника. Например, И.А. Белоусов указывает, что «не стоит путать распределение риска с ответственностью. К ответственности привлекаются лица, виновные в банкротстве или в неполучении кредиторами полного удовлетворения требований. В свою очередь, для возложения риска достаточно того, что лицо имело возможность самостоятельно предотвратить наступление неблагоприятных последствий, в том числе за счет проявления повышенных мер заботливости и осмотрительности в сравнении с тем уровнем, который требуется от него по характеру отношений и условиям оборота»¹⁰². Примечательна в этом отношении и позиция С.С. Галкина: «...субординация не является санкцией за недобросовестное поведение контролирующего должника лица... цель конкурсной субординации состоит в правомерном и справедливом определении судом характера заявленного требования...»¹⁰³.

Как отмечает А.И. Шайдуллин, удовлетворение заемного требования участника в одной очереди с внешними кредиторами является несправедливым в связи с тем, что участник юридического лица, который должен полностью нести риски успешности бизнеса, предоставляя заем и становясь на позицию кредитора своего общества, уменьшает шансы на удовлетворение иных кредиторов из конкурсной массы, перенося свои риски в том числе на них¹⁰⁴. Схожим образом, А.В. Сафонов указывает на то, что необходимость субординации требований контролирующих должника лиц обусловлена, в том числе, соображениями социальной справедливости между требованиями кредиторов и лиц, которые привели компанию к банкротству¹⁰⁵. Изложенная

¹⁰² Белоусов И.А., упом. соч.

¹⁰³ Галкин С.С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение "Право и Бизнес". 2018. N 3. С. 45 - 51

¹⁰⁴ Шайдуллин А.И., упом. соч.

¹⁰⁵ Сафонов А.В., упом. соч.

позиция нашла отражение и в п. 3.1 Обзора от 29.01.2020, где Верховный Суд указал, что риски утраты компенсационного финансирования в случае банкротства не могут перекладываться на других кредиторов. Более конкретно приверженность Верховного Суда данному подходу выражена в Определении СКЭС ВС РФ от 17.11.2021 N 307-ЭС21-7195(2,3): «Институт субординации требований направлен, прежде всего, на защиту интересов независимых кредиторов посредством распределения на контролирующих лиц риска банкротства должника».

Следует отметить, что приведенный подход не дает удовлетворительного объяснения, почему субординации подлежит именно кризисное финансирование, а не любое заемное финансирование, предоставленное контролирующим лицом. Получение неограниченной выгоды от участия в обществе даже в большей степени вероятно, если участник предоставляет финансирование не для выхода из имущественного кризиса, а в целях развития бизнеса. Сторонники концепции перераспределения рисков Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин проявляют в этом отношении последовательность и настаивают на применении модели жесткой субординации, при которой требования внутренних кредиторов подлежат субординации независимо от момента их возникновения¹⁰⁶. Данная модель была принята в Германии в 2008 году вместо действовавшей ранее практики субординации требований, возникших в результате кризисного финансирования¹⁰⁷. В свою очередь, И.М. Шевченко указывает на товарищеский характер отношений внутри группы лиц и отмечает, что противопоставление требований таких «товарищей» внешним

¹⁰⁶ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. 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 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. N 9. Специальный выпуск. С. 3 - 136.

¹⁰⁷ В качестве мотива установления режима жесткой субординации авторы законопроекта указали необходимость упрощения регулирования, при котором большинство требований участников в любом случае понижалось в очередности – см. текст законопроекта с пояснительной запиской по ссылке https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16_wp/gmbhmomig/registre.pdf?jsessionid=FBA481AC8F16A5991F953A1DFC8429CC.1_cid359?__blob=publicationFile&v=1 (дата последнего обращения: 18.05.2023).

кредиторам недопустимо в силу универсальной для гражданского права идеи о непротивопоставимости внутренних отношений внешним¹⁰⁸.

Вместе с тем, объяснение субординации как способа восстановления справедливости, нарушенной использованием заемной формы финансирования, также не является совершенным, поскольку отсутствует обязанность участника финансировать деятельность общества исключительно путем его докапитализации. Напротив, в силу принципа автономии воли и свободы экономической деятельности признается право контролирующих лиц самостоятельно определять правовую форму инвестирования (п. 2 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020). В то же время, ссылка на принцип автономии воли сама по себе не означает несостоятельности аргумента о субординации как способе восстановления справедливости. Как отмечают В.А. Белов и О.Ю. Скворцов, данные ценности часто противопоставляются друг другу: движение к абсолютной свободе неизбежно приводит к ущемлению справедливости; попытка достичь абсолютной справедливости останавливает движение общества вперед¹⁰⁹. В связи с этим следует рассмотреть вопрос о справедливости в контексте финансирования со стороны контролирующих лиц более подробно.

Финансирование в заемной форме со стороны контролирующего лица не создает для внешних кредиторов дополнительных рисков по сравнению с финансированием из иных источников. Напротив, получение должником необеспеченного займа от своего участника для внешних кредиторов является даже более предпочтительным, чем если бы этот же должник взял в банке кредит под залог своего имущества. Следовательно, участник общества, выбирая заемную форму финансирования, не перераспределяет собственные риски на внешних кредиторов, а лишь определяет объем принимаемого на себя риска.

Часто упоминаемая исследователями возможность получения участником неограниченной прибыли от деятельности общества также не является

¹⁰⁸ Шевченко И.М. К вопросу о субординации требований кредиторов, возникших после возбуждения дела о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023. № 6. С. 164-181.

¹⁰⁹ Белов В.А., Скворцов О.Ю. Справедливость vs свобода = право: антагонистическое противоречие и его решение // Закон. 2023. N 2. С. 120 - 130; N 3. С. 114 - 125.

основанием для понижения очередности требования участника. Прежде всего, возможную прибыль участника правильнее характеризовать как «неопределенную», а не «неограниченную». Размер извлекаемой прибыли не ограничен лишь юридически, а с экономической точки зрения ограничивается конкуренцией, государственным регулированием цен, темпами роста экономики и иными факторами. Прибыльность любого бизнеса имеет объективные ограничения, однако ее предел действительно непознаваем. Аналогичным образом, на момент установления требования кредитора в реестре не может быть определена сумма, которую кредитор мог бы получить в результате включения в третью очередь, но утрачивает в результате субординации. Следовательно, потенциальное благо участника от продолжения деятельности должника и его издержки от субординации требования могут быть соразмерны друг другу лишь по редчайшей случайности. Равным образом, никак не коррелируют с этими величинами и потенциальные убытки внешних кредиторов от банкротства должника. При таких обстоятельствах перераспределение рисков путем субординации требований участника не может рассматриваться как выражение коррективной справедливости, диктующей восстановление баланса и эквивалентности в межличностных отношениях¹¹⁰. Как отмечает К.Б. Кораев, именно справедливое равномерное распределение имущества должника между всеми его кредиторами является первоочередной задачей института несостоятельности¹¹¹.

Таким образом, попытки объяснить субординацию фундаментальными соображениями справедливости основаны на предположении о том, что участник общества должен был позаботиться об интересах кредиторов лучше, чем о своих собственных. Данное предположение, если признать его верным, может завести исследователя гораздо дальше, чем ему самому хотелось бы. Например, придется поставить вопрос об отказе от защиты делового решения¹¹²

¹¹⁰ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 16, 110.

¹¹¹ Кораев К.Б. Правовой статус конкурсных кредиторов в деле о банкротстве. М.: Волтерс Клувер, 2010. 208 с.

¹¹² См. п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве", а также Борисенко Д.Р.,

либо видоизменить ее таким образом, чтобы контролирующее общество лица стремились не к извлечению максимальной прибыли, а к максимально безопасной для кредиторов модели бизнеса. Иными словами, с равной степенью обоснованности можно было бы утверждать, что контролирующее лицо, принимая потенциально очень выгодное и одновременно рискованное деловое решение, действует вопреки интересам кредиторов, которые в случае удачной реализации задуманного пресловутую «неограниченную прибыль» не получают, а в случае неудачи потерпят убытки в результате банкротства общества. Однако едва ли нормальное ведение дел было бы возможно, если бы владелец бизнеса должен был бы соизмерять каждый свой шаг с потенциально более выгодными для кредиторов моделями поведения. В связи с этим представляется полностью оправданным то, что общая направленность регулирования баланса интересов внешних кредиторов и контролирующих лиц (прежде всего, гл. III.2 Закона о банкротстве) заключается в предупреждении действий во вред кредиторам, но не понуждению к поиску наиболее безопасных и выгодных для последних бизнес-решений. Равным образом, и субординация требований участников не может быть обоснована с точки зрения представления о наиболее выгодной для кредиторов модели финансирования как о должном и справедливом стандарте поведения, отклонение от которого должно непременно влечь восстановление нарушенных прав кредиторов путем понижения в очередности требований участников. Сказанное выше является не аргументом против субординации требований участников как таковой, а аргументов против рассмотрения субординации как института, необходимого для обеспечения справедливого баланса интересов внутренних и внешних кредиторов. Напротив, множество юрисдикций обходятся вовсе без каких-либо правил о субординации, и это не свидетельствует о фундаментальной несправедливости законодательства о несостоятельности в соответствующих странах. Субординация является лишь

инструментом достижения определенных политико-правовых целей, которые подробнее раскрываются в следующем подразделе.

3.4. Механизм компенсации недостаточности собственного капитала.

Практическим результатом субординации требований контролирующих лиц является то, что на долю внешних кредиторов приходится бóльшая часть активов должника, чем было бы без субординации. Иными словами, должнику становится проще рассчитаться с внешними кредиторами, либо договориться с ними о реструктуризации долга, поскольку на каждый рубль долга голосующих кредиторов третьей очереди приходится больше активов.

При этом суммы подлежащего субординации кризисного финансирования для внешних кредиторов играют ту же роль, что и акционерный капитал, хотя формально и не учитываются в составе собственного капитала общества. Данная роль субординированных обязательств хорошо видна на примере банковской практики.

Так, в силу специфики своей деятельности кредитные организации подвержены наиболее строгому надзору в части достаточности капитала, а после мирового экономического кризиса 2007 - 2009 годов на них было возложено множество дополнительных обязательств по поддержанию собственного капитала. Одним из распространенных способов увеличения размера капитала и поддержания его достаточности на необходимом уровне в банковской практике стало привлечение субординированных займов¹¹³. Именно поэтому в рамках реформ Базельского комитета по банковскому надзору, получивших название «Базель III», субординированный долг прямо указан в составе регуляторного капитала банка наряду с акционерным капиталом¹¹⁴. Указанное правило было закреплено в п. 2.3.3 Положения Банка России от 04.07.2018 N 646-П, согласно которому в состав источников добавочного капитала кредитных организаций включаются, в том числе, субординированные обязательства. Более того, учет

¹¹³ Барышев М., Ушаков О. Субординированные облигации: особенности регулирования и применения // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". 2019. N 2. С. 6 - 13.

¹¹⁴ См., в частности, п. 49 стандарта «Базель III»: Завершение посткризисных реформ, <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf> (дата последнего обращения: 18.05.2023).

субординированных займов в качестве капитала при расчете кредитоспособности юридического лица на практике встречается и в отношении обществ, не занимающихся банковской деятельностью. Например, в пресс-релизе рейтингового агентства «Эксперт РА» об установлении кредитного рейтинга ООО «КОНТРОЛ лизинг» указывается, что «...коэффициент автономии, скорректированный на **квазикапитал** (здесь и далее - выделено автором), сократится ориентировочно до 7%. При расчёте данного показателя **был учтен субординированный заем** от инвестора в размере порядка 0,7 млрд руб. Агентство также принимает во внимание возможное **увеличение инвестиций со стороны данного контрагента** на горизонте действия рейтинговой оценки, что оказало **поддержку оценке капитальной позиции**»¹¹⁵.

В отношении большинства хозяйственных обществ, не занимающихся банковской или иной финансовой деятельностью, заведомо невозможно применение аналогичных «Базелю III» механизмов надзора за достаточностью капитала или хотя бы какого-либо контроля за уровнем чистых активов. Как справедливо отмечает А.А. Глушецкий, компании не поддерживают номинальный размер своего уставного капитала "в зафиксированном размере", а легко его уменьшают, манипулируя с экономически бессодержательным номиналом. В корпоративной практике не подтягивают размер активов (имущества) к цифре в уставе, а пересматривают эту цифру, подгоняя ее к сложившемуся размеру чистых активов¹¹⁶. В связи с этим Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин также указывают на неработоспособность нормы п. 4 ст. 30 Закона об ООО (п. 6 ст. 35 Закона об акционерных обществах) о необходимости поддержания соответствия стоимости чистых активов уставному капиталу общества, либо его ликвидации¹¹⁷. В связи с отсутствием необходимости соблюдать какие-либо нормативы обеспеченности собственным капиталом за пределами специально регулируемых видов деятельности практика

¹¹⁵ <https://raexpert.ru/releases/2023/mar07> (дата последнего обращения: 12.10.2023).

¹¹⁶ Подробнее см. Глушецкий А.А. Уставный капитал хозяйственного общества: экономический анализ норм корпоративного права // Вестник гражданского права. 2020. N 2. С. 217 - 278.

¹¹⁷ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., указ. соч.

добровольной субординации не получила сколько-нибудь значительного распространения. Вместе с тем, после систематизации разрозненной судебной практики в Обзоре от 29.01.2020 и формулирования в нем ряда фактически новых правил весьма широкое распространение получила практика недобровольной субординации требований контролирующих лиц.

Применение недобровольной субординации в целях санации должника не является абсолютно новым явлением. Так, в марте 2013 года в целях осуществления санации двух крупнейших банков Кипра - Bank of Cyprus (BoC) и Cyprus Popular Bank (Laiki) были принудительно субординированы вклады клиентов, превышающие сумму застрахованных средств (100 тыс. евро). Все требования вкладчиков, превышающие установленный лимит, были конвертированы в акции банка по курсу: 1 евро - это 1 акция¹¹⁸. Следует отметить, что в Италии одним из оснований субординации является именно предоставления финансирования в условиях существенной недокапитализации компании (ст. 2467 Гражданского Кодекса Италии), т.е. ситуации, в которой компании требовалось предоставление дополнительного капитала со стороны акционеров¹¹⁹.

Действующие правила субординации позволяют судам квалифицировать заем контролирующего лица как субординированный, то есть повышающий возможности общества по исполнению обязательств между внешними кредиторами. Иными словами, заемное финансирование преобразуется судом в «квазикапитализацию» общества, причем с обратной силой¹²⁰.

Институт субординации в данном виде выступает в качестве достаточно эффективной альтернативы контролю за обеспеченностью организаций собственным капиталом, проблема которого долгое время обсуждалась в

¹¹⁸ Завьялов С., Марченков Б. Субординация требований кредиторов банка при санации по модели bail-in // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". 2019. N 2. С. 70 - 74.

¹¹⁹ Madaus, S., Wessels B., Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law (September 6, 2017). Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law (2017), ISBN: 978-3-9503458-9-6, P. 246, <https://ssrn.com/abstract=3032309> (дата последнего обращения - 28.10.2023).

¹²⁰ Обратная сила субординации требования выражается в том, что произведенные должником выплаты по нему могут быть оспорены по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве как сделки, совершенные с предпочтением одному кредитору перед другими кредиторами.

отечественной литературе. Например, один из главных критиков господствующей в деловом обороте «тонкой капитализации» Е.А. Суханов отмечал, что отсутствие или символический характер такого [переданного юридическому лицу в качестве вкладов участников] имущества либо лишает смысла существование самого юридического лица как самостоятельного субъекта имущественных отношений, либо превращает его в "пустышку", в заведомо мошенническую организацию, предназначенную лишь для обмана контрагентов¹²¹. Поскольку устанавливать соответствующие регуляторные требования для нефинансовых организаций было бы нецелесообразно, применяется правило о квалификации как субординированных займов контролирующих лиц, предоставленных ими в условиях имущественного кризиса. Субординация выполняет роль защитного механизма, позволяющего поддержать находящееся в кризисе общество внесением имущества, встречные обязательства по которому будут в императивном порядке считаться субординированными по отношению к внешним кредиторам. Для последних кризисное финансирование будет фактически эквивалентно докапитализации общества. При этом субординация осуществляется независимо от наличия и степени вины контролирующего лица в возникновении имущественного кризиса. Даже если такой кризис не был вызван действиями или бездействием контролирующего лица, его возникновение следует рассматривать как составную часть предпринимательского риска участника общества. Если несмотря на предоставленное финансирование кризис не преодолен, то в ходе процедур банкротства данное финансирование с обратной силой признается компенсационным, то есть восполняющим недостаточность собственного капитала общества. В связи с этим представляется вполне оправданным применение правил о субординации именно к требованиям контролирующих лиц, возникших в ситуации имущественного кризиса.

¹²¹ Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. 560 с.

Таким образом, политико-правовая цель субординации состоит в том, чтобы повысить уровень удовлетворения требований внешних кредиторов.

Преимуществом субординации с точки зрения интересов внешних кредиторов является то, что она применяется в отношении уже полученного должником финансирования, которое предоставляется контролирующим лицом часто без учета перспектив рассмотрения требований в случае банкротства должника. Так, помимо получения права требования для участия в деле о банкротстве есть следующие причины, по которым собственник бизнеса может предпочесть заемное финансирование докапитализации общества:

- заемное финансирование, как правило, может быть предоставлено без решения общего собрания участников должника;
- после преодоления кризиса сумма займа может быть возвращена участнику так же просто и быстро, без каких-либо корпоративных процедур;
- предоставляющее финансирование лицо может вообще не являться участником общества, а контролировать его косвенно.

Практика заемного финансирования бизнеса по-прежнему весьма распространена в деловом обороте несмотря на принятие Обзора от 29.01.2020, поскольку сохраняются иные факторы ее привлекательности: главным образом, удобство предоставления и последующего изъятия денежных средств. Именно указанные факторы, а не возможность участвовать в процедуре банкротства на правах кредитора, являются основной причиной выбора заемной модели финансирования бизнеса для многих предпринимателей.

Рассматривая субординацию как инструмент улучшения положения внешних кредиторов за счет ретроспективного пересмотра статуса обязательств перед внутренними кредиторами, следует исходить из того, что данный инструмент не является ни единственным, ни самым эффективным средством повышения обеспеченности обществ собственным капиталом. В тоже время, в условиях отсутствия политической воли на ужесточение условий ведения бизнеса (в особенности, для малых и средних предприятий) и потенциально значительных социальных издержек таких мер субординация выполняет свою

роль в смягчении негативных экстерналий деятельности недокапитализированных обществ.

Отдельно необходимо рассмотреть те издержки применения правил о субординации, которые затрагивают не только кредиторов, чьи требования понижаются в очередности, но потенциально негативно влияют на деловое сообщество в целом. Так, наиболее распространенный аргумент против субординации состоит в предположении, что субординация препятствует эффективным попыткам спасения должника (ошибка 2-го типа) либо не может воспрепятствовать неэффективным попыткам (ошибка 1-го типа)¹²². Как отмечал А. Энгерт, если займы участников точно будут субординированы, у последних теряется стимул финансировать и санировать свой бизнес, тем самым выводя его из кризиса¹²³. К данному аргументу следует отнестись скептически ввиду сделанного в разделе 3.2 выше вывода о незначительной роли перспектив субординации в принятии решений контролирующими лицами. С данной оценкой соглашается и А.И. Шайдуллин: «...несостоятельность общества, как правило, рассматривается контролирующими лицами как достаточно отдаленный риск, худший сценарий из всех возможных, которые они склонны оценивать как маловероятный, а значит, последующая субординация их требований в банкротстве мало влияет на принимаемые ими решения. Это обстоятельство выбивает основание из-под ключевого аргумента противников субординации обязательственных требований контролирующих лиц»¹²⁴. Вместе с тем, нельзя не отметить и тот факт, что в некоторых юрисдикциях, например, Швейцарии, данный аргумент о затруднении санации возобладал как основной мотив отказа от введения правил о субординации¹²⁵.

¹²² Gelter, Martin and Roth, Juerg, упом. соч., Skeel, D. and G. Krause-Vilmar (2006), упом. соч.

¹²³ Die ökonomische begründung der grundsätze ordnungsgemässer Unternehmensfinanzierung, Zeitschrift Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2004, S. 813, цит. по: Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран: теория и практика правоприменения: монография / А.Б. Баранова, А.З. Бобылева, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. С.А. Карелина, И.В. Фролов. М.: Юстициформ, 2020. 360 с.

¹²⁴ Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 117.

¹²⁵ Des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001. (1.3.6.) // https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/index_16.html (дата последнего обращения - 19.05.2023).

Вывод по главе: наиболее убедительным политико-правовым обоснованием применения института субординации является использование ее как механизма компенсации недостаточности собственного капитала юридического лица в целях повышения уровня удовлетворения требований внешних кредиторов. Институт субординации налагает таким образом дополнительное бремя на контролирующих должника лиц, которое, однако, несоизмеримо меньше тех издержек, которые эти лица и общество в целом несли бы в случае осуществления государственного контроля за обеспеченностью организаций собственным капиталом. Наиболее разумным представляется распространение правил о субординации на требования, возникшие в результате кризисного финансирования или при изначальной недокапитализации.

Глава 2. Определение круга лиц, к чьим требованиям применяются правила о субординации

§ 1. Виды юридических лиц, в банкротстве которых применимы правила о субординации

В соответствии с п. 1 ст. 65 ГК РФ банкротами могут быть признаны юридические лица, за исключением казенного предприятия, учреждения, политической партии, религиозной организации, публично-правовой компании, также государственной корпорации, государственной компании и общественно полезного фонда (если иное не предусмотрено специальным законом о соответствующих юридических лицах). В литературе отмечается избыточность такого ограничения круга лиц, которые могут быть признаны несостоятельными¹²⁶, однако данная проблема не входит в предмет настоящего исследования.

В литературе и судебной практике проблемы субординации обсуждаются, прежде всего, в контексте банкротств хозяйственных обществ.

Вместе с тем, банкротами признаются и юридические лица иных видов, прежде всего, государственные и муниципальные унитарные предприятия. Например, в течение 2022 года в отношении государственных и муниципальных унитарных предприятий поступило 258 заявлений о признании должника банкротом. За указанный год в отношении 113 таких должников были завершены процедуры конкурсного производства на общую сумму долга в размере более 4 млрд руб.¹²⁷

В п. 13 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020 рассматривается, в том числе, пример рассмотрения вопроса о субординации регрессного требования

¹²⁶ Попондопуло В.Ф. Некоторые проблемы совершенствования законодательства о банкротстве // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2016. N 1. С. 44 - 52.

¹²⁷ См. отчет о работе арбитражных судов субъектов Российской Федерации по рассмотрению дел о банкротстве за 12 месяцев 2022 года (http://www.cdep.ru/userimages/Statistika_2022_godovaya/1aAS-svod_vse_sudy-2022.xls, дата последнего обращения: 25.04.2023).

уполномоченного органа, основанного на исполнении государственной гарантии, предоставленной бенефициару в обеспечение надлежащего исполнения государственным унитарным предприятием обязательств перед этим бенефициаром. Применительно к данной ситуации Верховный Суд разъяснил, что создание Российской Федерацией предприятия и предоставление государственной гарантии по его обязательствам было вызвано необходимостью решения общественно значимых задач, в связи с чем регрессное требование уполномоченного органа субординации не подлежит. Данное разъяснение, однако, не содержит вывода неприменимости правил о субординации к собственникам имущества унитарного предприятия как к таковым, и применение субординации к требованию собственника имущества унитарного предприятия теоретически не исключено. Вместе с тем, сложно представить себе ситуацию, при которой предоставленное публичным образованием финансирование не будет признано осуществленным в целях решения общественно значимых задач. В связи с этим неудивительно, что на практике не найдено ни одного примера субординации публичного образования, состоявшейся по итогам рассмотрения обособленного спора судами всех инстанций, в которых он рассматривался.

В свою очередь, Законопроект № 1172553-7 не конкретизирует каким-либо образом перечень видов юридических лиц, в банкротстве которых применяются правила о субординации.

Представляется, что, поскольку субординация является механизмом компенсации недостаточности капитала, правила о субординации могут быть применены к учредителям, участникам, акционерам и собственникам имущества любого юридического лица, которое может быть признано банкротом в силу п. 1 ст. 65 ГК РФ, и при этом имеет уставный капитал (уставный фонд). Следует отметить, что с точки зрения другого, наиболее распространенного в отечественной литературе взгляда на субординацию как на механизм перераспределения рисков между внутренними и внешними кредиторами, вопрос о субординации необходимо было рассматривать только применительно к коммерческим организациям: хозяйственным товариществам и обществам,

крестьянским (фермерским) хозяйствам, хозяйственным партнерствам, производственным кооперативам, государственным и муниципальным унитарным предприятиям (п. 2 ст. 50 ГК РФ).

Для простоты изложения далее в настоящей работе применительно ко всем перечисленным выше лицам применяется обобщающий термин «участник», за исключением случаев, когда имеет значение конкретный вид юридического лица.

§ 2. Проблемы определения и использования понятия контролирующего должника лица для целей субординации требований в банкротстве

При формулировании правил о субординации и их применении на практике необходимо, в первую очередь, определиться с перечнем лиц, на требования которых распространяются данные правила.

Исторически наиболее распространенным критерием для определения таких лиц являлся статус участника общества. Например, в § 1 Закона Австрии о замещении капитала (Eigenkapitalersatz-Gesetz) предусмотрено, что замещающим собственным капитал (т.е. подлежащим субординации признается заем, предоставляемый во время кризиса участником (акционером) общества. При этом в ряде правопорядков была предусмотрена «привилегия миноритарности», которая выводила из-под действия правил о субординации требования миноритарных кредиторов (например, в Австрии правила о субординации не распространяются на участника с долей менее 25%, если он не является контролирующим участником в силу иных оснований)¹²⁸.

Российская судебная доктрина субординации пошла по несколько иному пути.

¹²⁸ § 5 Федерального закона о замещении собственного капитала Австрии (Eigenkapitalersatz-Gesetz).

К тому моменту, как правила о субординации начали распространяться в российской судебной практике, отечественный законодатель и арбитражные суды активно применяли в делах о банкротстве такие понятия, как «контролирующее должника лицо», «аффилированное лицо», а также «фактическая аффилированность»¹²⁹. Данные понятия используются как универсальные обозначения внутригрупповой связи, которая не сводится к прямому владению долей в уставном капитале должника, а имеет гораздо более широкое значение. Как отмечает, М.В. Каменков, в рамках действующей правоприменительной практики аффилированность можно вывести из любых ситуаций: не только из тех, где в самом деле действовали связанные между собой лица, но и из тех, где при поверхностном взгляде лица могли бы быть признаны аффилированными, но в реальности, исходя из их фактических отношений, они таковыми не являются, например в случае опосредованных связей с разными компаниями или физическими лицами (отношения между близкими, а уж тем более дальними родственниками могут быть далеки от доброжелательных; само по себе владение уставным капиталом сестринской компании не всегда говорит о том, что менеджмент другой организации выполняет все указания собственника такой компании; представительство хотя и предполагает наличие фидуциарных отношений между доверителем и поверенным, но само по себе не предопределяет единство целей обоих и их взаимную обусловленность по всем вопросам и др.)¹³⁰. Однако невозможно отрицать и то, что необходимость применения критериев контроля и аффилированности связана с распространенностью сложных схем владения бизнесом и использованием других подконтрольных общему бенефициару компаний при совершении сделок с должником.

¹²⁹ См. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.06.2016 N 308-ЭС16-1475 по делу N А53-885/2014, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26.05.2017 N 306-ЭС16-20056(6) по делу N А12-45751/2015, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.05.2018 N 301-ЭС17-22652(3) по делу N А43-10686/2016, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.08.2018 N 308-ЭС17-6757(2,3) по делу N А22-941/2006.

¹³⁰ Каменков М.В. Проблемы в судебной практике выявления фактической аффилированности лиц // Закон. 2021. N 11. С. 116 - 127.

Вероятно, именно этим было обусловлено то, что Верховный Суд РФ в Обзоре от 29.01.2020 формализовал правила о субординации как применимые к контролирующим должника (пункты 3, 9 Обзора), а в отдельных случаях – и к аффилированным с ними лицам (п. 4 Обзора). Обзор не содержит ни отсылки к законодательным определениям понятий контролирующего должника и аффилированного лица, ни какого-либо особого определения данных понятий для целей применения правил о субординации. Законопроект № 1172553-7, в составе которого, среди прочего, закрепляются правила о субординации, не предусматривает какого-либо специального определения понятия «контролирующее должника лицо» для целей субординации. В связи с этим, если данный законопроект будет принят в соответствующей редакции, подход к определению круга лиц – адресатов правил о субординации не должен претерпеть изменений.

Понятие контролирующего должника лица определено в п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве в главе III.2, посвященной субсидиарной ответственности в делах о банкротстве, следующим образом: *«физическое или юридическое лицо, имеющее либо имевшее не более чем за три года, предшествующих возникновению признаков банкротства, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, в том числе по совершению сделок и определению их условий»*. Пункт 2 указанной статьи содержит основные примеры обстоятельств, свидетельствующих о наличии возможности определять действия должника: 1) нахождение с должником в отношениях родства, должностного положения; 2) наличие полномочий совершать сделки от имени должника на основании доверенности, нормативного правового акта либо иного специального права; 3) в силу должностного положения (например, замещение должности главного бухгалтера, финансового директора и т.д.); 4) иным образом, в том числе путем принуждения руководителя или членов органов управления должника. Иные положения

данной статьи устанавливаются доказательственные презумпции, а п. 5 предусматривает право суда признать лицо контролирующим должника по иным, не поименованным в законе основаниям. По определению А.Р. Николаева, под контролирующим должника лицом понимается лицо, которое могло определять волю должника на совершение или несвершение действий либо самостоятельно, либо под воздействием иных лиц¹³¹. Наличие фактического контроля над должником при этом возможно и при отсутствии формально-юридических признаков аффилированности (абз. 2 п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве").

Следует отметить, что наличие в ст. 61.10 Закона о банкротстве непоименованных «иных» оснований признания лица контролирующим должника не способствует точному разграничению лиц, контролирующих должника и лиц, иным образом взаимосвязанных с должником. Хорошей иллюстрацией «каучуковому» характеру данной нормы служит Письмо ФНС России от 16.08.2017 N СА-4-18/16148@ "О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ", в котором уполномоченным органам разъяснено, что к возможным основаниям для признания лица контролирующим причисляются любые неформальные личные отношения, в том числе установленные оперативно-разыскными мероприятиями, например, совместное проживание (в том числе состояние в т.н. гражданском браке), длительная совместная служебная деятельность (в том числе военная служба, гражданская служба), совместное обучение (одноклассники, однокурсники) и т.п. Указанная позиция одного из крупнейших системных кредиторов находит свое отражение и в судебной практике¹³².

¹³¹ Николаев А.Р. Правовое положение контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности (банкротства): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 35.

¹³² См., например, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 10.08.2020 N 307-ЭС20-1992 по делу N А21-11420/2017, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 30.03.2017 N 306-ЭС16-17647(7) по делу N А12-45752/2015, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от

Такой подход законодателя и правоприменителя к определению круга контролирующих лиц благоприятствует арбитражному управляющему и конкурсным кредиторам при доказывании наличия у ответчика по заявлению о привлечении к субсидиарной ответственности статуса контролирующего должника лица. Данное регулирование применительно к целям института субсидиарной ответственности и особенностям его применения к сложившимся реалиям делового оборота призвано охватить максимальное количество лиц, причастных к управлению несостоятельным должником, включая «неформальных директоров» и «теневых бенефициаров». Именно поэтому предусмотренное ст. 61.10 Закона о банкротстве понятие «контролирующее должника лицо» включает как прямых и косвенных владельцев бизнеса, так и не владеющих какой-либо долей в бизнесе управленцев.

В п. 2 Обзора от 29.01.2020 упоминается, что вследствие общности экономических интересов должника и контролирующей его компании требование заимодавца не может конкурировать с требованиями кредиторов, не имеющих фактическую возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия. А.И. Шайдуллин характеризует данный фрагмент как удачное определение контролирующего должника лица, отличное от установленного в ст. 61.10 Закона о банкротстве¹³³.

Однако наличие общих экономических интересов характерно далеко не только для аффилированных и входящих в одну группу лиц. Общие экономические интересы могут иметь и лица, не связанные какими-либо корпоративными, семейными или даже договорными узами. Например, общий интерес есть у субподрядчиков, участвующих в реализации одного

25.09.2020 N 310-ЭС20-6760 по делу N A14-7544/2014, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.12.2019 N 303-ЭС19-15056 по делу N A04-7886/2016.

¹³³ Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 59. (<https://izak.ru/science/dissertatsionnye-sovety/dissertatsionnyy-sovet-d503-001-01/subordinatsiya-obyazatelstvennykh-trebovaniy-kontroliruyushchikh-dolzhnika-i-affilirovannykh-s-nim-1/>) (дата последнего обращения – 06.04.2023).

строительного проекта, и у кредиторов одного должника, заинтересованных в сохранении им способности обслуживать свои долги.

Кроме того, контролирующие и подконтрольные лица имеют общие интересы достаточно часто, но не всегда: практика арбитражных судов полна примерами, когда подконтрольное общество в интересах мажоритарного участника или акционера совершает невыгодные для себя сделки¹³⁴.

Следовательно, критерий наличия общих экономических интересов одновременно охватывает чрезмерно широкую и не соответствующую задачам института субординации группу лиц, и при этом необоснованно оставляет за рамками регулирования лиц, имеющих объективный конфликт интересов с подконтрольным им обществом.

Представляется, что в рассматриваемом фрагменте п. 2 Обзора от 29.01.2020 наличие у сторон сделки общности является скорее *obiter dictum* приведенной Верховным Судом фабулы, чем частью определения контролирующего должника лица для целей применения разъяснений, приведенных в данном Обзоре.

Таким образом, выработанные Верховным Судом правила о субординации следует *de lege lata* рассматривать как предназначенные для применения к контролирующим лицам, то есть лицам, имеющим возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Вместе с тем, исходя из первоначальных целей установления в ст. 61.10 Закона о банкротстве понятия контролирующего должника лица, положение п. 1 соответствующей статьи об ограничении данного понятия периодом контроля: «не более чем за три года, предшествующих возникновению признаков банкротства» следует признать применимым только для целей привлечения к

¹³⁴ См., например, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12.02.2018 N 305-ЭС15-5734(4,5) по делу N А40-140479/2014, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.11.2018 N 301-ЭС18-9388(1) по делу N А43-5622/2016, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.03.2022 N Ф05-23593/2019 по делу N А40-302815/2018, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.10.2021 N Ф05-7826/2021 по делу N А40-18093/2019, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10.07.2020 N Ф09-1002/20 по делу N А07-24393/2018.

субсидиарной ответственности, но не для целей субординации требований. Данное положение неприменимо при субординации требований постольку, поскольку статус контролирующего должника лица определяется на момент предоставления финансирования. Разъяснения Обзора от 29.01.2020 не дают оснований к распространению правил о субординации на лиц, которые являлись контролирующими в прошлом, но на момент предоставления финансирования утратили контроль.

При этом, если на момент предоставления финансирования фактический контроль имел место, то не имеет значения, за какой период до возникновения признаков банкротства было предоставлено данное финансирование. Указанное следует из смысла п. 9 Обзора от 29.01.2020, который предусматривает субординацию требований из финансирования, предоставленного в начале деятельности общества. Представлялось бы неразумным привязывать основания субординации к началу деятельности, если бы применимость правил о субординации была ограничена тремя годами (либо по крайней мере, в данном разъяснении было бы отмечено, что данное правило касается только обществ, у которых признаки банкротства возникли не менее чем через три года после начала деятельности).

Кроме того, нерешенной остается проблема применения правил о субординации к лицам, которые, не имея прямой или косвенной доли в бизнесе должника, по правилам ст. 61.10 Закона о банкротстве могут быть признаны и признаются на практике лицами, контролирующими должника. К таким лицам относятся, прежде всего, руководитель, члены коллегиальных органов управления и иные должностные лица общества. В соответствии с буквальным смыслом разъяснений Обзора от 29.01.2020 не исключена субординация требований данных лиц даже несмотря на то, что они осуществляют только функции управления обществом.

Необходимо отметить, что в отношении лиц, замещавших управленческие должности в компании, признанной несостоятельной, правило о субординации части их требований уже закреплено в законодательстве. Так, в соответствии с

п. 2.1 ст. 134 Закона о банкротстве требования руководителя должника, его заместителей, лиц, входящих в коллегиальный исполнительный орган должника, главного бухгалтера должника, его заместителей, руководителя филиала или представительства должника, его заместителей, главного бухгалтера филиала или представительства должника, его заместителей о выплате выходного пособия и (или) иных компенсаций, размер которых установлен соответствующим трудовым договором, в случае его прекращения в части, превышающей минимальный размер соответствующих выплат, установленный трудовым законодательством, не относятся к числу требований кредиторов по текущим платежам и удовлетворяются после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди. Вместе с тем, остается неурегулированным вопрос о субординации иных требований перечисленных лиц, например, суброгационных требований, возникающих при погашении задолженности общества на основании договора поручительства.

Судебная практика по данному вопросу на момент написания настоящей работы окончательно не сложилась, однако имеются примеры, когда обязательственные требования бывшего руководителя общества субординируются судами, по-видимому, только на основании самого факта занятия ими соответствующей должности¹³⁵.

В литературе взгляды на данную проблему разнятся.

А.Э. Алоян, например, указывает, что генеральный директор, предоставляющий заемные средства обществу, фактически выполняет корпоративную функцию участника по капитализации общества и несет ответственность за неверные управленческие решения и возможный дефолт общества, что в свою очередь в процедуре банкротства должно стать основанием для подчинения¹³⁶ его требования иным требованиям внешних кредиторов¹³⁷.

¹³⁵ См., например, Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.10.2022 N 17АП-9577/2021(12)-АК по делу N А60-15753/2021, Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2023 N 20АП-8929/2022 по делу N А62-3612/2021.

¹³⁶ Синоним субординации в терминологии А.Э. Алояна.

¹³⁷ Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. N 6. С. 221 - 240.

Указанный подход находит отражение в американской доктрине *recharacterization* (переквалификации), в рамках которой подлежат переквалификации из обязательственных в корпоративные требования так называемых инсайдеров, в число которых входят и не владеющие долей в бизнесе управленцы¹³⁸.

По мнению И.М. Шевченко, исходя из представления о субординации как о правиле о распределении риска, распространять его следует на всех, кто может получать потенциально неограниченную выгоду от его деятельности, в том числе, на директора, поскольку последний может получать часть прибыли в виде премий и бонусов¹³⁹.

Иного мнения придерживаются Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин, в совместной работе¹⁴⁰ которых отмечается, что 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 контролирующую долю участия в капитале. Вместе с тем, исследователи указывают и на опасность злоупотреблений, при которых участники в силу тесной фидуциарной связи с наемным директором будут оформлять через него свое финансирование. В качестве решения этой проблемы авторы работы предлагают при наличии определенных *prima facie* сомнений том, что, предоставляя финансирование, директор действовал в собственных интересах, а не в интересах бенефициара общества, возлагать на заявителя требования бремя опровержения данных сомнений. При этом предлагается установить для такого опровержения повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений»¹⁴¹.

¹³⁸ Skeel, David A. and Krause-Vilmar, Georg, *Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors*. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol. 7, p. 259, March 2006, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 07-13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=888182> (дата последнего обращения – 30.04.2023).

¹³⁹ Шевченко И.М. К вопросу о субординации требований кредиторов, возникших после возбуждения дела о банкротстве // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2023. № 6. С. 164-181.

¹⁴⁰ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

¹⁴¹ В качестве примера практической реализации такого подхода авторами упомянутой работы приводится Определение СКЭС ВС РФ от 30.07.2020 N 310-ЭС18-12776(2) по делу N А68-7860/2016.

В рамках разделяемого автором настоящей работы взгляда на субординацию как на механизм восполнения недостаточности собственного капитала общества субординация гражданско-правовых требований должностных лиц общества не может быть признана обоснованной.

Сказанное, безусловно, не отменяет применимости к лицам, занимавшим управленческие должности в обществе, правовой позиции, сформулированной в п. 8 Обзора от 29.01.2020: лицо, привлеченное к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов, не может получить удовлетворение своего требования к должнику наравне с требованиями других кредиторов. Как справедливо отметил Верховный Суд в своем определении от 25.08.2022 № 305-ЭС14-1659(20) по делу А41-51561/2013, суть данной позиции состоит в том, что если невозможность исполнения в виде банкротства возникла по вине кредитора, то он лишается права требовать исполнения обязательства в свою пользу до тех пор, пока не устранил последствия собственного поведения (пункт 4 статьи 1, пункт 1 статьи 6, пункт 4 статьи 401, статьи 404, 406 и пункт 2 статьи 416 Гражданского кодекса Российской Федерации). Однако применение данной правовой позиции, являясь примером «ложной субординации», должно влечь не понижение требования в очередности, а полный отказ в его установлении в реестре требований кредиторов.

§ 3. Подходы к решению проблемы определения круга лиц, чьи требования подлежат субординации

Решение проблем использования понятия контролирующего должника лица при применении правил о субординации следует искать в политико-правовых основаниях субординации как таковой (рассмотрены выше в гл. 1 настоящего исследования), а также в сопоставлении плюсов и минусов от выбора той или иной модели регулирования.

Представляется, что заложенное в ст. 61.10 Закона о банкротстве понимание контролирующего лица соотносилось бы с целями субординации в случае, если бы последняя рассматривалась в качестве ответственности за последствия кризисного финансирования. При таком объяснении субординации имеет значение, прежде всего, возможность определять выбор должником одной из двух моделей поведения: продолжать ли деятельность за счет заемных средств или подать заявление о собственном банкротстве.

Аналогичным образом, можно принять указанных в ст. 61.10 Закона о банкротстве лиц в качестве адресатов норм о субординации в случае, если данные нормы рассматриваются как призванные стимулировать более раннее открытие процедуры.

Особняком стоит американская доктрина переквалификации (recharacterization), в рамках которой заем, предоставленный кредитором-инсайдером, рассматривается судами как вклад в уставный капитал. Согласно Кодексу о банкротстве 11 U.S.C. § 101(а)(31), понятие «инсайдер» для корпораций определяется максимально широко: в него входят директора, должностные лица, контролирующие и иные аффилированные лица.

При иных объяснениях субординации, которые, по мнению автора, более близки к истине, чем обозначенные выше, указанные в ст. 61.10 Закона о банкротстве критерии определения контролирующего лица неприменимы при рассмотрении вопросов о субординации требования кредиторов.

А.И. Шайдуллин, например, отмечает, что поскольку субординация требований контролирующих должника лиц есть следствие недопустимости переноса рисков предпринимательской деятельности на внешних кредиторов, а не наказания за дачу каких-либо указаний и недобросовестное поведение, критерием наличия контроля должен являться бенефициарный интерес в отношении общества-заемщика либо его непосредственного участника¹⁴². По

¹⁴² Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Стр. 56, 58.

мнению исследователя, необходимой предпосылкой субординации требований кредитора является наличие у него одновременно права контроля и права участия в заранее неопределенной и неограниченной прибыли¹⁴³.

Недостаток критерия бенефициарного интереса заключается в отсутствии сколько-нибудь удовлетворительного определения данного понятия в законодательстве и научной литературе. Сложность определения данного понятия состоит в том, что в продолжении деятельности должника может быть заинтересован практически неограниченный круг лиц: в первую очередь, участники (акционеры), но также работники, поставщики товаров и услуг, клиенты, «соседи» по производственной площадке или индустриальному парку, партнеры по производственной кооперации и наконец, государство как получатель налогов.

На основании какого критерия можно выделить специфический «бенефициарный интерес», если он не следует из владения долями в уставном капитале или акциями общества? А.И. Шайдуллин предлагает рассматривать в качестве такого критерия наличие «права участия в заранее неопределенной и неограниченной прибыли» общества. Кого можно отнести к бенефициарам общества по данному критерию, кроме непосредственных участников (акционеров)? Например, заимодавцев по мезонинным кредитам, которые помимо процентов на сумму долга получают вознаграждение, размер которого зависит от финансовых результатов должника. Могут участвовать в прибыли общества и иные его деловые партнеры: например, эксклюзивный дистрибьютор (агент, комиссионер и т.д.) продукции общества может получать процентное вознаграждение от стоимости реализованной продукции общества. Свою «долю» в выручке торговых точек и ресторанов, как правило, получают арендодатели – собственники коммерческой недвижимости. Наконец, соглашения о совместной реализации строительных проектов нередко включают получение одним из его участников (например, собственником земельного

¹⁴³ Там же, стр. 66.

участка) доли в проектной прибыли другого (например, девелопера). Таким образом, существует множество жизненных ситуаций, в которых один субъект имеет право на участие в финансовых результатах другого, что само по себе не означает их участия в одном холдинге или иной группе лиц. Исходные предпосылки подхода к субординации как к «перераспределению рисков» могут служить обоснованием для субординации требований, размер которых определяется в зависимости от финансовых результатов контрагента, поскольку имеет место участие в заранее неопределенной и юридически не ограниченной прибыли. Вместе с тем, затруднительно найти оправдание тому, что такие контрагенты оказываются в худшем положении, чем те, которые договорились с должником о фиксированном вознаграждении.

Разумеется, можно возразить, что в большинстве приведенных ситуациях речь идет не об участии в прибыли хозяйствующего субъекта как таковой, а о получении доли в его выручке, либо в прибыли по отдельному проекту. Однако при таком узком и формальном понимании права на участие в прибыли последнее можно будет признать только за участником (акционером) общества, а также лицом, перед которым общество обязалось перечислять установленную часть своей прибыли по итогам года (автору неизвестно о примерах использования такой конструкции в отечественном правопорядке). В таком случае выделение права на участие в прибыли как самостоятельного критерия не имело бы смысла: достаточно было бы указать на то, что правила о субординации распространяются на участников (акционеров) хозяйственных обществ.

Представляется, что именно для того, чтобы отделить обычные «горизонтальные» хозяйственные связи от внутригрупповых, в исследовании А.И. Шайдуллина предлагается второй необходимый критерий – наличие права контроля, которое «предполагает возможность принятия бизнес-решений относительно судьбы компании»¹⁴⁴. В цитируемой работе не дается объяснения, отделяет ли ее автор понятие «право контроля» от фактического контроля,

¹⁴⁴ Там же.

который может иметь место и в отсутствие правового оформления. В иной упомянутой ранее публикации Мифтахутдинов Р.Т. и Шайдуллин А.И. предлагают использовать для этих целей критерии, указанные в ст. 67.3 ГК РФ, посвященной дочерним хозяйственным обществам¹⁴⁵, а именно, наличие возможности в силу преобладающего участия в уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом определять действия общества. Представляется, что ввиду открытого характера перечня упомянутых в данной норме способов контроля, соответствующее определение не вносит бóльшую ясность по сравнению с определением в п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве. Однако так или иначе, критерий контроля позволяет вывести из-под угрозы субординации требования очевидно «внешних» кредиторов.

Кто из контролирующих должника лиц может быть признан имеющим бенефициарный интерес?

Прежде всего, к таковым могут быть отнесены мажоритарные участники самого участника общества и так далее, вплоть до физических лиц, являющихся конечными собственниками группы компаний (далее такие отношения обозначаются как **косвенное участие**). Их участие в прибыли «внучатого» общества пусть и не обеспечено соответствующими корпоративными правами, однако возможно постольку, поскольку они могут влиять на распоряжение соответствующими правами материнским обществом и одновременно имеют непосредственное право на участие в прибыли такого общества.

При применении критериев контроля и бенефициарного интереса возможна также субординация требований тех косвенно участвующих в уставном капитале должника лиц, которые не обладают преобладающей долей в уставном капитале материнского общества должника, однако иным образом способны определять действия этого материнского общества (например, ввиду того, что остальные доли в уставном капитале материнского общества

¹⁴⁵ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

принадлежат членам семьи данного лица). Как отмечено выше, формальное определение права контроля не имеет практического смысла, поэтому стоит исходить из более широкой его интерпретации, не сводимой к наличию статуса участника (акционера) общества.

Наконец, расширенная интерпретация понятия «бенефициарный интерес» позволяет применять правила о субординации и к лицам, не участвующим в уставном капитале должника ни прямым, ни косвенным образом, если такие лица являются контролирующими и одновременно участвуют в прибыли должника иным образом: например, путем систематического вывода денежных средств через фирмы-однодневки или превращения должника в «центр убытков», генерирующий прибыль для принадлежащего контролирующему лицу «центра прибыли»¹⁴⁶. В данных случаях бенефициарный интерес не имеет правовой основы, однако может быть доказан исходя из фактически сложившихся отношений по перераспределению благ между связанными единым контролем экономическими субъектами.

Слабым местом рассмотренного подхода является то, что использование критерия контроля не объясняется политико-правовыми предпосылками субординации, а лишь функционально ограничивает перечень лиц, которые могут быть признаны имеющими право на участие в прибыли общества. Иными словами, в критерии контроля не было бы никакой необходимости, если бы критерий участия в прибыли общества не охватывал чрезмерно широкий и не соответствующий целям субординации перечень лиц.

Подводя итог, следует сделать вывод, что существующие подходы к определению круга лиц, чьи требования подлежат субординации исходят из приоритета максимального охвата правилами о субординации требований тех кредиторов, которые имеют общего конечного бенефициара с должником или

¹⁴⁶ См., например, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 14.11.2022 N 307-ЭС17-10793(26-28) по делу N А56-45590/2015, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 18.08.2022 N 308-ЭС18-23771(11,12,13) по делу N А63-6407/2018, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 29.06.2021 N 305-ЭС20-14492(2) по делу N А40-192270/2018, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 25.09.2020 N 310-ЭС20-6760 по делу N А14-7544/2014.

сами являются таким бенефициаром. В связи с этим предпосылки применения к кредитору правил о субординации на практике максимально сближаются с критериями определения контролирующего должника лиц для целей привлечения к субсидиарной ответственности.

С одной стороны, это позволяет добиться наиболее выгодных условий для «внешних» кредиторов должника, устраняя для них конкуренцию с требованиями лиц, которые могут быть признаны связанными с конечным бенефициаром должника.

С другой стороны, принципиальная особенность установления статуса контролирующего лица для целей субсидиарной ответственности состоит в том, что контроль над должником проявляется через конкретные противоправные действия: например, дачу указания об отчуждении имущества должника в свою пользу или в пользу иного подконтрольного лица. Совершение объективной стороны правонарушения, как правило, само по себе подтверждает наличие статуса контролирующего должника лица, ведь в отсутствие возможности определять действия должника не было бы и возможности навязать должнику заведомо невыгодную для него сделку. В связи с этим, как обоснованно отмечает И.В. Горбашев, предмет доказывания состава правонарушения, влекущего субсидиарную ответственность, при отсутствии формальных связей с должником будет очень часто совпадать ("схлопываться") с предметом доказывания по вопросу об определении статуса¹⁴⁷. В свою очередь, предоставление финансирования само по себе не свидетельствует о наличии у заимодавца контроля над должником. Указанный контроль приходится устанавливать на основании иных, зачастую косвенных доказательств.

Таким образом, установление подконтрольности для целей субординации, как правило, сложнее, чем для целей привлечения к субсидиарной ответственности. Даже при обычном стандарте доказывания «баланс вероятностей» указанное предопределяет повышенный риск ошибочного

¹⁴⁷ Горбашев И.В. О некоторых материально-правовых аспектах привлечения к субсидиарной ответственности в разъяснениях ВС РФ // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 154 - 202.

признания лица контролирующим и субординации его требования. Данная проблема еще более ярко проявляется применительно к субординации требований кредиторов, аффилированных с таким контролирующим лицом (подробнее см. § 5 ниже).

Применительно к субординации часто обсуждается проблема ошибки первого рода: вынужденный отказ участника общества от потенциально успешной попытки реабилитации общества ввиду риска субординации требования в случае, если общество все-таки обанкротится. В главе 1 настоящего исследования сделан вывод, что применительно к мотивам среднего разумного участника вероятность такого отказа от финансирования невысока, и в данном виде проблема представляется преувеличенной. Однако в случае с самостоятельным, пусть и имеющим отдельные связи на уровне акционеров обществом ситуация может быть принципиально иной: изначально готовый предоставить кризисное финансирование кредитор может счесть неприемлемым для себя риск субординации. Следовательно, заложенная как в текущих разъяснениях Верховного Суда, так и в редакции Законопроекта № 1172553-7 неопределенность понятия контролирующего лица может негативно отразиться на перспективах реабилитации должников, находящихся в предбанкротном состоянии. Не меняет ситуации в этом отношении и рассмотренный выше подход, основанный на применении критериев наличия контроля и бенефициарного интереса.

Разумеется, проблема отсутствия правовой определенности при установлении наличия таких отношений, как неформальный контроль, бенефициарный интерес или фактическая аффилированность не является уникальной для споров о применении правил о субординации. Например, при рассмотрении требований кредиторов суды применяют повышенный стандарт доказывания в случае, если заявитель является аффилированным с должником лицом (п. 1 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020). Аналогичным образом, в отношении аффилированных (заинтересованных) лиц действуют презумпции, упрощающие доказывание наличия оснований для признания сделок должника

недействительными (статьи 61.2, 61.3 Закона о банкротстве). В приведенных случаях установление факта аффилированности зачастую предрешает итог спора не в пользу лица, признанного аффилированным. Однако, вступая в сделку с должником, добросовестный кредитор имеет возможность зафиксировать, а затем и использовать доказательства реальности хозяйственных отношений или соответствия сделки интересам кредиторов несмотря на свою аффилированность. В отличие от указанных примеров риск субординации не может быть исключен или преодолен действиями предоставляющего финансирование лица. Именно поэтому применительно к субординации цена неопределенности в вопросе определения статуса кредитора для гражданского оборота существенно выше, чем в иных случаях применения понятия контролирующего должника лица и иных схожих понятий.

Кроме того, необходимо принимать во внимание, что институт субординации не направлен пресечение какого-либо противоправного поведения в отличие от таких институтов, как субсидиарная ответственность и оспаривание сделок должника. Умышленная растрата будущей конкурсной массы причиняет кредиторам такой ущерб, что представляется вполне оправданным стремление законодателя и правоприменителя защитить их интересы путем применения таких «каучуковых» понятий, как «контролирующие должника» и «фактически аффилированные» лица. В свою очередь, финансирование должника само по себе вреда иным кредиторам не причиняет, ввиду чего отсутствуют основания для использования этих и аналогичных по своей неопределенности понятий при применении правил о субординации. Не меняет сказанного и часто обсуждаемая проблема продления убыточной деятельности должника по вине контролирующего лица, предоставившего кризисное финансирование и тем самым отсрочившего неизбежное банкротство. Рассмотренный случай является частным, а не обязательным последствием предоставления кризисного финансирования, и должен рассматриваться с точки зрения применения норм о субсидиарной ответственности (ст. 61.12 Закона о банкротстве) и/или убытков при банкротстве

(ст. 61.20 Закона о банкротстве), но не правил о субординации, которая мерой ответственности не является и применяется независимо от положительных или отрицательных последствий финансирования.

С учетом изложенного, распространение субординации на лиц, определяемых по таким признакам, как наличие возможности определять действия должника и права на участие в его прибыли, не представляется обоснованным целями и задачами института субординации и может приводить к ограничению круга потенциальных инвесторов в восстановление платежеспособности компаний, находящихся в предбанкротном состоянии.

Обращаясь к последней практике Верховного суда по субординации требований, следует отметить как обнадеживающей пример пресечения высшей инстанцией попыток нижестоящих судов распространить применение правил о субординации на лиц, лишь косвенно связанных с должником.

Так, в одном деле суды трех инстанций субординировали требование кредитора при следующих обстоятельствах. Единственным участником должника являлся гражданин Б. Суды установили, что гражданин Б. в 2010-2014 годы являлся получателем дохода и сотрудником компании И. В свою очередь, с 2016 года 49% долей в компании И. принадлежало Государственной корпорации "ВЭБ.РФ". Аудитором «ВЭБ.РФ» являлась компания Э., входящая в мировую «большую четверку» провайдеров аудиторских услуг. Дочернее общество компании Э., которое также являлось аудитором должника, подало заявление об установлении в реестре требований кредиторов задолженности на основании договора об оказании аудиторских услуг. Суды пришли к выводу от аффилированности общества Э. с должником через «ВЭБ.РФ» и отказали во включении требования в реестр.

Верховный Суд, рассмотрев кассационную жалобу общества Э. по существу, указал, что факт размещения на сайте государственной корпорации сведений о соответствии общества определенным требованиям, предъявляемым корпорацией к поставщикам услуг, не свидетельствует об аффилированности общества с государственной корпорацией. Выпадение этого звена из описанной

судами цепочки связей (бенефициар компании - компания - государственная корпорация и подконтрольные ей лица - общество Э. – общество-должник) не позволяло признать общество и компанию аффилированными лицами¹⁴⁸.

Таким образом, судебной практике на сегодняшний день не хватает четких критериев, по которым лицо следует считать контролирующим для целей субординации, в связи с чем приходится констатировать наличие правовой неопределенности в данном вопросе.

§ 4. Участник (акционер) общества как надлежащий адресат правил о субординации требований в банкротстве

Как подробно изложено в главе 1 настоящей работы, по мнению ее автора, понижение в очередности требований участников является механизмом компенсации недостаточности собственного капитала. Собственный капитал формируется за счет вкладов и взносов участников¹⁴⁹ общества. В случае его изначальной недостаточности либо недостаточности, которая проявилась в кризисной ситуации¹⁵⁰ обязательственные требования указанных участников субординируются, то есть с точки зрения независимых кредиторов превращаются в суррогат собственного капитала (отсюда распространенный в литературе термин «капиталозамещающее финансирование»). В связи с этим субординация неразрывно связана со статусом участника общества, причем не столько с его правами на осуществление контроля и получение дивидендов, сколько с его **обязанностью по внесению вклада** в уставный капитал общества (п. 2 ст. 67 ГК РФ), **размер которого определен на основании волеизъявления**, выраженного участниками в уставе общества (ст. 14 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью", ст. 25

¹⁴⁸ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2022 N 308-ЭС21-21416(2) по делу N А53-19872/2019.

¹⁴⁹ Ст. 27 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 32.2 Федерального закона «Об акционерных обществах».

¹⁵⁰ Об особенностях субординации при изначальной недокапитализации и при кризисном финансировании см. главу 5 настоящей диссертации.

Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"). Вместо того, чтобы увеличивать порог минимального уставного капитала и/или усиливать контроль за достаточностью собственного капитала для большинства хозяйственных обществ, законодатель может предусмотреть субординацию как **меру поддержки независимых кредиторов за счет участников**, которые своим волеизъявлением создали общество с изначально недостаточным собственным капиталом, либо не обеспечили поддержание собственного капитала на достаточном для сохранения платежеспособности общества уровне в процессе деятельности общества. Субординация требований как раз и представляет собой реализацию такого механизма.

Таким образом, именно участник (акционер, собственник имущества, учредитель) должника *de lege ferenda* должен быть адресатом норм о субординации. Здесь следует оговориться, что для целей субординации имеет значение обладание соответствующим корпоративным статусом на момент предоставления финансирования. Если участник выдал обществу заем, а затем продал свою долю иному лицу, то к его обязательственному требованию правила о субординации, тем не менее, применимы. Аналогичное разъяснение содержится и в п. 7 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020, где указано, что последующая продажа кредитором пакета акций, прекратившая возможность осуществления им контроля над должником, не повлекла повышения очередности удовлетворения требования бывшего мажоритарного акционера. Наконец, в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 27.01.2022 N 308-ЭС18-3917(2) по делу N А20-3223/2017 Верховный Суд РФ прямо указал, что «по общему правилу, основания для субординации устанавливаются на момент возникновения обязательства по возврату компенсационного финансирования». Представляется, что данная логика должна работать и в обратную сторону: если кредитор сначала предоставил финансирование, а уже затем приобрел долю в уставном капитале общества, то ранее возникшее обязательственное требование субординации не подлежит. Указанное будет способствовать принятию отдельными кредиторами должника

решения о реструктуризации его задолженности на условиях приобретения доли в его уставном капитале, что должно позитивно сказаться на перспективах удовлетворения требований остальных кредиторов и продолжению должником его деятельности. Соответствующая правовая позиция была занята судами в деле № А60-56184/2020, где в применении правил о субординации было отказано на том основании, что кредитные обязательства были оформлены заявителем до приобретения акций должника¹⁵¹.

Поскольку, как изложено выше, субординация как механизм компенсации недостаточности собственного капитала имеет ярко выраженную корпоративную природу, распространение ее на лиц, не являющихся участниками, не имеет под собой какого-либо основания. Косвенные участники, неформальные бенефициары и теневые руководители с точки зрения рассматриваемого подхода в равной степени не относятся к лицам, к чьим требованиям применимы правила о субординации.

Разумеется, несмотря на изложенное, императивным указанием закона правила о субординации могут быть распространены и на лиц, не являющихся участниками должника. Такой подход может быть оправдан распространенностью в деловом обороте холдинговых структур, в рамках которых одно общество – «финансовый центр» может распределять финансирование между всеми входящими в группу компаниями, в том числе, не являющимися дочерними по отношению к кредитору. Казалось бы, независимые кредиторы должника будут поставлены в еще более выгодное положение, если правила о субординации будут действовать в отношении всех лиц, входящих в одну группу лиц с должником. Риски, связанные с правовой неопределенностью в вопросе определения критериев вхождения в данную группу лиц, могут быть преодолены путем установления особых критериев для субординации: например, «участник должника, а также лицо, имеющее более 50% процентов долей в уставном капитале участника» и так далее по восходящей линии. Вместе

¹⁵¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.07.2021 N 17АП-2299/2021(2,3,4,5,6)-АК по делу N А60-56184/2020.

с тем, такой отход от принципа самостоятельности юридического лица и обособленности его имущества приводит к дополнительному усложнению оборота долей, акций и прав требования, что представляется нежелательным и не оправданным теми потенциальными выгодами для кредиторов, которые могут быть получены ими в результате расширения круга лиц, на которых распространяются правила о субординации.

Таким образом, предлагаемый в настоящей работе подход, с одной стороны, ограничивает применение норм о субординации требованиями участников хозяйственных обществ, а с другой – позволяет применять их к участникам независимо от того, являются они контролирующими должника лицами или нет. Разумеется, требование далеко не любого участника (акционера) вне зависимости от размера доли должно подлежать субординации – в особенности, это касается публичных акционерных обществ, которые могут иметь тысячи акционеров с незначительными долями в уставном капитале общества. В отсутствие критерия контроля как обязательного критерия субординации следовало бы рассмотреть возможность исключения из правил о субординации для миноритарных участников хозяйственных обществ.

§ 5. Проблема применимости правил о субординации при осуществлении финансирования через третьих лиц

Поскольку основания для субординации требования в любом случае неразрывно связаны с личностью кредитора (первоначального кредитора в случае правопреемства), то неизбежно возникает вопрос о применимости правил о субординации при осуществлении финансирования через третьих лиц – в первую очередь, подконтрольных лицу, от которого исходит воля на осуществление финансирования.

Во многих зарубежных правовых системах правила о субординации распространяются не только на непосредственных участников хозяйственных обществ, но и на косвенно участвующих в их капитале или иных

контролирующих лиц. Так, действующее в ФРГ Положение о несостоятельности не конкретизирует перечень лиц, на которых распространяются правила о капиталозамещающем финансировании, однако в соответствии со сложившейся практикой данные правила применяются не только к требованиям участников обществ, но и «и к финансированию третьих лиц, если они с экономической точки зрения равнозначны участнику общества»¹⁵². В своей совместной работе Мифтахутдинов Р.Т. и Шайдуллин А.И. также отмечают, что в Германии суды равным образом могут субординировать займы третьих лиц, предоставленные за счет контролирующего должника лица – такой кредитор обозначается термином «Strohmann» «марионетка»)¹⁵³.

В Австрии аналогичный подход закреплен на законодательном уровне: в § 8 Закон о замещении капитала указано, что для целей субординации к участнику общества приравниваются кредиторы, которые (1) являются участникам другого юридического лица, которое, в свою очередь, способно оказывать влияния на общество-должника (косвенный контроль), или (2) косвенно является участником общества-должника с долей не менее 33%, или (3) имеет прямой или косвенный контроль над обществом, которое владеет не менее 25% уставного капитала должника¹⁵⁴.

Схожим с германским правоприменителем образом, российский Верховный Суд в п. 4 Обзора от 29.01.2020 разъяснил, что требование является «по сути, является требованием о возврате компенсационного финансирования» и подлежит субординации в следующих случаях:

- кредитор предоставил компенсационное финансирование под влиянием контролирующего должника лица; при этом предоставление финансирования под влиянием последнего предполагается в случае, если

¹⁵² BGHZ 31, 258; 118, 107, 110 ff.; ebenso BGH, Urt. v. 3. November 1976 - I ZR 156/74, WM 1977, 73, 75, BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03.

¹⁵³ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

¹⁵⁴ Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 118-119.

действия кредитора не соответствуют ожидаемым поведением любого не связанного с должником разумного участника гражданского оборота;

- 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 их действия не были скоординированными, а были обусловлены самостоятельными экономически обоснованными мотивами.

В первом из рассмотренных случаев основанием распространения на кредитора правил о субординации является его подконтрольность тому же лицу, которое контролирует должника, и осуществление финансирования под его влиянием. Мифтахутдинов Р.Т. и Шайдуллин А.И. отмечают, что 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 компании¹⁵⁵. Поскольку иные мотивы в Обзоре от 29.01.2020 не прослеживаются, то следует исходить из того, что целью данного разъяснения является пресечение попыток обойти правила о субординации путем использования имущества подконтрольного лица, которым контролирующее лицо имеет возможность опосредованно распоряжаться как своим собственным.

Придавая такой фактической возможности правовые последствия в виде субординации требования, правоприменитель отступает от принципа обособленности имущества юридического лица¹⁵⁶. Между тем, общество-кредитор само может быть признано несостоятельным, и в таком случае

¹⁵⁵ Там же.

¹⁵⁶ Как отмечала Козлова Н.В., правосубъектное юридическое лицо не только имеет право, но даже обязано обладать обособленным имуществом, которое может принадлежать ему на праве собственности либо ином вещном праве (п. 1 ст. 48, ст. 216 ГК РФ) - Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. 476 с.

субординация его требования негативно отразится на перспективах удовлетворения требований его собственных кредиторов. Как правило, интересы кредиторов обществ, выдающих сомнительные займы аффилированным лицам могут быть защищены путем оспаривания сделок в порядке гл. III.1 Закона о банкротстве. Однако в рассматриваемом случае указанный путь является тупиковым: на реституционное требование будут распространены те же правила о субординации, которые делают оспаривание сделки компенсационного финансирования практически бесполезным для кредиторов лица, предоставившего такое финансирование¹⁵⁷.

Следовательно, ценой борьбы с предполагаемым обходом закона в интересах кредиторов одного общества является потенциальное нарушение прав кредиторов другого общества, входящего в ту же группу лиц. Насколько оправданным является такой «размен»? У каждого хозяйственного общества есть свои активы и свои кредиторы, которые при вступлении в отношении с должниками исходили из информации об имущественной массе, которая принадлежала каждому из них. Справедливости ради, следует отметить, что данная проблема может быть решена путем консолидации активов и пассивов группы компаний при одновременном банкротстве компаний, входящей в данную группу. Институт материальная консолидация (substantive consolidation) применяется в США и некоторых других юрисдикциях¹⁵⁸. С недавнего времени метод консолидации активов взаимосвязанных лиц применяется и в практике российских судов, однако его применение пока сводится к таким частным вопросам, как обоснованность взыскания задолженности в качестве текущих платежей¹⁵⁹. Говорить о существовании в российском праве консолидации как о

¹⁵⁷ См. п. 18 Обзора судебной практики разрешения споров о несостоятельности (банкротстве) за 2022 г. (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.04.2023), определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 29.12.2022 N 307-ЭС21-14747(5,6) по делу N A05-1780/2020, определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 28.03.2022 N 304-ЭС19-9345(5) по делу N A81-3986/2016, определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 27.01.2022 N 308-ЭС18-3917(2) по делу N A20-3223/2017.

¹⁵⁸ См. подробнее Анашкин С.П. Теория персонифицированной конкурсной массы // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. N 10. С. 191 – 208, Сеньшин А.Е. К проблеме участия в процедурах банкротства взаимосвязанных субъектов // Право и бизнес. 2021. N 4. С. 13 – 18.

¹⁵⁹ См. п. 31 Обзора судебной практики разрешения споров о несостоятельности (банкротстве) за 2022 г. (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.04.2023).

полноценном институте, охватывающим все случаи банкротства двух и более взаимосвязанных компаний, пока явно преждевременно, а вопрос возможности и целесообразности внедрения такого института находится за рамками настоящего исследования.

Таким образом, представляется, что в отсутствие очевидного объяснения, почему интересы одних должны возобладать над интересами других, законодателю следовало бы сохранить *status quo* и не распространять применение правил о субординации на иных подконтрольных бенефициару должника лиц. Предвидится возражение: не ограничивает ли применение правил о субординации в такой же степени права кредиторов самого участника общества, и почему в таком случае мы не отказываемся от применения правил о субординации вообще? Вместе с тем, в случае субординация требований участника является последствием его собственного предпринимательского риска, принятие которого может привести и к приросту его имущественной массы в результате восстановления платежеспособности дочерней компании. В свою очередь, при субординации требования «сестринской» компании последней фактически вменяется чужой предпринимательский риск, несение которого обычно не оправдано экономически обоснованными ожиданиями соответствующей риску выгоды для компании-кредитора. В этом и выражается опасность отхода от принципа имущественной обособленности юридического лица в отсутствие правил о консолидации активов группы компаний в банкротстве.

Второй приведенный в п. 4 Обзора от 29.01.2020 случай субординации совместно контролирующих должника и действующих согласованно лиц, напротив, является вполне обоснованным в рамках общей логики подхода Верховного Суда о применимости правил о субординации к контролирующим должника лицам. Действительно, коль скоро действия кредиторов в отношении должника объединены единой целью и замыслом, и при этом в совокупности они могут быть признаны контролирующими должника лицами, то очередность удовлетворения их требований должна определяться как для любого другого контролирующего должника лица. Представляется, что аффилированность двух

совокупно контролирующих должника лиц в данном контексте является не условием для субординации их требований, а одним из признаков согласованности действий, который признается достаточным для того, чтобы исходить из презумпции наличия такой согласованности.

Следует отметить, что в обоих указанных Верховным Судом случаях основанием распространения правил о субординации является не столько аффилированность с должником, сколько наличие возможности определять его действия: в первом случае – у общего для кредитора и должника контролирующего лица, во втором – в совокупности у двух кредиторов, взаимная аффилированность которых выступает лишь в качестве признака согласованности их действий. В связи с этим наиболее корректной формулировкой для обозначения правил о субординации в текущем виде является «субординация требований контролирующих должника и иных подконтрольных им лиц». Однако исходя из названия Обзора от 29.01.2020 в литературе и практике закрепилась несколько иная формулировка «субординация требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц». Несмотря на привычную формулировку, именно рассмотренное в § 2 настоящей главы понятие контролирующего должника *de lege lata* является ключевым понятием для целей определения круга лиц, чьи требования подлежат субординации.

Таким образом, рассуждая о перспективах урегулирования субординации на законодательном уровне, автор настоящей работы считает предпочтительным ограничить круг лиц, чьи требования подлежат субординации, участниками (акционерами, собственниками имущества, учредителями) юридических лиц. Ни стремление к охвату правилами о субординации максимального числа связанных с должником лиц, ни противодействие обходу правил о субординации не могут оправдать потенциальных вредных последствий, которые влечет размытие действия принципа имущественной обособленности юридического лица. При этом даже реализованные в судебной практике подходы к субординации требований «сестринских» компаний не гарантируют предотвращения обхода

правил о субординации. Так, зная о содержании п. 4 Обзора от 29.01.2020, недобросовестное контролирующее лицо скорее воздержится от осуществления финансирования через явно подконтрольную ей компанию, и договорится об осуществлении финансирования через дружественного, но независимого кредитора, либо осуществить скрытое финансирование с привлечением фирм-однодневок¹⁶⁰. Следует еще раз подчеркнуть принципиальное отличие института субординации от института субсидиарной ответственности: задача субординации не состоит в неотвратимом наказании виновных; ее основанием является не совершение правонарушения, а стремление улучшить положение кредиторов за счет участников общества. Если участник имел право в принципе воздержаться от предоставления финансирования своему обществу, то он вправе и осуществить данное финансирование через третье лицо («quod pro minore licitum est, et pro majore licitum est» - то, что законно в отношении меньшего, законно и в отношении большего).

Вывод по главе:

Исходя из изложенного, в рамках текущей реализованной в Обзоре от 29.01.2020 модели контролирующими должника лицами для целей субординации следует считать лиц, имевших на момент предоставления финансирования возможность давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия, за исключением лиц, у которых такая возможность была связана исключительно с занятием или должности в органах управления общества-должника. В последующих частях работы используется термин «контролирующее должника лицо» или «контролирующее лицо» используется именно в этом значении. Кроме того, к контролирующим лицам для целей субординации приравниваются кредиторы, предоставившие должнику финансирование под влиянием контролирующего должника лица, а также кредиторы, которые в совокупности имеют возможность

¹⁶⁰ Редкий пример установления факта осуществления такого скрытого финансирования см. в определении Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 14.07.2021 по делу № А56-18086/2016. На практике раскрытие таких схем третьими лицами крайне затруднено, а зачастую – вовсе невозможно.

влиять на должника так же, как контролирующее лицо, и при предоставлении финансирования действовали согласованно.

При этом *de lege ferenda* наиболее обоснованным с точки зрения соответствия целям субординации как института, необходимости соблюдения разумного баланса интересов кредиторов должника и кредиторов связанных с ним лиц, а также обеспечения правовой определенности является распространение правил о субординации только на участников (акционеров, собственников имущества, учредителей) должника.

Глава 3. Проблемы квалификации обязательственных отношений должников и контролирующих их лиц в качестве финансирования

§ 1. Понятие финансирования для целей субординации

Предоставление займа является наиболее распространенным способом финансирования подконтрольного общества, однако далеко не единственным. Верховный Суд в Обзоре от 29.01.2020, относит к кризисному (компенсационному) финансированию, в том числе, такие действия, как исполнение обязательств должника перед третьими лицами, а также бездействие в виде непринятия мер по взысканию задолженности с подконтрольного лица.

Несмотря на то, что кризисное финансирование может предоставляться должнику безвозмездно, для целей субординации значение имеют только такие действия (бездействие) контролирующего лица, в результате которых оно получает или сохраняет обязательственное требование в отношении должника. В связи с этим ниже не рассматриваются сделки, не влекущие возникновения у должника встречной обязанности: например, сделки дарения или прощения долга.

Наиболее часто в качестве отличительной особенности кризисного финансирования в литературе выделяется то, что экономические последствия его предоставления эквивалентны предоставлению кредита¹⁶¹. Данный подход был воспринят в § 39 Положения о несостоятельности Германии. Схожим образом, Верховный Суд РФ в пунктах 3.2-4 и 6.1-6.3 Обзора перечислил наиболее распространенные эквиваленты заемного финансирования, однако не установил точных смысловых границ понятия кризисного финансирования.

В дальнейшем Верховный Суд в определении от 04.08.2022 N 307-ЭС19-18598(27,29) указал, что отличительной особенностью компенсационного финансирования является его предоставление контролирующим лицом в

¹⁶¹ Например, Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., указ. соч., Белоусов И.А., указ. соч.

ситуации имущественного кризиса должника с **целью возврата его к нормальной предпринимательской деятельности**. Данный критерий уже позволяет отделить кризисное финансирование от иных гражданско-правовых сделок. Вместе с тем, такой подход к определению понятия кризисного финансирования позволяет субординировать требование лишь в том случае, если при предоставлении финансирования контролирующее лицо было осведомлено о кризисном состоянии должника. Позиция о необходимости учета осведомленности контролирующих лиц создает для последних дополнительные возможности для защиты от субординации, которые до настоящего времени распространения в практике не получили. Такая позиция не только ограничивала бы область применения института субординации, но и не соответствовала бы его правовой природе, в основе которой лежит объективная недокапитализация общества, а не противоправное поведение контролирующего лица (подробнее об учете осведомленности контролирующих лиц о наличии имущественного кризиса см. главу 4 ниже). В связи с этим остается надеяться, что в определении N 307-ЭС19-18598(27,29) дана характеристика лишь частному случаю компенсационного финансирования, не исключающая иных случаев, в которых кризисное состояние должника не столь очевидно, как в упомянутом деле.

В свою очередь, Мифтахутдинов Р.Т. и Шайдуллин А.И. предлагают при рассмотрении требования устанавливать волю контролирующего лица, направленную на финансирование подконтрольного общества. При этом с учетом п. 1 ст. 317.1 ГК РФ признаком финансирования является всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по заключенному договору, за исключением случаев, когда отсрочка встречного исполнения обусловлена объективными особенностями соответствующего рынка товаров, работ, услуг¹⁶².

Вместе с тем, «стандартность» и распространенность на рынке условий об отсрочке отнюдь не исключает наличие у контролирующего лица намерения предоставить финансирование подконтрольному лицу. Поскольку речь идет об

¹⁶² Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., указ. соч.

установлении воли контролирующего лица, более точным индикатором намерений является его собственная договорная практика отношений с независимыми контрагентами. Если таким контрагентам контролирующее лицо поставляет соответствующие товары (работы, услуги) исключительно по предоплате, то предоставление подконтрольному лицу любой отсрочки следует рассматривать как финансирование. И наоборот, если контролирующее лицо со всеми своими контрагентами работает на условиях предоставления отсрочки, не характерных для отрасли в целом, то предоставление аналогичной отсрочки подконтрольному лицу не свидетельствует о наличии цели профинансировать его деятельность. К оценке особенностей соответствующего рынка следует прибегать лишь при отсутствии у контролирующего лица независимых контрагентов в репрезентативном количестве. При этом бремя опровержения того, что отсрочка предоставлена в целях финансирования в обоих случаях следует возлагать именно на предоставившее данную отсрочку лицо, поскольку именно оно обладает всей информацией об условиях заключаемых им договорах, а при отсутствии таковой – обладает профессиональными знаниями о состоянии рынка, на котором работает. Представляемые таким лицом доказательства судам следует оценивать с учетом того, что оно может намеренно представлять только те договоры, которые содержат условия об отсрочке, и не раскрывать остальные. В зависимости от обстоятельств дела такому «выборочному» раскрытию следует давать самостоятельную оценку, в том числе, признавая установленным наличие цели профинансировать должника.

В связи с этим в рамках изложенной в Обзоре от 29.01.2020 концепции финансирование для целей субординации можно определить как **действия или бездействие контролирующего лица, совершаемые с целью предоставления должнику или сбережения им имущества (имущественных прав) на условиях осуществления встречного предоставления в срок, превышающий обычный срок встречного предоставления в случае заключения контролирующим лицом аналогичной сделки с контрагентом, не входящим с ним в одну группу лиц.** В иных случаях денежное требование, возникшее у

кредитора в период имущественного кризиса, но не исполненное должником ввиду введения моратория на исполнение обязательств, субординации не подлежит.

Оценивая данное регулирование *de lege ferenda*, следует отметить спорность применения критерия наличия цели профинансировать подконтрольное лицо. Такой подход более характерен для применяемой в США доктрине переквалификации (*recharacterization*) обязательственных требований в акционерный капитал¹⁶³, от применения которой Верховный Суд отошел с принятием Обзора от 29.01.2020¹⁶⁴. В свою очередь, действующая российская модель не предполагает применения субординации как средства реконструкции реальных экономических отношений. В связи с этим уместно поставить вопрос: если субординация кризисного финансирования в принципе является недобровольной, то почему правоприменитель должен учитывать волевою направленность предоставления от контролирующего лица? Указанную нестыковку можно попытаться объяснить необходимостью обеспечения стабильности гражданско-правовых отношений – аналогичную роль играет норма п. 2 ст. 61.4 Закона о банкротстве, защищающая от оспаривания сделки, совершенную в рамках обычной хозяйственной деятельности. Однако за редкими исключениями применение правил о субординации влечет не реституцию по сделке, а лишь невозможность участвовать в распределении доходов от реализации конкурсной массы. Стабильность гражданско-правовых отношений при таких обстоятельствах неизбежно нарушается и без субординации: достаточно факторов длительности процедуры и, как правило, невысокого процента удовлетворения требований кредиторов. Представляется сомнительным, что такое сокращение области применения правил о субординации является оправданным. В связи с этим при законодательном

¹⁶³ Ponoroff, Lawrence, Whither Recharacterization (April 18, 2016). Rutgers Law Review, 2016, Доступно по ссылке: <https://ssrn.com/abstract=2766596> (дата последнего обращения – 18.01.2023).

¹⁶⁴ Переквалификация договоров займов, выданных контролирующими лицами, на основании п. 2 ст. 170 ГК РФ применялась Верховным Судом до принятия Обзора от 29.01.2020 – см. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(1) по делу N А32-19056/2014.

урегулировании субординации видится возможной модель, при которой понижению в очередности будут подлежать **любые требования контролирующих лиц, возникшие в период имущественного кризиса.**

Вместе с тем, Законопроект № 1172553-7 пока лишь закрепляет изложенный в Обзоре от 29.01.2020 подход к квалификации гражданско-правовых отношений в качестве финансирования: согласно п. 2 ст. 137.1 Закона о банкротстве в предлагаемой авторами законопроекта редакции под предоставлением финансирования для целей настоящей статьи понимаются в том числе предоставление займа или кредита, продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг в кредит, включая отсрочку, рассрочку или непредъявление к исполнению подлежащего исполнению имущественного обязательства, выдачу поручительства или независимой гарантии, а также приобретение контролирующим должника лицом у третьего лица его требования к должнику.

§ 2. Особенности субординации отдельных видов требований

2.1. Требования в рамках заемного или эквивалентного ему финансирования. В Обзоре от 29.01.2020 перечислены следующие действия (бездействия), которые для целей субординации признаются кризисным финансированием:

1) Предоставление денежных средств или иного имущества на условиях возврата или оплаты в будущем (п. 3.1, п. 4 Обзора). Наиболее распространенным видом финансирования является предоставление денежных средств по договору займа. Однако на практике распространены также случаи предоставления подконтрольному обществу на основании гражданско-правовых договоров товаров, иного имущества в собственность, владение и/или пользование, выполнения работ, оказания услуг и т.д. на условиях последующей оплаты.

Как отмечено выше, ключевым признаком финансирования в данном случае *de lege lata* является наличие у кредитора цели предоставления должнику имущества (имущественных прав) на условиях осуществления встречного предоставления в срок, превышающий обычный срок встречного предоставления в случае заключения контролирующим лицом аналогичной сделки с контрагентом, не входящим с ним в одну группу лиц.

При этом необходимо отметить, что субординации в рамках действующей модели подлежат только денежные требования, а к требованиям кредиторов по неденежным обязательствам имущественного характера (о передаче имущества в собственность, выполнении работ и оказании услуг) правило о субординации могут быть применены лишь в том случае, если произошла трансформация соответствующего неденежного требования в денежное требование по возврату должником оплаты, полученной по договору до возбуждения дела о банкротстве¹⁶⁵.

2) Предоставление должнику отсрочки (рассрочки) исполнения обязательства по гражданско-правовому договору (п. 3.3. Обзора) рассматривается в качестве финансирования, поскольку в результате предоставления такой отсрочки (рассрочки) приводит к сбережению (пусть и временному) должником денежных средств. С экономической точки зрения действия кредитора, предоставляющего должнику отсрочку (рассрочку), эквивалентно предоставлению нового займа, направляемого на погашение предыдущего.

Вместе с тем, в исключительных обстоятельствах предоставление отсрочки (рассрочки) может и не быть признано финансированием. Например, в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 17.11.2021 N 307-ЭС21-7195(2,3) по делу N А56-94223/2020 была рассмотрена следующая ситуация: в 31.03.2020, в начальный период пандемии коронавируса, банк продлил действие кредитного договора.

¹⁶⁵ См. п. 33 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 3 (2016)" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.10.2016)

Поскольку задолженность не была погашена, 23.10.2020 банк обратился с заявлением о признании должника банкротом. Суды апелляционной и кассационной инстанции пришли к выводу о том, что требование банка подлежит субординации, поскольку продление кредитного договора в преддверии банкротства являлось формой компенсационного финансирования. Верховный суд отменил указанные судебные акты, отметив, что 31.03.2020 для всех участников рынка неизбежность введения моратория была уже очевидной: соответствующий законопроект уже находился на рассмотрении Государственной Думы. Иными словами, продление срока кредитного договора не являлось финансированием, поскольку введенный 01.04.2020 мораторий на банкротство в любом случае защищал должника от начисления неустоек и принудительного исполнения требований кредиторов на период действия моратория (ст. 9.1 Закона о банкротстве).

3) Непринятие мер по взысканию задолженности подконтрольного лица (п. 3.2 Обзора). Финансированием для целей субординации признается также неустребование контролирующим лицом займа в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, равно как отказ от реализации права на досрочное истребование займа или подписание дополнительного соглашения о продлении срока возврата займа.

Данное разъяснение является логическим продолжением правила о том, что к финансированию приравнивается предоставление отсрочки, поскольку неустребование задолженности имеет тот же экономический эффект – сбережение должником денежных средств. Более того, подписание соглашения о продлении срока возврата займа с точки зрения его последствий практически неотлично от предоставления отсрочки.

Вместе с тем, требует уточнения вопрос о том, какие модели поведения кредитора могут рассматриваться в качестве неустребования суммы займа в разумный срок. Представляется, что по общему правилу не могут быть признаны финансированием действия такого кредитора, который в разумный срок обеспечил соблюдение обязательного претензионного порядка и обратился в суд

с иском о взыскании задолженности. Вместе с тем, если после вступления в силу судебного решения о взыскании задолженности кредитор в разумный срок не предпринял минимальных мер по исполнению этого решения, его действия необходимо рассматривать как невостремление задолженности. Под такими минимальными мерами следует понимать обращение с заявлением о возбуждении исполнительного производства или предъявление исполнительного документа для исполнения в порядке статей 8 или 8.1 Федерального закона "Об исполнительном производстве" от 02.10.2007 N 229-ФЗ.

4) Исполнение за должника его обязательств перед третьими лицами (п. 6.1, п. 6.3 Обзора). В п. 6.1 Обзора рассматривается вопрос о субординации суброгационного требования контролирующего лица, основанного на заключенном с независимым кредитором договоре о предоставлении контролирующим лицом обеспечения за должника. В приведенном Верховным Судом примере договор поручительства был заключен компанией в условиях имущественного кризиса подконтрольного ей основного должника. По мнению Верховного Суда, контролирующее лицо, выдавая поручительство, по сути, предоставило должнику компенсационное финансирование, в связи с чем перешедшее ему в порядке суброгации требование подлежало субординации. Аналогичные правила подлежат применению и к другим способам обеспечения – залогоу, независимой гарантии и т.д.

Представляется, что данное правило не следует ограничивать поручительствами, выданными по обязательствам перед независимыми кредиторами, - в равной степени оно должно распространяться и на поручительства, выданные по обязательствам перед аффилированными кредиторами. Исполнение за должника обязательства перед аффилированным лицом в такой же степени приводит к сбережению денежных средств по смыслу определения понятия финансирования, сформулированного выше.

Применительно к особенностям доказывания в таких ситуациях необходимо отметить, что исполнение обязательства за счет обеспечения, как

правило, само по себе предполагает наличие кризиса. Если кризисной ситуации нет, то разумный участник договор скорее не станет допускать просрочки и обращения к обеспечению, а согласует с кредитором иной способ урегулирования задолженности. В связи с этим исполнение обязательства за счет обеспечения может порождать опровержимую презумпцию¹⁶⁶ наличия у должника имущественного кризиса.

2.2. Субординация требований, приобретенных в порядке сингулярного правопреемства. Отдельно следует рассмотреть особенности субординации требований, приобретенных кредитором в порядке сингулярного правопреемства (как правило, по договору цессии).

1) Уступка требования от контролирующего лица к внешнему кредитору: правила о субординации применяются независимо от смены лица в обязательстве

Как обоснованно разъяснил Верховный Суд в п. 7 Обзора, поскольку первоначальный кредитор не может уступить новому кредитору больше прав, чем имеет сам, требование, которое подлежало бы субординации, будь оно предъявлено цедентом, не может изменить своего статуса в результате перехода права к цессионарию. Указанное правило восходит к известной максиме римского права «Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet»¹⁶⁷.

Необходимо отметить, что данное правило представляет определенную угрозу для цессионариев, которые в силу запутанности корпоративных отношений и отсутствия информации об обстоятельствах первоначального финансирования могли не знать о наличии оснований для субординации приобретаемого ими требования. На данную проблему обращают внимание, в частности, Д.В. Федотов, А.Э. Алоян. Так, Д.В. Федотов в качестве ее решения рассматривает, прежде всего, гражданско-правовые средства защиты:

¹⁶⁶ Подробнее см. Мохов А.А. О презумпциях в гражданском судопроизводстве России // Юридический мир. 2006. № 4. С. 42–45.

¹⁶⁷ Никто не может передать больше прав, чем имеет сам (лат.).

применение института заверения об обстоятельствах, расторжение договора в судебном порядке, расширительное толкование положений ст. 475 Гражданского кодекса о последствиях передачи покупателю некачественного товара и оспаривание сделки как совершенной под влиянием существенного заблуждения (ст. 178 ГК РФ)¹⁶⁸. В свою очередь, А.Э. Алоян считает, что правило о субординации требований контролирующих лиц в процедуре банкротства не должно противопоставляться третьим (независимым) лицам, и такие требования следует рассматривать через призму стандартов добросовестности и разумности¹⁶⁹. Развивая мысль упомянутого автора, можно предположить создание правила, защищающего добросовестного приобретателя права требования и освобождающего его от субординации подобно тому, как освобождается от залогового обременения добросовестный приобретатель вещи, не знавший о наличии данного обременения (пп. 2 п.1 ст. 352 ГК РФ). Вместе с тем, с учетом простоты оборота прав требований указанное создало бы широкое поле для злоупотреблений путем отчуждения подлежащих субординации прав требования в пользу подставных «добросовестных» приобретателей. В связи с этим наиболее разумным представляется полное следование принципу «**nemo plus iuris**» и субординация требований независимо от их последующей уступки третьим лицам.

2) Приобретение контролирующим лицом требования, не подлежавшего субординации: правила о субординации применяются, если требования приобретены в период имущественного кризиса. В п. 6.2 Обзора от 29.01.2020 рассмотрена обратная ситуация – приобретение контролирующим лицом требования у независимого кредитора. Верховный суд признал приобретенное таким образом требование подлежащим субординации, поскольку, приобретая у независимого кредитора требование к должнику, контролирующее лицо создавало условия для отсрочки погашения долга по

¹⁶⁸ Федотов Д.В. Уступка права требования к несостоятельному должнику: способы защиты прав цессионария в случае наличия оснований для субординации требования // Юрист. 2021. N 2. С. 57 – 62

¹⁶⁹ Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. N 6. С. 221 - 240.

кредитному договору, т.е. фактически профинансировало должника, предоставив ему возможность продолжить предпринимательскую деятельность. В другом примере Верховного Суда рассмотрена ситуация с приобретением контролирующим лицом требования, срок исполнения которого еще не наступил. Верховный суд указал, что данное обстоятельство не препятствует субординации требования, так как в момент имущественного кризиса у должника контролирующему лицу было очевидно, что должник не сможет исполнить обязательство тогда, когда наступит срок его исполнения.

Вместе с тем, изложенное не позволяет прийти к выводу о необходимости квалификации приобретения требования как такового в качестве одной из форм финансирования. Замена внешнего кредитора на внутреннего (или одного внутреннего кредитора на другого) сама по себе не приводит к сбережению должником имущества на время имущественного кризиса. Финансирование имеет место лишь в том случае, если после правопреемства новый кредитор не инициировал взыскания задолженности или не продолжил процесс взыскания, инициированный первоначальным кредитором.

Применительно к данному разъяснению необходимо отметить также и то, что приобретение требования к несостоятельному должнику контролирующим его лицом само по себе рассматривается некоторыми исследователями как действие в обход ст. 113 Закона о банкротстве. Так, Д.А. Петров отмечает, что, если учредитель или третье лицо, являющееся контролирующим по отношению к должнику, осуществляют исполнение обязательств последнего вне рамок указанной статьи (например, в предбанкротный период), то такое исполнение нельзя признать законным¹⁷⁰.

Вывод по главе:

С учетом изложенного, в соответствии с текущей практикой, урегулированной Обзором Верховного Суда от 29.01.2020, а также исходя из содержания Законопроекта № 1172553-7 понятие финансирования для целей

¹⁷⁰ Петров Д.А., упом. соч.

субординации определяется как действия или бездействие контролирующего лица, совершаемые с целью предоставления должнику или сбережения им имущества (имущественных прав) на условиях осуществления встречного предоставления в срок, превышающий обычный срок встречного предоставления в случае заключения контролирующим лицом аналогичной сделки с контрагентом, не входящим с ним в одну группу лиц.

Вместе с тем применение критерия наличия цели профинансировать подконтрольное лицо не видится оправданным с учетом целей субординации, а также порождает множество спорных ситуаций на практике. В связи с этим более оптимальной видится модель регулирования, в рамках которой понижению в очередности будут подлежать любые требования контролирующих лиц, возникшие в период имущественного кризиса.

Глава 4. Особенности субординации требований, возникших в связи с кризисным финансированием

§ 1. Критерии имущественного кризиса для целей субординации¹⁷¹

1.1. Содержание понятия имущественного кризиса для целей субординации. В рамках действующей модели регулирования сам по себе факт финансирования общества контролирующим лицом не рассматривается в качестве признака имущественного кризиса. Об этом свидетельствует и достаточно значительное количество случаев отказа в субординации ввиду отсутствия состояния имущественного кризиса на момент предоставления финансирования¹⁷².

Верховный Суд РФ в п. 3 Обзора связывает субординацию требования контролирующего лица с возникновением данного требования на основании договора, исполнение по которому предоставлено должнику в ситуации имущественного кризиса. Критерии имущественного кризиса в Обзоре исчерпывающим образом не описаны, однако отмечается, что имущественный кризис имеет место при наличии любого из обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве. В указанном пункте перечислены случаи, когда руководитель должника обязан обратиться с заявлением о банкротстве, в том числе:

- наличие признаков неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества;
- невозможность удовлетворения требований всех кредиторов при удовлетворении части из них;

¹⁷¹ См. также Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // Закон. 2023. N 3. С. 158-173.

¹⁷² См., напр.: постановления АС Московского округа от 10.12.2020 по делу № А40-48600/2019; АС Северо-Западного округа от 22.12.2021 по делу № А56-122126/2018; Тринадцатого ААС от 19.10.2021 по делу № А56-29405/2020/вст.1; Двадцатого ААС от 28.01.2022 по делу № А23-1141/2020.

- невозможность или существенная затруднительность хозяйственной деятельности при обращении взыскания на имущество должника;
- наличие не погашенной в течение более чем трех месяцев по причине недостаточности денежных средств задолженности перед работниками должника.

Несмотря на кажущееся сходство с еще одной крупной категорией споров - о привлечении к субсидиарной ответственности за неподачу или несвоевременную подачу заявления должника (ст. 61.12 Закона о банкротстве) - оценка состояния должника для целей субординации имеет ряд важных особенностей.

Так, понятие имущественного кризиса, определяемое Верховным Судом РФ как «трудное экономическое положение», едва ли исчерпывается обстоятельствами, при наступлении которых руководитель должника обязан подать заявление о банкротстве. Это находит отражение и в Определении от 19 октября 2020 года № 307-ЭС20-6662 (4), где Суд формулирует данную часть предмета доказывания более широким образом: «...каково было **имущественное положение** (выделено автором) должника в момент получения им финансирования». Имущественное положение может быть признано кризисным и в ситуации, когда общество остается платежеспособным и имеет достаточно имущества для исполнения обязательств перед имеющимися кредиторами, но в будущем предвидится возникновение новых требований, для удовлетворения которых имущества общества может оказаться недостаточно. Например, такая ситуация может возникнуть при введении новых регуляторных требований, исполнение которых требует несения значительных расходов, а неисполнение влечет наложение значительных штрафов или приостановление деятельности. Следует подчеркнуть, что для констатации наличия имущественного кризиса будущее объективное банкротство не обязательно должно быть неизбежным. Достаточно установления реальной возможности такого исхода в отсутствие дополнительных негативных факторов. Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин также приходят к выводу, что понятие

имущественного кризиса не ограничено обстоятельствами, указанными в ст. 9 Закона о банкротстве, и данное состояние может иметь место ранее возникновения признаков банкротства¹⁷³. Аналогичный вывод следует и из позиции Т.П. Шишмаревой, по мнению которой неплатежеспособность отражает определенную стадию финансового кризиса должника, которая отличается от обычной просрочки исполнения обязательства, для которой не является характерным наличие признаков наступившего имущественного неблагополучия¹⁷⁴.

Исходя из изложенных в гл. 1 настоящей диссертации выводов о политико-правовых основаниях субординации, понижение в очередности требований, возникших при кризисном финансировании, не связано с виновными действиями контролирующих лиц. Поскольку установление вины кредиторов для субординации не требуется, то и **субъективная осведомленность** указанных лиц **об имущественном кризисе значения не имеет**. В связи с этим при рассмотрении споров о субординации неприменима значительная часть практики по делам о привлечении к субсидиарной ответственности, где суды оценивают субъективную осведомленность контролирующих лиц¹⁷⁵ о кризисном состоянии компании. Гипотетически возможна ситуация, при которой разумное контролирующее лицо могло и не знать о наступлении кризиса, однако суд все равно установит его наличие на заданный момент времени, исходя из анализа объективной информации о состоянии должника. Следует отметить, что, несмотря на это, суды в некоторых случаях все же принимают во внимание и субъективную сторону действий контролирующего лица, в том числе цель предоставления финансирования и осведомленность о наличии у должника

¹⁷³ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Указ. соч. С. 51, 52.

¹⁷⁴ Шишмарева Т.П. Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015. 332 с.

¹⁷⁵ Как разъяснено в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве», обязанность руководителя по обращению в суд с заявлением о банкротстве возникает в момент, когда добросовестный и разумный руководитель, находящийся в сходных обстоятельствах, в рамках стандартной управленческой практики с учетом масштаба деятельности должника, обязан был объективно определить наличие одного из обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве.

финансовых трудностей¹⁷⁶. Представляется, что такая практика является следствием восприятия некоторыми судами субординации как меры ответственности — подход, подтверждение которому можно найти в словах Верховного Суда РФ о последствиях отклонения от предписанной ст. 9 Закона о банкротства модели поведения (п. 3.1 Обзора). Вместе с тем ранее были подробно рассмотрены недостатки данного подхода и сделан вывод об иной правовой природе, связанной с компенсацией недостаточности собственного капитала и предполагающей учет **только объективного имущественного состояния** общества.

Вместе с тем, как отмечают Р.Т. Мифтахутдинов и А.И. Шайдуллин, субъективный подход к определению имущественного кризиса для целей субординации применялся в практике немецких и австрийских судов в течение достаточно длительного период¹⁷⁷. Данный подход предполагает, что имущественный кризис имеет место в ситуации, когда компания уже не может получить заемное финансирование от внешних кредиторов лиц, то есть является некредитоспособной. Оценивая финансовое положение должника в рамках субъективного подхода, суды устанавливали наличие кризиса исходя из тех внешних признаков, которыми руководствовались бы независимые кредиторы: содержание бухгалтерского баланса, наличие свободного имущества, которое может быть использовано в качестве обеспечения исполнения обязательств, уровень снижения выручки и доходности, коэффициент достаточности собственного капитала и т.д.¹⁷⁸

Применение субъективного подхода к определению имущественного кризиса нельзя признать обоснованным и целесообразным в связи со следующим.

¹⁷⁶ См.: постановления АС Северо-Западного округа от 22.12.2021 по делу № А56-122126/2018, от 24.01.2022 по делу № А56-29405/2020; АС Центрального округа от 11.02.2022 по делу № А68-2850/2016; АС Уральского округа от 08.06.2022 по делу № А60-56184/2020.

¹⁷⁷ Р.Т. Мифтахутдинов, А.И. Шайдуллин, упом. соч.

¹⁷⁸ См. там же.

Во-первых, ничем не подтверждается предпосылка, что любой не связанный с должником кредитор отказался бы от финансирования компании, находящейся в кризисном состоянии. В деловой практике встречаются случаи, когда инвестор на условиях повышенного процентного или иного вознаграждения предоставляет заем испытывающей трудности компании. В то же время, если должник уже имеет существенные по размеру обязательства перед определенным кредитором, то этот кредитор может быть более других заинтересован в предоставлении должнику финансирования для преодоления кризиса, поскольку в противном случае он рискует потерять уже вложенные средства. Следовательно, наличие у общества внешних источников финансирования не исключает того, что оно находится в состоянии кризиса.

Во-вторых, большинство кредиторов не обладают возможностью достоверно установить финансовое состояние должника. Даже профессиональный заимодавец может быть введен в заблуждение устаревшей или не отражающей действительность отчетностью должника. На это косвенным образом указывает и практика оспаривания сделок по п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве, где в подавляющем большинстве случаев суды признают, что кредитору не могло быть известно о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества.

В-третьих, субъективный подход ограничивает установление судом фактов о финансовом состоянии только теми сведениями, которые в силу закона и обычаев делового оборота доступны кредитору при предоставлении финансирования. Такое ограничение имело бы смысл только в случае, если бы субординации могли быть подвергнуты требования независимых кредиторов, на которых было бы несправедливо возлагать сокрытие должником своего финансового положения. Однако, поскольку необходимым условием субординации является подконтрольность должника кредитору (или обоим –

единому бенефициару), оснований защищать «осмотрительного кредитора» не имеется.

Таким образом, имущественное положение для целей субординации следует понимать как объективное состояние должника на момент предоставления финансирования.

1.2. Разграничение имущественного кризиса и иных финансовых затруднений. В деятельности общества могут возникать разнообразные затруднения, препятствующие реализации его бизнес-планов и достижению определенных финансовых показателей. Исходя из предположения, что целью субординации является ретроактивная квазикапитализация несостоятельного должника, имущественным кризисом должны признаваться **только такие затруднения, которые могут привести к банкротству.**

Одни и те же сдерживающие развитие общества факторы могут при изменении обстоятельств менять свой характер: так, высокая долговая нагрузка при умеренной процентной ставке может оказывать давление только на прибыльность, однако при резком повышении стоимости рефинансирования становится угрозой самому существованию бизнеса.

Следовательно, перед судами стоит непростая задача определять, с какого момента испытываемые должником трудности приобретают характер имущественного кризиса. Отметим, что указанное является именно вопросом права, решение которого суд не может делегировать судебному эксперту. Последнему может быть поручено проведение исследования по вопросам, связанным с оценкой финансового состояния должника, однако установление имущественного кризиса как правовой категории находится в исключительной компетенции суда¹⁷⁹.

¹⁷⁹ На этот счет см.: Определение от 28.09.2020 № 310-ЭС20-7837, где Верховный Суд РФ справедливо отметил, что «неплатежеспособность, с точки зрения законодательства о банкротстве, является юридической категорией, определение наличия которой относится к исключительной компетенции судов... перед экспертом может быть поставлен только вопрос факта (в данном случае оценка финансового состояния должника), в то время как установление признаков неплатежеспособности относится к вопросам права».

Задача судов дополнительно осложняется тем, что зачастую переход в кризисное состояние нельзя увязать с конкретными внешними или внутренними для общества событиями, и переход в кризисное состояние представляет собой длительный процесс. Он, как правило, находит отражение в динамике финансовых показателей деятельности общества. В законодательстве и судебной практике отсутствуют какие-либо общепринятые критерии, которые позволяли бы отличать кризисное состояние от обычного состояния хозяйствующего субъекта, сопровождаемого трудностями, характерными для данного вида деятельности. В связи с этим, оценивая имущественное состояние должников, суды ссылаются прежде всего на **неисполнение обязательств** перед внешними кредиторами¹⁸⁰ и **недостаточность имущества** для погашения требований всех кредиторов¹⁸¹ — обстоятельства, прямо указывающие на наличие у руководителя должника обязанности подать заявление о его банкротстве. Данная практика охватывает наиболее очевидные случаи кризисного финансирования.

В спорных ситуациях приводятся и иные признаки имущественного кризиса, в частности:

- наличие у должника **непокрытого убытка** по итогам деятельности за определенный период¹⁸²,
- **отрицательная динамика прибыли и иных ключевых показателей** деятельности должника¹⁸³,
- **неспособность к самостоятельному ведению деятельности** без постоянного финансирования со стороны контролирующего лица¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Постановления АС Центрального округа от 30.05.2022 по делу № А09-9475/2019; АС Московского округа от 23.05.2022 по делу № А41-17512/2021; Тринадцатого ААС от 14.04.2022 по делу № А21-12386/2019-5.

¹⁸¹ Постановления АС Московского округа от 09.08.2022 по делу № А40-291982/2019; АС Волго-Вятского округа от 14.01.2022 по делу № А43-27273/2019; АС Дальневосточного округа от 17.06.2022 по делу № А73-8958/2021.

¹⁸² Постановления АС Московского округа от 15.09.2022 по делу № А40-28465/2021; АС Западно-Сибирского округа от 25.08.2022 по делу № А45-39627/2019; АС Дальневосточного округа от 05.04.2022 по делу № А73-18800/2020; АС Северо-Западного округа от 12.11.2021 по делу № А56-15903/2020; АС Волго-Вятского округа от 12.08.2022 по делу № А17-1898/2021.

¹⁸³ Постановления АС Уральского округа от 01.07.2022 по делу № А07-27580/2017; Десятого ААС от 11.08.2021 по делу № А41-21704/2020.

¹⁸⁴ Определение Верховного Суда РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077(2) по делу № А65-1704/2019; постановления АС Северо-Западного округа от 13.09.2022 по делу № А21-1627/2021, АС Центрального округа от 11.02.2022 по делу № А68-2850/2016.

И.В. Стасюк и А.С. Улезко выделяют также такие признаки имущественного кризиса, как недостаточная капитализация, наличие отрицательных чистых активов, рост кредиторской задолженности¹⁸⁵.

Основными источниками сведений о состоянии должника в периоды, предшествующие банкротству, являются его бухгалтерская отчетность и основанные на ней данные финансового анализа, осуществляемого временным управляющим в ходе процедуры наблюдения (ст. 70 Закона о банкротстве). Правилами проведения указанного финансового анализа предусмотрен расчет коэффициентов финансово-хозяйственной деятельности, приводимых поквартально не менее чем за двухлетний период, предшествующий возбуждению производства по делу о несостоятельности.

Еще на заре современного российского банкротного права в качестве ключевых коэффициентов выделялись:

- коэффициент текущей ликвидности (пороговое значение — 2);
- коэффициент обеспеченности собственными средствами на конец отчетного периода имеет значение (пороговое значение — 0,1).

В случае если значения указанных коэффициентов были ниже пороговых, структура баланса предприятия считалась неудовлетворительной, а само предприятие — неплатежеспособным¹⁸⁶.

Аналогичные рекомендуемые значения этих и иных коэффициентов закреплены в Методологических рекомендациях по проведению анализа финансово-хозяйственной деятельности организаций¹⁸⁷. Вместе с тем в самих Методологических рекомендациях отмечается, что для нормально функционирующих организаций значение показателей **может быть и ниже рекомендуемых** (например, для организаций с высокой оборачиваемостью активов). С учетом вариативности структуры активов и пассивов в зависимости

¹⁸⁵ Кризисные состояния юридического лица в российском банкротном праве / И. В. Стасюк, А.С. Улезко. – Москва: Статут, 2022. – 158 с. С. 93.

¹⁸⁶ См.: п. 5 Приложения № 1 к утратившему силу Постановлению Правительства РФ от 20.05.1994 № 498 «О некоторых мерах по реализации законодательства о несостоятельности (банкротстве) предприятий».

¹⁸⁷ Утверждены Госкомстатом России 28.11.2002.

от специфики хозяйственной деятельности некоторые исследователи указывают на необходимость разработки отраслевых финансовых коэффициентов¹⁸⁸. Отклонения от рекомендуемых показателей могут быть вызваны и особенностями бизнеса отдельной компании, в числе прочего с учетом ее отношений с деловыми партнерами и аффилированными лицами.

Существуют и альтернативные методики числового выражения финансового состояния компании, например, Модель оценки вероятности угрозы банкротства Э. Альтмана, Метод расчета показателя А-счета Аргенти и другие¹⁸⁹. Вместе с тем, ни одна из этих методик не может претендовать на универсальность и неопровержимость выводов применительно к каждой конкретной компании.

Таким образом, выход отдельных коэффициентов финансово-хозяйственной деятельности за пределы рекомендованных значений не всегда свидетельствует о наличии кризисных явлений. Оценивая заключение по итогам финансового анализа, даже опытные и хорошо понимающие значение различных коэффициентов судьи могут сделать разные выводы относительно одной и той же совокупности финансовых показателей. В связи с этим отсутствие единого алгоритма оценки имущественного состояния должника оказывает заметное сдерживающее влияние на формирование единообразной практики субординации требований, основанных на кризисном финансировании.

1.3. Презумпция имущественного кризиса. Единообразие практики оценки имущественного состояния должников может быть достигнуто путем установления презумпции наличия кризиса при достижении одного или нескольких финансовых параметров деятельности общества определенного уровня (уровней). Данная презумпция должна, с одной стороны, соответствовать наиболее релевантному индикатору имущественного кризиса для целей

¹⁸⁸ См.: Федорова Е.А., Чухланцева М.А., Чекрызов Д.В. Нормативные значения коэффициентов финансовой устойчивости: особенности видов экономической деятельности // Управленческие науки. 2017. Т. 7. № 2. С. 44–55.

¹⁸⁹ Астраханцева И.А., Кукукина И.Г. Учет и анализ банкротств: учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ИНФРА-М, 2021. 377 с.

субординации, а с другой — быть опровержимой, чтобы суд мог учесть доводы контролирующего лица об отсутствии кризисного состояния, несмотря на формальное отклонение определенного параметра от нормы.

Возвращаясь к рассмотренной ранее правовой природе института субординации, отметим, что она направлена на квазикапитализацию несостоятельного должника и в этом отношении выступает в качестве менее рестриктивной альтернативы контролю за обеспеченностью организаций собственным капиталом. Потребность в такой мере связана с тем, что в течение длительного периода перед своим банкротством действительная стоимость чистых активов общества может быть менее уставного капитала, а с учетом того, что у большинства обществ уставный капитал установлен на минимально допустимом уровне — стоимость чистых активов таких обществ зачастую составляет отрицательную величину.

Как отмечают И.В. Стасюк и А.С. Улезко, отрицательную величину чистых активов хотя и нельзя отождествлять с признаками банкротства, снижение стоимости чистых активов может рассматриваться как имущественный кризис и предвестник возникновения признаков банкротства¹⁹⁰.

Следовательно, в качестве индикатора наличия имущественного кризиса для целей субординации целесообразно использовать несоответствие стоимости чистых активов уставному капиталу общества либо отрицательное значение данного показателя. Такое состояние юридического лица при принятии соответствующих нормативных изменений можно рассматривать как основание для применения презумпции, то есть закрепленного правовой нормой предположения о наличии имущественного кризиса¹⁹¹.

Поскольку даже отрицательное значение стоимости чистых активов при определенных обстоятельствах с учетом особенности конкретного бизнеса может являться нормальным и не свидетельствовать о наличии реальной

¹⁹⁰ И.В. Стасюк, А.С. Улезко, упом. соч. С. 93-94.

¹⁹¹ Мохов А.А., Воронцова И.В., Семёнова С.Ю. Гражданский процесс (гражданское процессуальное право) России: учебник / отв. ред. А.А. Мохов. - М.: ООО "ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА КОНТРАКТ", 2017. С. 117.

возможности банкротства общества, заявителю требования должно быть дано право опровергнуть данную презумпцию наличия имущественного кризиса.

Необходимо учитывать, что на практике действительная стоимость чистых активов редко соответствует балансовой, даже если та определена в полном соответствии с правилами ведения бухгалтерского учета и ее достоверность подтверждена аудитором. Рыночная стоимость активов общества может отклоняться как в большую, так и в меньшую сторону.

В связи с этим представляет интерес методика определения даты объективного банкротства организации, предложенная исследователями кафедры экономики Национального исследовательского Томского государственного университета. Авторы методики предлагают в качестве одного из этапов проведение оценки отдельных статей активов и обязательств организации на основе рыночной стоимости. При этом возможны истребование дополнительных документов, проверка дебиторов и кредиторов на предмет реальности их требований, выявление нереальных ко взысканию и исполнению обязательств. Результатом такой комплексной оценки является составление балансов организации исходя из рыночной стоимости активов и обязательств¹⁹².

Согласимся с необходимостью проведения такой оценки в спорных ситуациях, однако следует отметить нецелесообразность возложения на арбитражного управляющего и внешних кредиторов обязанности подготовки заключения оценщика во всех случаях рассмотрения вопроса о субординации. Это привело бы к увеличению издержек конкурсной массы и сторон процесса за счет оплаты услуг оценщика даже в тех случаях, когда кризисный характер финансирования вполне очевидно следует из бухгалтерской отчетности и без корректировок на рыночную стоимость.

Оптимальным представляется использование конструкции «презумпции в презумпции», при котором недостаточность (отрицательное значение) суммы чистых активов предполагается, если она следует напрямую из бухгалтерской

¹⁹² См.: Хлопцов Д.М., Беломытцева О.С., Баландина А.С. О методике определения даты объективного банкротства организации // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2022. № 1. С. 30–40.

отчетности должника. При этом все стороны спора вправе опровергать параметры, рассчитанные на основе бухгалтерской отчетности путем проведения оценки отдельных статей активов и обязательств организации на основе рыночной стоимости. Иными словами, получив возражение о том, что финансирование предоставлено в момент, когда сумма чистых активов по бухгалтерскому балансу составляла отрицательную величину, заявитель требования может добиться их включения в третью очередь реестра кредиторов одним из следующих способов:

1) провести рыночную оценку активов и обязательств организации и доказать, что действительная стоимость чистых активов превышала установленное значение;

2) доказать, что, несмотря на недостаточность (отрицательное значение) суммы чистых активов, с учетом особенностей бизнеса должника он не находился в состоянии имущественного кризиса. Например, превышение суммы обязательств над стоимостью активов могло сопровождаться высокой рентабельностью активов и комфортным графиком погашения обязательств, что позволяет признать состояние должника нормальным, а не кризисным.

Необходимо отметить, что предложенные презумпции не только упрощают установление фактов для судов и доказывание для заинтересованных в субординации лиц, но и не ухудшают положение контролирующих должника лиц – заявителей требований. Так, действующие разъяснения уже предусматривают, что в силу значительно большей по сравнению с независимыми кредиторами информированностью о состоянии должника именно контролирующее лицо должно нести риск наступления негативных последствий несовершения им процессуальных действий по представлению доказательств отсутствия имущественного кризиса в виде понижения очередности удовлетворения его требования (п. 3.4 Обзора от 29.01.2020). При таких обстоятельствах установление рассматриваемых в настоящей главе презумпций только добавит правовой определенности при определении статуса

требований контролирующих должника и аффилированных с ними лиц в делах о банкротстве.

1.4. Особенности оценки стоимости чистых активов должника.

Ограниченность источников информации о состоянии общества на момент предоставления финансирования предопределяет и ограничения по точности установления состояния общества на заданную дату. Так, в зависимости от учетной политики организации суду и сторонам доступна отчетность общества по состоянию на конец месяца, квартала или года. Имущественное положение общества между двумя отчетными датами может существенно изменяться. В некоторых случаях при оценке этого положения можно использовать дополнительную информацию, в том числе данные управленческого учета за более близкую к моменту предоставления финансирования дату. Однако в остальных случаях при оценке суммы чистых активов приходится полагаться на данные за последнюю отчетную дату.

Еще одно ограничение стоимости чистых активов как индикатора наличия имущественного кризиса состоит в том, что при ее расчете не обращается внимание на объекты бухгалтерского учета, находящиеся на забалансовых счетах¹⁹³. На практике забалансовые обязательства могут существенно влиять на финансовое положение должника. В число таких обязательств входят выданные должником обеспечения по обязательствам третьих лиц. Даже если такой поручитель имеет высокие показатели собственных чистых активов, то в случае неисполнения обеспечиваемого обязательства он сам рискует оказаться в состоянии имущественного кризиса. В то же время поручительство может выдаваться и при околонулевой вероятности дефолта по основному обязательству исключительно для целей присвоения банком более высокой категории качества ссудной задолженности.

В связи с этим при оценке суммы чистых активов для целей субординации необходимо делать корректировку на забалансовые обязательства должника в

¹⁹³ Согласно п. 4 Порядка определения стоимости чистых активов, утвержденного приказом Минфина России от 28.08.2014 № 84н.

случае, если на момент рассмотрения заявления кредитора на основании обеспечительного обязательства к должнику еще могут быть предъявлены дополнительные требования. Это позволит контролирующим лицам при наличии соответствующей возможности погасить обеспечиваемое требование либо договориться о замене выданного должником обеспечения на другое. Кроме того, если сумма чистых активов уменьшается на сумму обеспечения, то справедливо учитывать и оценочную стоимость права требования, которое должник получит в порядке суброгации в случае исполнения своих обеспечительных обязательств.

§ 2. Перспективы законодательного регулирования¹⁹⁴

Недобровольный характер субординации требований контролирующих лиц предполагает необходимость законодательного закрепления соответствующих правил в законодательстве. В настоящий момент на рассмотрении Государственной Думы находится законопроект № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁹⁵, который содержит ст. 137.1 о правилах субординации. Данные правила, как и сформулированные в Обзоре от 29.01.2020, предусматривают субординацию требований контролирующих лиц в двух случаях предоставления должнику финансирования:

1) после возникновения у должника обязанности подать заявление о признании его банкротом в соответствии с п. 1 ст. 9 настоящего законопроекта (капитализация в кризис);

¹⁹⁴ См. также Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // Закон. 2023. N 3. С. 158-173.

¹⁹⁵ Законопроект № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1172553-7> (дата последнего обращения: 27.05.2023).

2) если сформированный при создании этого должника уставный капитал заведомо недостаточен для осуществления им деятельности, для которой он был создан (изначальная недокапитализация, см. подробнее главу 5 ниже).

Как следует из приведенной формулировки подп. 1 п. 1 ст. 137.1, законопроект в отличие от действующего Обзора от 29.01.2020 не использует понятия «имущественный кризис», а вместо этого связывает основание для субординации с моментом возникновения у должника обязанности подать заявление о признании его банкротом¹⁹⁶. Это сужает совокупность случаев, когда финансирование будет признано кризисным, до обстоятельств, прямо предусмотренных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве.

Практическое следствие данного подхода состоит в том, что судам будет несколько проще устанавливать наличие или отсутствие признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества, нежели оценивать состояние должника с точки зрения признаков кризиса в более широком смысле.

В то же время контролирующее лицо, желая установить свое требование в третьей очереди реестра кредитора, сможет сослаться на наличие у руководства общества экономически обоснованного плана выхода из кризиса, частью которого и являлось предоставление кризисного финансирования. Иными словами, субординация будет являться последствием финансирования должника, находящегося уже в безнадежной ситуации, а не просто кризисной.

Такое регулирование имело бы основания в случае, если бы субординация рассматривалась как ответственность за то, что вопреки законодательно установленной обязанности инициировать банкротство контролирующее лицо искусственно поддерживает должника на плаву займами. Тогда действительно было бы не за что понижать в очередности требование, возникшее в результате помощи должнику, находящемуся в кризисе, но еще не обладающему признаками, перечисленными в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве.

¹⁹⁶ См.: ст. 137.1 Закона о банкротстве в редакции законопроекта № 1172553-7.

Кроме того, данная позиция авторов законопроекта могла бы быть обоснована и его общей реабилитационной направленностью, в рамках которой понятно стремление создать максимально благоприятные условия для привлечения кризисного финансирования для должника, не находящегося в состоянии объективного банкротства. Впрочем, как отмечалось, отсутствуют основания считать, что на практике перспективы субординации оказывают существенное сдерживающее влияние на решение о его предоставлении.

Отдельно следует отметить, что после отсылки к норме ст. 9 Закона о банкротстве авторы законопроекта указывают в скобках термин «капитализация в кризис». Данный термин соответствует иному, более верному, по мнению автора, подходу к субординации как к способу улучшить положение кредиторов недокапитализированного общества. Однако под капитализацией в кризис следовало бы понимать финансирование не только и не столько в состоянии объективного банкротства, сколько при недостаточном уровне чистых активов должника. Сложность установления стоимости чистых активов могла бы быть компенсирована путем определения на законодательном уровне презумпций, описанных в настоящем разделе. В связи с этим автор считает неоправданным ограничение случаев субординации в формулировке подп. 1 п. 1 ст. 137.1 законопроекта № 1172553-7.

В свою очередь, с точки зрения сторонников теории субординации как механизма перераспределения рисков, кризисное или предбанкротное состояние должника вообще не должно приниматься во внимание, и субординации подлежат любые требования контролирующих лиц за отдельными исключениями.

Восприятие модели «жесткой субординации» представляется одним из возможных вариантов развития законодательства, главным преимуществом которого является бóльшая предсказуемость очередности удовлетворения требований и меньшие издержки на установление и доказывание наличия имущественного кризиса или изначальной недокапитализации.

В рамках данной модели судьба займов контролирующих лиц в случае банкротства будет определена заранее, и основные споры сместятся в область пресечения попыток погашения таких займов в преддверии банкротства преимущественно перед другими кредиторами, а также установления фактов скрытого внутригруппового финансирования, замаскированного под финансирование от внешних кредиторов. Для более полного использования преимущества правовой определенности при подобной модели было бы целесообразно изменить структуру бухгалтерских балансов хозяйственных обществ, указав в них отдельными строками обязательства перед контролирующими лицами.

Наряду с «жесткой субординацией» заслуживает внимания и предложенная И.В. Кокориным альтернативная модель субординации требований, которая также не требует от суда анализа финансового состояния должника: «Логичным представляется установление подхода, согласно которому займы аффилированных лиц могут быть субординированы, если они совершены в течение одного года до возникновения обязанности по обращению в суд с заявлением о банкротстве (ст. 9 Закона о банкротстве), по аналогии с периодом подозрительности при оспаривании некоторых сделок в банкротстве»¹⁹⁷. У данного подхода имеется очевидный недостаток в виде произвольного характера любой заранее установленной продолжительности предбанкротного периода. Тем не менее если столь же произвольные периоды закреплены в ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве и успешно применяются на практике, то нельзя исключать и установление схожего периода для целей субординации.

Вывод по главе:

Законопроект № 1172553-7 пусть и не получил никакого развития за последний год, но по-прежнему может считаться отправной точкой для

¹⁹⁷ 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.

законодательного урегулирования оснований субординации. Текущая версия законопроекта основана на противоречивом подходе к субординации как к мере ответственности и неоправданно сужает область применения правил о субординации, связывая их с наличием оснований, предусмотренных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве.

Оптимальным представляется включение в законодательство понятия «имущественный кризис» и порядка доказывания его наличия или отсутствия, основанного на презумпциях, описанных в настоящей главе. Понятие «имущественный кризис» для целей законодательного урегулирования может быть сформулировано как «трудное экономическое положение, наличие которого предполагается в случае, если стоимость чистых активов должника менее его уставного капитала».

Глава 5. Особенности субординации требований, возникших при изначальной недокапитализации общества¹⁹⁸

§ 1. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требования

Обычным способом финансирования деятельности хозяйственного общества его участником (акционером) является внесение имущества в уставный капитал. Возврат внесенных таким образом инвестиций осуществляется посредством продажи доли в уставном капитале, выплаты дивидендов или участия в распределении ликвидационной квоты. При этом участник несет риск невозврата инвестиций в случае банкротства общества, поскольку в силу абз. 8 ст. 2 и ст. 148 Закона о банкротстве требования участников должника по обязательствам, вытекающим из такого участия, удовлетворяются в последнюю очередь после расчетов с другими кредиторами.

В то же время, при создании хозяйственных обществ в уставный капитал на практике зачастую не вносится никакого сколько-нибудь существенного имущества, а общество финансируется за счет займов от своих участников либо иными эквивалентными способами. Ответом на данную практику стал п. 9 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020, в котором разъяснено, что субординации подлежат требования контролирующих должника лиц о возврате займа, предоставленного в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, если не установлено иных целей выбора такой модели финансирования, кроме как перераспределение риска на случай банкротства.

Как было рассмотрено выше в главе 1 настоящей работы, в рамках действующего законодательства отсутствуют основания считать субординацию

¹⁹⁸ См. подробнее Есманский А.А. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требований контролирующих должника лиц // Закон. 2022. N 2. С. 152 - 162.

при изначальной субординации санкцией за непропорциональное поведение по причине отсутствия признаков противоправности в действиях кредитора.

В то же время, исходя из аргументации Верховного Суда в п. 9 Обзора и с точки зрения большинства отечественных исследователей ключевой предпосылкой субординации является перераспределение рисков при предоставлении обществу заемного финансирования. Как отмечалось выше, предоставление финансирования при любых обстоятельствах едва ли возможно рассматривать как перераспределение рисков. Однако применительно к проблеме изначальной недокапитализации данный аргумент и вовсе неприменим: в подавляющем числе случаев заемное финансирование предоставляется обществу, у которого еще нет никаких кредиторов. Те же кредиторы, которые появятся у него в дальнейшем, при разумном ведении дел могут учитывать структуру его капитала, сведения о которой, как правило, общедоступны¹⁹⁹. В связи с этим нельзя говорить о том, что заемное финансирование нарушает права **конкретных** кредиторов, включенных в реестр (за возможным исключением недобровольных кредиторов, проблема учета прав которых является общей для банкротного права и заслуживает отдельного исследования).

Вместе с тем, помимо защиты прав конкретных кредиторов, уже столкнувшихся с несостоятельностью своего контрагента, правопорядок заинтересован в создании условий для появления изначально обеспеченных собственным капиталом обществ, на что указывали авторы Концепции, в частности Е.А. Суханов²⁰⁰, в рамках дискуссии об увеличении минимального размера уставного капитала. Вместе с тем, по мнению Д.И. Степанова²⁰¹, увеличение размера минимального уставного капитала как таковое нецелесообразно: сама правовая конструкция уставного капитала не может

¹⁹⁹ Например, из бухгалтерских балансов, размещенных на государственном информационном ресурсе бухгалтерской (финансовой) отчетности <https://bo.nalog.ru/> (дата последнего обращения – 10.10.2023).

²⁰⁰ Суханов Е.А. Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве // Вестник гражданского права. 2012. № 2. С. 4–35.

²⁰¹ Степанов Д.И. Для чего необходим минимальный уставный капитал и как определять его уровень? // Обзор Высшего Арбитражного Суда. 2011. N 4. С. 43 - 65.

полноценно защитить интересы кредиторов, а его увеличение отрицательно скажется на инвестиционном климате в стране.

В этом отношении сформулированное Верховным Судом правило о субординации при изначальной недокапитализации можно рассматривать как шаг в направлении решения проблемы обеспечения стартового капитала для деятельности общества без воздвижения дополнительного административного барьера в виде повышения минимального размера уставного капитала. Как и при кризисном финансировании, субординация выступает в качестве своеобразного механизма ретроспективной конвертации заемного капитала в собственный, что улучшает положение внешних кредиторов.

В качестве преимущества субординации как механизма компенсации изначальной недокапитализации следует отметить то, что, данное правило действует только в отношении уже несостоятельных обществ, кредиторы которых действительно нуждаются в гарантиях, и не оказывает существенного сдерживающего эффекта на появление новых бизнесов и расширение действующих предприятий. Как отмечает проф. Х. Эйденмюллер, эффекты *ex ante* всегда более существенны, чем эффекты *ex post*: первые относятся ко всем фирмам, в то время как вторые важны только для тех, которые оказались в состоянии финансового кризиса²⁰². Конечно, можно допустить, что в отдельных случаях потенциальный инвестор сочтет финансирование создаваемого общества через взносы в уставный капитал чрезмерно рискованным и откажется от реализации проекта. Но пока нет оснований считать, что такие явления станут массовыми и смогут оказать негативное влияние на инвестиционный климат в стране.

Указанное в п. 9 Обзора от 29.01.2020 правило лишает учредителей хозяйственных обществ возможности снизить риск утраты вложенных ими средств как одного из мотивов²⁰³ использования заемной модели

²⁰² Eidenmueller H. Comparative Corporate Insolvency Law. European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper № 319/2016, 2016.

²⁰³ Разумеется, избрание заемной модели финансирования может быть объяснено и иными мотивами, например намерением выводить из общества прибыль под видом возврата займа или уплаты процентов по нему.

финансирования вместо предоставления имущества в виде взносов в уставный капитал. В долгосрочной перспективе это может способствовать большей прозрачности структуры капитала российских хозяйственных обществ и сделать публикуемые бухгалтерские балансы более информативными с точки зрения соотношения собственного капитала и заемных средств, а также иных показателей, учитываемых потенциальными контрагентами.

Ввиду изложенного можно только поддержать предложение авторов Законопроекта о законодательном закреплении правила о субординации при изначальной недокапитализации.

§ 2. Критерии достаточности уставного капитала

Отдельного внимания заслуживает то, что в п. 9 Обзора в качестве основания субординации названа не сама по себе недостаточная капитализация общества, а отсутствие у контролирующих лиц иных целей выбора заемной модели финансирования, кроме как перераспределение риска на случай банкротства.

Верховный Суд сделал дополнительный акцент на субъективной стороне действий контролирующих лиц, упоминая, что по общему правилу учредителям хозяйственного общества заранее может быть неизвестно, является ли формируемый ими уставный капитал достаточным или нет. Приведенный Верховным Судом пример показывает, что наличие такого намерения предполагается, если на момент предоставления займа сформированный участниками капитал общества был **очевидно недостаточен** для ведения уставной деятельности²⁰⁴.

²⁰⁴ Разъяснение п. 9 Обзора не исключает доказывание намерения контролирующего лица перераспределить в свою пользу риски банкротства должника иным образом, помимо выявления данного соотношения: например, если сохранилась переписка или протоколы совещаний, где контролирующие лица прямо указывают, что заемный механизм финансирования применяется ими в указанных целях. Однако на практике такая информация, как правило, либо не фиксируется вовсе, либо недоступна участникам дела о банкротстве.

Аналогичным образом, согласно предлагаемой авторами Законопроекта редакции подп. 2 п. 1 ст. 137.1 Закона о банкротстве требование контролирующего лица субординируется, если сформированный при создании должника уставный капитал **заведомо недостаточен** для осуществления им деятельности, для которой он был создан.

Указанное ориентирует судебную практику на выявление случаев капиталозамещающего финансирования лишь при явной недокапитализации, а не пограничной, которая могла быть связана с неточностью прогнозов или макроэкономическими изменениями.

Такой подход освобождает учредителей от чрезмерных рисков, связанных с неправильным расчетом допустимого соотношения собственного и заемного капитала в балансе создаваемого общества. Кроме того, в случае спора стороны и суды не несут издержек на установление точного размера капитала, необходимого для деятельности общества, что является весьма затруднительным даже при привлечении самых квалифицированных экспертов. Явная несоразмерность капитала с учетом планируемой деятельности может быть установлена судом и без специальных знаний, что косвенно подтверждается имеющейся практикой применения п. 9 Обзора, где суды делают соответствующие выводы без привлечения экспертов или специалистов.

В Таблице 1 приведены примеры из практики, которые показывают, что в большинстве случаев суды признают уставный капитал заведомо недостаточным для ведения деятельности, если он **на 2–3 порядка меньше** суммы выданных участником займов (минимальная разница среди исследованных дел — в 60 раз):

Таблица 1

| Судебный акт | Уставный капитал | Заем |
|---|------------------|-----------------|
| Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 10.12.2020 по делу № А73-4982/2019 | 50 000 руб. | 40 000 000 руб. |

Продолжение Таблицы 1

| Судебный акт | Уставный капитал | Заем |
|--|------------------|---------------------|
| Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.07.2021 по делу № А81-9873/2020 | 30 000 руб. | 1 756 290,85 руб. |
| Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.05.2021 по делу № А45-14032/2019 | 10 000 руб. | 2 000 000 руб. |
| Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.04.2021 по делу № А40-15788/2020 | 10 000 руб. | 30 694 550 руб. |
| Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 03.12.2020 по делу № А65-33498/2019 | 100 000 руб. | 6 000 000 руб. |
| Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.11.2020 по делу № А53-29199/2019 | 10 000 руб. | 6 136 000 руб. |
| Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29.07.2021 по делу № А60-13394/2020 | 10 000 руб. | 8 400 000 руб. |
| Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.06.2020 по делу № А40-65282/2014 | 10 000 руб. | 116 995 328,13 руб. |

Разумеется, достаточность уставного капитала должна определяться индивидуально для каждого хозяйственного общества с учетом его отраслевой и иной специфики.

Вместе с тем целесообразно выработать общий ориентир соотношения размера заемного финансирования со стороны контролирующего лица и уставного капитала, свыше которого капитализация общества признается заведомо недостаточной. В качестве такового может быть использовано предусмотренное ст. 269 Налогового кодекса РФ правило «тонкой капитализации», согласно которому компании, чей размер контролируемой задолженности превышает собственный капитал более чем в 3 раза²⁰⁵, включают проценты по такой задолженности в расходы в ограниченном размере. Данное правило было разработано для целей расчета налога на прибыль организаций, однако оно отражает предельный уровень соотношения собственного и заемного капитала, который законодатель считает нормальным для большинства организаций.

Превышение данного уровня, как правило, свидетельствует и о недостаточной капитализации для целей решения вопроса о субординации требования²⁰⁶. Исключение составляют организации, которые в силу специфики своего бизнеса имеют принципиально иную структуру баланса, например, лизинговые компании. Таким образом, если в качестве ориентира руководствоваться правилом «тонкой капитализации», то при уставном капитале в 1 млн руб. имеется риск субординации займа контролирующего лица, превышающего 3 млн руб.

В качестве дополнительных признаков недостаточной капитализации суды могут также учитывать, в каких целях должник использовал привлеченное им заемное финансирование. Например, использование заемного финансирования

²⁰⁵ Схожие соотношения предусмотрены в некоторых зарубежных налоговых законодательствах, например: 3 : 1 в Турции, 4 : 1 в Дании, Чехии, Словении, Литве, Латвии, 5 : 1 — в Бельгии. См.: <https://taxfoundation.org/thin-cap-rules-in-europe-2021> (дата последнего обращения: 28.05.2023).

²⁰⁶ Характерно, что понятие «тонкой капитализации» уже использовалось судами при рассмотрении требований контролирующих лиц, см: постановление Девятого ААС от 17.03.2020 по делу № А40-243386/2015.

на строительство объекта либо приобретение оборудования, материалов, мебели и прочих товаров, необходимых для ведения основной деятельности должника²⁰⁷, может свидетельствовать об изначальной недокапитализации общества. Еще одним косвенным признаком недостаточной капитализации является значительная длительность займа и его постоянное продление при окончании срока²⁰⁸.

§ 3. Значение динамики обеспеченности общества собственным капиталом

На настоящий момент при проверке требования контролирующих лиц суды определяют, имело ли общество признаки явной недостаточности капитала **на момент предоставления ему заемного финансирования**, в связи с которым заявлено упомянутое требование. Последующая динамика обеспеченности общества собственным капиталом не учитывается ни Обзором, ни актуальной судебной практикой.

В ситуации, когда изначальное приемлемое соотношение собственного и заемного капитала изменяется в худшую для общества сторону, предоставление обществу дополнительного заемного финансирования может рассматриваться с точки зрения п. 3 Обзора о компенсационном (кризисном) финансировании.

Однако возможна и обратная ситуация: изначальное недокапитализированное общество со временем может довести размер собственного капитала до нормальных значений: например, за счет нераспределенной прибыли или дополнительных взносов в уставный капитал. В дальнейшем общество по какой-либо причине может стать неплатежеспособным и суд будет рассматривать вопрос о субординации требования по займу

²⁰⁷ См.: постановления АС Западно-Сибирского округа от 22.07.2021 по делу № А81-9873/2020, от 28.05.2021 по делу № А45-14032/2019; АС Уральского округа от 29.07.2021 по делу № А60-13394/2020.

²⁰⁸ См.: постановление АС Поволжского округа от 03.12.2020 по делу № А65-33498/2019 («...новировав обязательства по договору займа в вексельные, кредитор, по сути, предоставил должнику новую длительную отсрочку по возврату суммы долга до 11.08.2046, что свидетельствует об отсутствии экономической целесообразности совершения сделок»).

контролирующего лица, выданному обществу при его создании. Будет ли оправданна субординация требования в таком случае? На настоящий момент ни в Законопроекте, ни в судебной практике вопрос учета последующей позитивной динамики обеспеченности общества собственным капиталом не решен.

Представляется, что при последующем увеличении собственного капитала общества до достаточного уровня при сохранении заемных обязательств перед контролирующим лицом какие-либо негативные последствия первоначально выбранной модели финансирования отсутствуют. Иными словами, при достижении обществом приемлемых показателей обеспеченности собственным капиталом кредиторы общества защищены столь же хорошо, как если бы оно сразу обладало бы достаточной капитализацией.

Субординация требования контролирующего должника лица из первоначально выданного займа в такой ситуации может быть оправдана только тем, что угроза последующей субординации будет сдерживать некоторых учредителей от выбора заемной модели финансирования на начальной стадии деятельности общества. Однако если такая модель финансирования уже выбрана, то контролирующее лицо имеет меньше стимулов устранить ее негативные последствия путем увеличения уставного капитала или отказа от распределения прибыли в виде дивидендов.

Впрочем, установление размера собственного капитала общества в динамике его развития может быть сопряжено со значительными сложностями, которые в любом случае не должны становиться препятствием для субординации требований контролирующего лица. Напротив, именно на такое лицо как на наиболее осведомленное о деятельности должника должно быть возложено бремя доказывания того, что в ходе своей деятельности общество достигло достаточных показателей обеспеченности собственным капиталом, и последующее банкротство общества находится вне причинно-следственной связи с его изначальной недокапитализацией.

§ 4. Определение начального периода осуществления должником предпринимательской деятельности

При установлении оснований для субординации требований важнейшее значение имеет определение периода, который для целей субординации характеризуется как начало деятельности должника.

Как следует из приведенного Верховным Судом примера, для целей определения начального периода деятельности должника имеет значение момент начала его фактической деятельности, носящей систематический характер²⁰⁹, а не момент регистрации в качестве юридического лица.

При этом в п. 9 Обзора прямо не разрешен вопрос о том, подлежат ли субординации требования по займам, выданным для целей развития уже действующего общества.

Следует согласиться с Р.Т. Мифтахутдиновым и А.И. Шайдуллиным²¹⁰ в том, что не должен принципиально различаться подход к субординации займов, выданных обществу при его учреждении, и займов, выданных при значительном расширении масштабов его деятельности.

Однако на практике реализация такой позиции может столкнуться со значительными затруднениями. Так, достаточно сложно, а порой и невозможно отграничить колебания финансовых показателей обычной хозяйственной деятельности, в связи с которыми требуется пополнение оборотных средств, от реализации бизнес-проекта, требующего новых инвестиций. Достоверно отличить одно от другого можно при условии, что в договоре займа прямо указано на его целевой характер, само общество публично объявило о расширении деятельности либо сумма выделенных средств значительно превышает стоимость имеющихся у общества активов.

²⁰⁹ Ершова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex russica. 2014. N 2. С. 160 - 167.

²¹⁰ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Указ. соч.

Тем не менее, понятие «начальный период деятельности» необходимо рассматривать не формально (с момента регистрации), а содержательно: как период фактического начала хозяйственной деятельности, а также период начала нового для общества вида деятельности либо существенного изменения масштаба существующих, обеспеченного внешними для общества источниками финансирования.

Вывод по главе:

Еще одним основанием субординации является финансирование при изначальной недокапитализацией. Основной проблемой является отсутствие критериев недостаточности капитализации общества в начале его деятельности. На практике суды, как правило, понижают соответствующие требования только при явно недостаточной капитализации общества. Более широкому применению данного правила может способствовать установление на законодательном уровне четких критериев достаточности капитала общества, например соотношения размера заемного финансирования, предоставляемого со стороны контролирующего лица, и уставного капитала по аналогии с правилом «тонкой капитализации» в налоговом праве. Возможный вариант такого критерия – превышение размера контролируемой задолженности над собственным капиталом более чем в 3 раза.

Глава 6. Исключения из правил о субординации

§ 1. Привилегия миноритарности

Под привилегией миноритарности понимается изъятие из-под действия правил о субординации требований участников, доля которых в уставном капитале хозяйственного общества не превышает определенного порога.

В действующем Обзоре ВС РФ от 29.01.2020 каких-либо изъятий для миноритарных участников прямо не предусмотрено, что объясняется использованием при определении круга лиц, к требованиям которых применяются нормы о субординации, понятия «контролирующее должника лицо» (подробнее в гл. 2 настоящей диссертации). Исходя из буквального применения данного понятия, установленного ст. 61.10 Закона о банкротстве, миноритарные участники лишь в силу самого факта своего участия в уставном капитале общества контролирующими лицами не признаются²¹¹. Так, в п. 6 ст. 61.10 Закона о банкротстве прямо предусмотрено, что к контролирующим должника лицам не могут быть отнесены лица, если такое отнесение связано исключительно с прямым владением менее чем десятью процентами уставного капитала юридического лица и получением обычного дохода, связанного с этим владением. Следовательно, в рамках действующей модели регулирования правила о субординации не распространяются на миноритарных учредителей должника, не обладающих формальным или фактическим контролем над ним.

Вместе с тем, как отмечалось ранее, *de lege ferenda* более соответствующим целям института субординации является распространение правил о субординации только на участников (акционеров, собственников имущества, учредителей) должника. В случае, если законодателем будет избран такой подход к определению круга лиц, к требованиям которых применяются нормы о

²¹¹ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И., упом. соч.

субординации, то будет необходимым решение вопроса об установлении привилегии миноритарности.

Обращаясь к зарубежному опыту, следует отметить, что даже в рамках германской модели «жесткой» субординации для требований участника, чья доля в уставном капитале должника не превышает 10%, предусмотрено исключение из правил о субординации²¹². В свою очередь, § 5 Федерального закона о замещении собственного капитала Австрии предусматривает, что правила о субординации применяется к участникам, имеющим не менее 25% в уставном капитале общества (в этом случае предполагается наличие у участника возможности оказывать контролирующее влияние).

Российский исследователь А.И. Шайдуллин также обосновывает необходимость установления привилегии миноритарности на уровне 25%. По мнению ученого, данный уровень представляется оптимальным с учетом того, что согласно ст. 91 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" наиболее широкие информационные возможности предусмотрены для акционеров, владеющих не менее чем 25% голосующих акций общества²¹³. Вместе с этим, А.И. Шайдуллин отмечал, что привилегия миноритарности имеет свои недостатки, поскольку миноритарии также должны нести риски предпринимательской деятельности²¹⁴.

Кроме того, в качестве важного аргумента в пользу изъятия неконтролирующих участников из-под действия правил о субординации отмечается отсутствие у них, как правило, решающего влияния на то, какой первоначальный капитал будет установлен уставом общества, и возможности самостоятельно увеличить уставный капитал существующего общества. По

²¹² П. 5 § 39 Положения о несостоятельности Германии.

²¹³ 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 N 304-ЭС18-14031 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 10. С. 24 - 46.

²¹⁴ Шайдуллин А.И. Основные политико-правовые аргументы pro и contra идеи субординации займов участников юридических лиц // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 1. С. 83–105.

мнению И.В. Кокорина, защита интересов таких миноритарных участников играет важную роль в развитии венчурного финансирования²¹⁵.

По убеждению автора настоящей работы, поскольку информированность о деятельности общества не выступает в качестве предпосылки для субординации (данный довод подробно рассмотрен в гл. 1), то ее отсутствие не может быть и основанием для неприменения правил о субординации к конкретному лицу. Более того, содержательная оценка информированности не может быть сведена к учету размера доли в уставном капитале. Даже владея незначительной долей, участник может обладать доступом ко всей информации о деятельности общества, если он, например, является его руководителем или входит в совет директоров.

Исходя из обоснованного в гл. 1 настоящей работы тезиса о субординации как о механизме компенсации недостаточности собственного капитала юридического лица в целях повышения уровня удовлетворения требований внешних кредиторов, наличие или отсутствие у миноритарного акционера возможности повлиять на структуру пассивов должника само по себе не является основанием для неприменения к его требованию правил о субординации.

Упомянутый выше довод о необходимости предоставления привилегий миноритарным владельцам в целях развития венчурного финансирования также не представляется убедительным. Венчурные инвестиции, как правило, невозможны без высокой толерантности инвестора к риску и готовности потерять всю сумму вложений ради возможностикратно их преумножить. Возможность полноценного участия в конкурсных процедурах в случае неудачи проекта едва ли будет рассматриваться инвестором в качестве одного из решающих условий участия в нем.

В то же время, в отношении облигационных займов публичных компаний данные опасения действительно небеспочвенны. Так, инвестор может владеть сверхмалой долей (значительно менее 1%) в публичной компании и

²¹⁵ Кокорин И.В., упом. соч.

одновременно являться держателем ее облигаций. Риск субординации требований из облигационного займа уже настолько велик, что приобретение ценных бумаг с доходностью, соответствующей рыночному уровню, представлялось бы необоснованно рискованным. Такое положение дел с учетом достаточно ограниченного выбора эмитентов на отечественных фондовом и долговом рынках могло бы привести к снижению их привлекательности для инвесторов.

В связи с этим видится обоснованным установление в законодательстве привилегии миноритарности. Представляется, что достаточным пороговым уровнем для этой привилегии будет являться **1% уставного капитала**. Более высокие уровни представляются не имеющими политико-правового или экономического обоснования и при этом создают у участников соблазн к намеренному дроблению долей до соответствующего привилегии миноритарности уровня.

§ 2. Привилегия санации²¹⁶

В соответствии с п. 10 Обзора ВС РФ от 29.01.2020 требованиям контролирующих лиц также предоставляется привилегия санации²¹⁷: если кризисное финансирование было обусловлено наличием соглашения контролирующего лица с не связанным с должником мажоритарным кредитором, очередность удовлетворения требования контролирующего лица не понижается при условии, что в результате реализации данного соглашения положение не участвовавших в нем миноритарных кредиторов не ухудшилось.

Целью предоставления привилегии санации является поощрение внесудебной реструктуризации, которая играет для экономики, возможно, даже более важную роль, чем судебные процедуры банкротства. Так, значительного

²¹⁶ См. Есманский А.А. Реструктуризация задолженности: как защитить интересы независимых кредиторов? // Закон. 2023. N 4. С. 90 - 104.

²¹⁷ Также — привилегия санирования.

роста количества банкротств в 2022 году удалось избежать среди прочего благодаря широкому применению реструктуризации задолженности банками. По данным Банка России, только в 18 крупнейших банках остаток реструктурированной в период с 19 февраля по 31 декабря 2022 года задолженности крупного бизнеса превысил 9,8 трлн руб., или 20% от совокупного портфеля банков. Реструктурированная задолженность субъектов малого и среднего предпринимательства составила 1,16 трлн руб.²¹⁸ При этом общая сумма включенных требований по завершённым в 2022 году процедурам не превысила 5 трлн руб.

Внесудебная реструктуризация может рассматриваться как финансовая помощь в контексте ст. 31 Закона о банкротстве, регламентирующей санацию, однако данная статья в любом случае не предусматривает содержательного правового регулирования реструктуризации.

2.1. Привилегия санации: область применения. Отличительной чертой российского варианта является то, что такая привилегия предоставляется любому контролирующему должника лицу: как прежнему, контролировавшему должника до кризисной ситуации, так и новому, получившему контроль в обмен на предоставление реструктуризации. В свою очередь, по законодательству Германии и Австрии привилегия санации действует только для новых участников, приобретших долю участия для целей санации общества²¹⁹. Таким образом, если на «родине» доктрины субординации привилегия санации нацелена только на стимулирование внешнего финансирования должника, в России соответствующей привилегией пользуются и «внутренние» инвесторы.

Приоритет нового участника должника над старым мог бы быть оправдан, лишь если бы субординация рассматривалась как своего рода ответственность прежнего участника за то, что под его управлением общество оказалось в кризисном состоянии. Вместе с тем, поскольку при субординации не

²¹⁸ См.: <https://www.cbr.ru/analytics/drknb/> (дата обращения: 16.10.2023).

²¹⁹ Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 116–158.

оценивается ни качество корпоративного управления должником, ни вина контролирующего лица в возникновении кризисной ситуации, рассматривать субординацию как некую санкцию за ненадлежащее управление было бы неверно. В связи с этим представляется правильным решение Верховного Суда распространить привилегию санации на любых, а не только новых, контролирующих лиц.

В то же время следует признать, что с точки зрения стимулирующего воздействия привилегия санации влияет сильнее всего именно на новых инвесторов, которые более склонны к нюансированной оценке рисков, чем изначальные бенефициары должника. Для последних риск субординации требований из кризисного финансирования не столь важен в сравнении с риском потери бизнеса и потенциальным привлечением к субсидиарной ответственности в результате банкротства.

2.2. Привилегия санации: правовые основания. Тем не менее правовые основания самой привилегии санации вызывают существенные вопросы, для рассмотрения которых следует обратиться к истокам правовой позиции, закрепленной в п. 10 Обзора ВС РФ от 29.01.2020.

Еще до принятия Обзора от 29.01.2020 Верховный Суд рассматривал дело «Анкор Девелопмент»²²⁰. В его рамках оценивались требования контролирующего должника лица, заявленные им на основании соглашения с иным крупным кредитором должника, при этом условиями данного соглашения было прямо предусмотрено, что требования контролирующего лица субординации не подлежат. Верховный Суд указал, что включение такого условия может рассматриваться как действие, направленное на заключение впоследствии соглашения между кредиторами о порядке удовлетворения их требований к должнику (ст. 309.1 ГК РФ), ввиду чего требование контролирующего кредитора субординации не подлежит.

²²⁰ См.: Определение СКЭС ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031 по делу № А81-7027/2016.

В принятом через год после этого п. 10 Обзора 2020 года Верховный Суд уже явным образом распространил привилегию санации на всех кредиторов, включая тех, кто не участвовал в соглашении о реструктуризации. Достигнутые с мажоритарным кредитором договоренности по поводу отказа от субординации требований аффилированных к должнику лиц вопреки п. 3 ст. 308 ГК РФ фактически стали распространяться и на миноритарных кредиторов, не участвовавших в соглашении о реструктуризации. Даже если положение миноритарных кредиторов не ухудшилось в результате реструктуризации, само по себе согласие мажоритарного кредитора на предоставление кризисного финансирования в соответствии с действующим законодательством не может влиять на права миноритарных кредиторов, в том числе на их право получать удовлетворение в преимущественном порядке по сравнению с субординированным кредитором²²¹.

В связи с этим применение правила о привилегии санации в нынешнем виде требует принятия специальной нормы, позволяющей аффилированному кредитору избежать субординации перед миноритарным кредитором при наличии согласия мажоритарного кредитора.

2.3. Особенности применения привилегии санации. Предоставление мажоритарному кредитору права фактически определять положение контролирующего должника лица перед миноритарными кредиторами создает существенные риски для последних. Наличие у крупнейшего кредитора такой власти над остальными может быть оправдано только тем, что мажоритарный и миноритарные кредиторы имеют общий интерес — погашение задолженности. Следуя данной логике, разумный мажоритарный кредитор не согласует невыгодный для сообщества кредиторов план реструктуризации, поскольку в таком случае его собственные интересы пострадают в первую очередь. Следует

²²¹ См.: Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. 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 // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 9. Спецвыпуск. С. 3–136.

отметить, что М.В. Телюкина в числе принципов конкурсного права выделяет, в том числе, наличие больших возможностей у кредиторов с большим количеством требований (т.е. более заинтересованных в судьбе должника)²²². При этом реструктуризация долгов зачастую не терпит отлагательства и не позволяет своевременно провести внеконкурсное собрание кредиторов. Кроме того, преждевременное и публичное оглашение условий реструктуризации может в некоторых случаях даже навредить должнику, создав для него дополнительные сложности в отношениях с контрагентами.

С учетом изложенного привилегия санации имеет веские политико-правовые основания, особенно в контексте расширения возможностей для спасения бизнеса на досудебной стадии. Однако эффективная защита интересов миноритарных кредиторов может быть обеспечена только при условии решения следующих проблем, которые на данный момент не решены ни в разъяснениях Верховного Суда, ни в практике нижестоящих судов:

1) определение кредитора(-ов), согласие которого(-ых) необходимо для применения привилегии санации. Буквальный смысл понятия «мажоритарный кредитор» включает любых кредиторов, которые на момент предоставления финансирования являются держателями более 50% требований к должнику. Таковым может оказаться и аффилированное с должником лицо, чьи интересы прямо противоречат интересам независимых кредиторов, для обеспечения интересов которых была внедрена доктрина субординации. Иными словами, при буквальном понимании термина «мажоритарный кредитор» контролирующему кредитору будет дозволено договариваться с самим собой об отсутствии субординации лишь на том основании, что сумма его требований к должнику превышает сумму требований независимых кредиторов.

Поэтому полагаем, что аффилированные с должником лица (независимо от последующей субординации их требований) не могут выступать «мажоритарным кредитором» для целей применения привилегии санации;

²²² Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004.

2) доказывание факта (не)ухудшения положения миноритарных кредиторов в результате реструктуризации. В соответствии с п. 10 Обзора 2020 года привилегия санации не применяется, если в результате более позднего начала процедуры банкротства положение миноритарных кредиторов ухудшилось по сравнению с тем, как если бы финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в ликвидационной процедуре.

Для установления того, как реструктуризация повлияла на положение миноритарных кредиторов, требуется оценить, как изменилась реальная стоимость чистых активов должника, а также принять во внимание иные факторы, такие как появление обременений, забалансовых обязательств и т.д.

При распределении бремени доказывания следует учесть, что в процедуре установления требований состязательные возможности конкурирующих кредиторов нередко бывают ограничены: на момент рассмотрения требования они могут еще не вступить в дело либо вступить, но не получить доступа ко всем документам о финансовом положении должника. Контролирующее же лицо заведомо лучше любых других кредиторов осведомлено о финансовом положении должника и располагает доступом к любым документам, имеющимся у должника. Исходя из изложенного, целесообразно возлагать именно на контролирующее лицо бремя доказывания того, что положение миноритарных кредиторов в результате более позднего начала процедуры банкротства не ухудшилось.

Кроме того, даже если контролирующее лицо докажет, что в результате отсрочки банкротства конкурсная масса не уменьшилась, конкурирующие кредиторы вправе ссылаться на иные обстоятельства, ввиду которых их положение ухудшилось: например, если в результате реструктуризации часть потенциально оспоримых сделок должника оказалась за пределами периодов, предусмотренных ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве;

3) конкретизация требований, относительно которых будет субординировано требование контролирующего лица в случае ухудшения

положения миноритарных кредиторов. Очевидно, что требование контролирующего лица в таком случае должно быть субординировано, как минимум, в отношении требований кредиторов, не дававших согласия на предоставление кризисного финансирования. Должно ли оно быть субординировано относительно требования мажоритарного кредитора, давшего такое согласие?

Если нет, кредиторы, не участвовавшие в соглашении о реструктуризации, вправе получить удовлетворение в доле, определяемой без учета требований субординированного лица, а указанное лицо и мажоритарный кредитор удовлетворяются из оставшейся доли пропорционально размеру своих требований без учета субординации.

Отнесение части рисков субординации на мажоритарного кредитора представляется справедливым, поскольку разумный кредитор при даче согласия должен проверить обоснованность плана должника по выходу из кризиса, запросить все необходимые документы для оценки его имущественного положения и нести последствия принятия неверного делового решения.

Вместе с тем если законодатель ставит политико-правовую цель способствовать реструктуризации, то возможно и противоположное решение: при субординации требования контролирующего лица ставить мажоритарного кредитора в такое же положение, как и миноритарных кредиторов. В этом случае мажоритарные кредиторы будут давать согласие на реструктуризацию более охотно, что соответствует декларируемым задачам реформы Закона о банкротстве. На готовность контролирующих лиц финансировать должника этот аспект регулирования едва ли окажет существенное влияние, поскольку они более всех заинтересованы в спасении своего бизнеса и, как правило, более склонны брать на себя риск, чем независимые кредиторы.

2.4. Перспективы регулирования привилегии санации. Законопроектом № 1172553-7 предусмотрен пп. 1 п. 4 ст. 137.1 Закона о

банкротстве, который закрепляет привилегию санации со следующими особенностями²²³.

Во-первых, в качестве надлежащего контрагента контролирующего лица по соглашению о санации признается кредитор, не являющийся контролирующим должника лицом и обладающий более чем половиной требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов.

Представляется, что указание «не являющийся контролирующим должника лицом» допускает получение согласия от имени аффилированного лица, не обладающего контролем над должником. Независимо от наличия и степени контроля договоренности между аффилированными лицами не должны затрагивать правовое положение независимых кредиторов.

При этом определение большинства от требований всех кредиторов необоснованно сужает сферу привилегии санации, делая ее применение невозможным в тех случаях, когда наибольшая часть требований к компании сосредоточена в руках у бенефициаров последней и аффилированных с ними лиц. Чтобы сохранить возможность ее применения к таким компаниям, требования аффилированных с должником лиц целесообразно вообще исключить из расчета для целей определения мажоритарного кредитора. К схожему решению пришел Верховный Суд в п. 12 Обзора 2020 года, согласно которому выбор кандидатуры арбитражного управляющего определяется

²²³ Полный текст предлагаемой нормы: «Не подлежат субординации и удовлетворяются в третью очередь требования, вытекающие из финансирования, предоставленного на основании соглашения о досудебной санации (предусмотренной статьей 31 настоящего Федерального закона), заключенного контролирующим должника лицом, предоставившим такое финансирование, и кредитором (кредиторами), не являющимся контролирующим должника лицом и обладающим более чем половиной требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и предусматривающего несубординацию требований этого контролирующего должника лица. Суд вправе отказать в применении указанного соглашения в части несубординации требований контролирующего должника лица, если будет доказано, что предусмотренный этим лицом план санации (восстановления платежеспособности должника) объективно не был экономически реалистичным либо предусматривал удовлетворение требований не участвующих в этом соглашении кредиторов в меньшем размере по сравнению с тем, который они получили бы в случае подачи должником заявления о признании его банкротом до предоставления финансирования контролирующим должника лицом. Для принятия решения по вопросу об экономической реалистичности плана арбитражный суд вправе назначить экспертизу, в том числе по своей инициативе».

решением кредиторов, не являющихся лицами, контролирующими должника или аффилированными с должником.

Во-вторых, Законопроект предусматривает, что для применения привилегии санации в соответствующем соглашении должно быть прямо указано условие о несубординации требований, аналогичное тому, что было в рассмотренном выше деле «Анкор Девелопмент». Данное требование представляется обоснованным, поскольку оно обеспечивает правовую определенность и позволяет избежать лишних споров о толковании условий соглашений о реструктуризации.

В-третьих, вместо оценки фактических последствий санации для миноритарных кредиторов авторы Законопроекта предлагают оценивать «экономическую реалистичность» плана и проверять его на наличие условий, предусматривающих удовлетворение требований миноритарных кредиторов в меньшем размере по сравнению с тем, который они получили бы в случае немедленной подачи заявления о банкротстве должника. Иными словами, если экономически реалистичный план изначально не предполагал ущемления интересов миноритарных кредиторов, но их положение объективно ухудшилось в результате отсрочки банкротства, привилегия санации действует и требования контролирующего лица субординации не подлежат. Выбранный вариант регулирования направлен на минимизацию рисков предоставляющего финансирование кредитора, что также соответствует задачам реформы — расширить практику реабилитации проблемных должников, пусть и ценой некоторых уступок в части защиты миноритарных кредиторов.

В то же время введение оценочного критерия экономической реалистичности вместо более конкретных критериев ухудшения положения кредиторов существенно увеличивает роль судейского усмотрения. Само по себе это недостатком не является, однако при такой формулировке следует ожидать, что нереалистичной будет признаваться лишь ничтожная доля планов, что вновь отражает политико-правовой уклон в сторону поощрения реструктуризации.

Таким образом, Законопроект № 1172553-7 отчасти воспринял введенную в п. 10 Обзора 2020 года привилегию санации, внося в Закон ряд важных изменений, способствующих более широкому ее применению ценой меньшей защиты интересов миноритарных кредиторов, что может быть оправдано общей идеологией Законопроекта. Но, даже разделяя данную идеологию с авторами Законопроекта, полагаем более правильным исключить возможность признания «мажоритарным кредитором» любого аффилированного лица, а не только контролирующего должника. Большинство требований кредиторов для этих целей следует устанавливать без учета всех требований аффилированных с должником лиц.

§ 3. Требования заимодавцев, осуществляющих корпоративный контроль в обеспечительных целях

В п. 11 Обзора ВС РФ от 29.01.2020 разъяснено, что 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.

Данное разъяснение относится, прежде всего к распространенной банковской практике контроля за должником, в том числе, путем участия в корпоративном управлении. Например, в приведенном Верховным Судом примере банк в силу заключенного с мажоритарным акционером договора залога акций должника имел право голосовать на общем собрании акционеров соответствующими акциями и осуществлять иные права акционера должника, в том числе на получение информации о его деятельности.

Верховный Суд мотивировал свою позицию тем, что 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. Указанную ситуацию Верховный Суд противопоставил действиям контролирующего лица, которое, «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».

Вместе с тем, как обсуждалось выше в гл. 1 настоящей диссертации, юридически не ограниченный размер извлекаемой участником прибыли не может служить критерием для субординации или несубординации требования, поскольку потенциальное благо участника от продолжения деятельности должника никак не коррелирует ни с его издержками от субординации требования, ни с потенциальными убытками внешних кредиторов от банкротства должника. Иными словами, субординация при таком подходе являлась бы вовсе не восстановлением справедливого и соразмерного баланса рисков, а произвольным его изменением с совершенно случайными последствиями.

Кроме того, расчет займодавца исключительно на получение процентов несколько не свидетельствует о скромности этих притязаний и необходимости предоставления займодавцу пониженных рисков. В некоторых случаях высокий фиксированный процент по займу более предпочтителен, чем перспективы участия в «неограниченной прибыли». Широко известно обозначение «компания-зомби», к которым относят компании, чьи процентные выплаты в течение многих лет превышают размер чистой прибыли. Кроме того, имеет определенное распространение так называемое «мезонинное финансирование», в рамках которого размер платы за пользование денежными средствами может быть привязан к прибыли должника.

В связи с этим, предоставление займодавцам особой привилегии в виде сохранения очередности их требований при наличии контроля (участия в

уставном капитале должника) не представляется обоснованным ни с формально-юридической точки зрения, ни с политико-правовой.

Несмотря на это авторы Законопроекта № 1172553-7 предлагают закрепить соответствующее исключение из правил о субординации в пп. 2 п. 4 ст. 137.1 Закона о банкротстве, распространив его на требования «кредитной организации, получившей возможность определять действия должника в обеспечительных целях на основании корпоративного договора, договора залога долей участия (акций) в уставном капитале должника, кредитного договора, участия в уставном капитале должника, если данная возможность использовалась исключительно для целей возврата выданных этой кредитной организацией кредитов и не была направлена на участие в распределении прибыли должника».

Следует отметить, что в отличие от п. 11 Обзора ВС РФ от 29.01.2020, в соответствии с которым привилегия может быть предоставлена любому заимодавцу, предлагаемая авторами Законопроекта норма ограничивает действие привилегии требованиями кредитных организаций. Данное ограничение также не может быть объяснено целями и задачами институтами субординации, и является продолжением политики создания более благоприятных условий участия в процедурах банкротства для кредиторов, являющихся кредитными организациями (см., например, п. 2 ст. 7, п. 2 ст. 138 Закона о банкротстве).

§ 4. Привилегия публичных кредиторов

В п. 13 Обзора Верховного Суда от 29.01.2020 предусмотрено еще одно исключение из правил о субординации – для требований публично-правовых образований. Введение данного исключения мотивировано тем, что финансирование со стороны таких образований обусловлено публичным интересом, а не стремлением участвовать в распределении всей возможной будущей прибыли должника. В приведенном Верховным Судом примере от

субординации было освобождено регрессное требование, основанное на исполнении Российской Федерацией государственной гарантии, предоставленной бенефициару в обеспечение надлежащего исполнения обязательств государственного унитарного предприятия. Аналогичное исключение с такой же мотивировкой было сделано и из правила о недопустимости участия аффилированного с должником кредитора (уполномоченного органа) в голосовании по вопросу о выборе кандидатуры арбитражного управляющего должника, учрежденного публично-правовым образованием.

Представляется, что для целей применения данной привилегии необходимо наличие публичного интереса в предоставлении финансирования, отличного от преумножения вложенных средств, что в ином контексте могло бы рассматриваться как самостоятельный публичный интерес. Так, мотивы, приведенные в разъяснении Верховного Суда, не будут применимы к требованиям публичного кредитора из облигаций компании, находящейся в публичной собственности, если приобретение этих ценных бумаг было обусловлено только возможностью извлечения дохода для бюджета соответствующего уровня.

С точки зрения политико-правовых предпосылок субординации предоставление исключения для требований публично-правовых образований, вытекающих из финансирования, обусловленного публичным интересом, могло бы быть оправдано лишь в случае признания субординации формой ответственности за противоправное поведение. Вместе с тем, данный подход был отвергнут в гл. 1 настоящей диссертации, и равным образом не поддерживается большинством исследователей. В рамках всех иных подходов к обоснованию необходимости субординации цели предоставления финансирования не могут являться основанием для каких-либо исключений.

Вывод требований публично-правовых образований из-под действия правил о субординации, таким образом, не следует рассматривать как исключение, обусловленное природой, целями и задачами института

субординации. Данное исключение является завуалированной привилегией публичного кредитора в деле о банкротстве, направленной на повышение уровня возвратности бюджетных инвестиций за счет иных кредиторов. Следует отметить, что побочным эффектом предоставления такой привилегии может быть меньшая готовность контрагентов государственных и муниципальных предприятий предоставлять им займы и коммерческие кредиты, если соответствующие требования не будут обеспечены гарантией учредителя предприятия.

Законопроект № 1172553-7 содержит пп. 3 п. 4 ст. 137.1 Закона о банкротстве, согласно которому не подлежат субординации и удовлетворяются в третью очередь требования государственной корпорации и (или) организаций государственной корпорации, вытекающие из обязательств, возникших в связи с выполнением государственной корпорацией возложенных на нее федеральным законом или иными нормативными правовыми актами публично-правовых функций и (или) в связи с осуществлением организациями государственной корпорации мероприятий по содействию соответствующей государственной корпорации в выполнении указанных функций.

Данная норма формально сужает разъяснение Верховного Суда РФ до определенного вида публичных кредиторов – государственных корпораций. Однако можно ли, исходя из телеологического толкования, предположить, что авторы законопроекта посчитали требования Российской Федерации и иных публичных образований менее приоритетными по сравнению с требованиями государственных корпораций и предоставили привилегию только последним?

С одной стороны, такие государственные корпорации, как «Агентство по страхованию вкладов», «ВЭБ.РФ», «Ростех», действительно являются кредиторами во множестве дел о банкротстве, где может быть поставлен вопрос о субординации их требований. Убытки и утеря контроля над процедурой банкротства, связанные с субординацией, могли бы оказать существенное влияние на деятельность таких государственных корпораций, в то время как применение правил о субординации к иным публичным кредиторам, вероятно,

не окажет столь же существенного влияния на возможность исполнять публичные функции. С другой стороны, предоставление особой привилегии именно для государственных корпораций представляется спорным решением с учетом того, что, как отмечал В.С. Белых, государственные корпорации не являются ни корпорациями (не имеют членства), ни государственными организациями (будучи частными собственниками своего имущества), ни некоммерческими организациями, так как в ряде случаев создаются именно для осуществления предпринимательской деятельности²²⁴. Анализируя деятельность одной из государственных корпораций, О.А. Тарасенко приходит к выводу, что возложенные на нее социальные задачи - управление государственным внутренним и внешним валютным долгом и выполнение функций государственной управляющей компании по доверительному управлению средствами пенсионных накоплений граждан - имеют для нее ограниченный характер и временной промежуток времени²²⁵. В связи с этим велика вероятность продолжения применения п. 13 Обзора ВС РФ от 29.01.2020 с сохранением привилегии для всех публичных кредиторов несмотря на указание в Законопроекте только государственных корпораций и (или) их организаций. С учетом изложенного выше, обосновать предпочтительность того или иного варианта исключительно правовыми аргументами, равно как и в принципе целесообразность сохранения привилегии для публичных образований, не представляется возможным.

²²⁴ Белых В.С. Экономический анализ права: спорные вопросы теории и практики // Предпринимательское право. 2021. N 4. С. 3 - 10.

²²⁵ Тарасенко О.А. Предпринимательская деятельность государственной корпорации "Внешэкономбанк" // Предпринимательское право. 2012. N 2. С. 32 - 35.

Заключение

По результатам проведенного исследования следует сделать вывод о том, что институт субординации сам по себе не является отражением универсальной справедливости в отношениях между внутренними и внешними кредиторами. Субординация является лишь инструментом в руках законодателя, который может быть применен им дискреционным в целях дополнительной поддержки внешних кредиторов за счет внутренних.

Данная поддержка может быть выражена как узким (субординация отдельных требований, возникших в кризис или при изначальной недокапитализации), так и более широким образом (субординация любых требований внутренних кредиторов).

В настоящее время в разъяснениях и практике Верховного Суда РФ возобладал узкий подход или «мягкая» модель субординации. Данная модель обеспечивает более избирательный подход: затрагиваются интересы только тех внутренних кредиторов, которые финансировали подконтрольное им общество в ситуации недостаточности собственного капитала, то есть при такой субординации фактически происходит ретроспективная трансформация займа в капитал (с некоторыми допущениями).

Поскольку понижение в очередности существенно ограничивает права соответствующих кредиторов, правила о субординации безусловно нуждаются в законодательном закреплении. Вместе с тем, одной только фиксации в Законе о банкротстве уже сложившихся в судебной практике подходов явно недостаточно. Законодателю следует разрешить те вопросы, которые объективно сложно поддаются решению методами судебного толкования: это, прежде всего, количественные и качественные критерии имущественного кризиса и недостаточности собственного капитала. Наконец, усматривается необходимость в урегулировании круга внутренних кредиторов, чьи требования подлежат субординации, а также в установлении понятия финансирования для целей субординации либо отказу от него в пользу субординации требования в

зависимости только от момента и обстоятельств предоставления в пользу должника, но не от каузы данного предоставления. Именно эти направления являются наиболее перспективными как в контексте законодательной работы, так и в части будущих теоретических изысканий.

Список использованной литературы

1. Нормативно-правовые акты и иные официальные документы

1.1. Конституция Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 [Электронный ресурс]. – URL: <http://pravo.gov.ru/constitution/> (дата обращения: 04.06.2023).

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27.01.2011 N 75-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Главатских Вячеслава Владимировича на нарушение его конституционных прав абзацем восьмым статьи 2 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)". Доступ из справочной правовой системы «Консультант Плюс».

1.2. Нормативно-правовые акты и иные официальные документы Российской Федерации и материалы законотворческой деятельности

3. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // Российская газета. - № 137. - 27.07.2002, СПС «Консультант Плюс».

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 05.12.1994. - № 32. – Ст.3301, СПС «КонсультантПлюс».

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 29.01.1996. - № 5. – Ст.410, СПС «КонсультантПлюс».

6. Закон Российской Федерации от 19.11.1992 N 3929-1 "О несостоятельности (банкротстве) предприятий" // "Ведомости СНД и ВС РФ", 07.01.1993, N 1, ст. 6, СПС «КонсультантПлюс»..

7. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 окт. 2009 г.), "Вестник ВАС РФ", N 11, ноябрь, 2009.

8. Методологические рекомендации по проведению анализа финансово-хозяйственной деятельности организаций (утв. Госкомстатом России 28.11.2002) // СПС «КонсультантПлюс».

9. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 N 146-ФЗ // "Собрание законодательства РФ", N 31, 03.08.1998, ст. 3824, СПС «КонсультантПлюс».

10. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 N 117-ФЗ // "Собрание законодательства РФ", 07.08.2000, N 32, ст. 3340, СПС «КонсультантПлюс».

11. Постановление Правительства РФ от 20.05.1994 № 498 «О некоторых мерах по реализации законодательства о несостоятельности (банкротстве) предприятий» // "Собрание законодательства РФ", 30.05.1994, N 5, ст. 490, СПС «КонсультантПлюс».

12. Приказ Минфина России от 29.07.1998 N 34н "Об утверждении Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации" // "Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти", N 23, 14.09.1998, СПС «КонсультантПлюс».

13. Приказ Минфина России от 28.08.2014 N 84н "Об утверждении Порядка определения стоимости чистых активов" (Зарегистрировано в Минюсте России 14.10.2014 N 34299) // "Российская газета", N 244, 24.10.2014, СПС «КонсультантПлюс».

14. Проект Федерального закона № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные

законодательные акты Российской Федерации» // доступно по ссылке: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1172553-7> (дата последнего обращения: 04.06.2023).

15. Проект Федерального закона № 47538-6/12 «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6> (дата последнего обращения – 18.05.2023).

16. Федеральный закон от 08.01.1998 N 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // "Собрание законодательства РФ", 12.01.1998, N 2, ст. 222, СПС «КонсультантПлюс».

17. Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // "Собрание законодательства РФ", 28.10.2002, N 43, ст. 4190, СПС «КонсультантПлюс».

18. Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" // "Собрание законодательства РФ", 01.01.1996, N 1, ст. 1, СПС «КонсультантПлюс».

19. Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" // "Собрание законодательства РФ", 16.02.1998, N 7, ст. 785, СПС «КонсультантПлюс».

1.3. Зарубежные нормативные правовые акты

20. Банкротный кодекс США (U.S. Bankruptcy Code), доступно по ссылке: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11> (дата последнего обращения: 29.10.2023).

21. Закон Австрии об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) RGBl. Nr. 58/1906), доступно по ссылке: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001720> (дата последнего обращения: 29.10.2023).

22. Закон Германии об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Gesetz vom

20.04.1892 (RGBl. I S. 477)), доступно по ссылке: <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html> (дата последнего обращения: 29.10.2023).

23. Положение Австрии о несостоятельности (Bundesgesetz uber das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)) RGBl. Nr. 337/1914), доступно по ссылке: https://www.bmj.gv.at/dam/jcr:dd0c7db9-2877-4648-937b-87f65f957dfa/RIRL-UG_Gesetzestext.pdf (дата последнего обращения: 29.10.2023).

24. Положение Германии о несостоятельности (Insolvenzordnung. Gesetz vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2866)), доступно по ссылке: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl194s2866.pdf%27%5D__1698533385978 (дата последнего обращения: 29.10.2023).

2. Материалы судебной практики

2.1. Разъяснения высших судов Российской Федерации

25. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 2 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.07.2018) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 3, март, 2019 (начало), "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 4, апрель, 2019 (окончание), СПС «КонсультантПлюс».

26. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 3 (2016) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.10.2016) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 5, май, 2017 (начало), "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 6, июнь, 2017 (окончание), СПС «КонсультантПлюс».

27. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 5 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.12.2017) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 12, декабрь, 2018, СПС «КонсультантПлюс».

28. Обзор судебной практики разрешения споров о несостоятельности (банкротстве) за 2022 г. (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.04.2023) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 6, июнь, 2023, СПС «КонсультантПлюс».

29. Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 7, июль, 2020, СПС «КонсультантПлюс».

30. Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63 "О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" // "Вестник ВАС РФ", N 3, март, 2011, СПС «КонсультантПлюс».

31. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве" // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 3, март, 2018, СПС «КонсультантПлюс».

32. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 8, август, 2015, СПС «КонсультантПлюс».

2.2. Материалы российской судебной практики

33. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(1) по делу N А32-19056/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

34. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N 308-ЭС17-1556(2) по делу N А32-19056/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

35. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 04.02.2019 N 304-ЭС18-14031 по делу N А81-7027/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

36. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.02.2018 N 305-ЭС17-17208 по делу N А40-10067/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

37. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 21.02.2018 N 310-ЭС17-17994(1,2) по делу N А68-10446/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

38. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 07.06.2018 по делу N 305-ЭС16-20992(3), А41-77824/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

39. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 04.02.2019 N 304-ЭС18-14031 по делу N А81-7027/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

40. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 10.02.2022 N 305-ЭС21-14470(1,2) по делу N А40-101073/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

41. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.06.2016 N 308-ЭС16-1475 по делу N А53-885/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

42. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26.05.2017 N 306-ЭС16-20056(6) по делу N А12-45751/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

43. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.05.2018 N 301-ЭС17-22652(3) по делу N А43-10686/2016.

44. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.08.2018 N 308-ЭС17-6757(2,3) по делу N А22-941/2006 // СПС «КонсультантПлюс».

45. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 10.08.2020 N 307-ЭС20-1992 по делу N А21-11420/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

46. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077(2) по делу № А65-1704/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

47. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 30.03.2017 N 306-ЭС16-17647(7) по делу N А12-45752/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

48. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.09.2020 N 310-ЭС20-6760 по делу N А14-7544/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

49. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.12.2019 N 303-ЭС19-15056 по делу N А04-7886/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

50. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.09.2020 № 310-ЭС20-7837 // СПС «КонсультантПлюс».

51. Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.11.2021 N 307-ЭС21-7195(2,3) по делу N А56-94223/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

52. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12.02.2018 N 305-ЭС15-5734(4,5) по делу N А40-140479/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

53. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.11.2018 N 301-ЭС18-9388(1) по делу N А43-5622/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

54. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.08.2022 № 305-ЭС14-1659(20) по делу А41-51561/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

55. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 30.07.2020 N 310-ЭС18-12776(2) по делу N А68-7860/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

56. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14.11.2022 N 307-ЭС17-10793(26-28) по делу N А56-45590/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

57. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 18.08.2022 N 308-ЭС18-23771(11,12,13) по делу N А63-6407/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

58. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29.06.2021 N 305-ЭС20-14492(2) по делу N А40-192270/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

59. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.09.2020 N 310-ЭС20-6760 по делу N А14-7544/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

60. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29.12.2022 N 307-ЭС21-14747(5,6) по делу N А05-1780/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

61. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.03.2022 N 304-ЭС19-9345(5) по делу N А81-3986/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

62. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 27.01.2022 N 308-ЭС18-3917(2) по делу N А20-3223/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

63. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 24.03.2022 N 308-ЭС21-21416(2) по делу N А53-19872/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

64. Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 14.07.2021 по делу № А56-18086/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

65. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 12.08.2022 по делу № А17-1898/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

66. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14.01.2022 по делу № А43-27273/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

67. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 05.05.2015 N Ф01-1047/2015 по делу N А31-13132/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

68. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.12.2014 N Ф02-5867/2014 по делу N А33-20600/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

69. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 10.12.2020 по делу № А73-4982/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

70. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 05.04.2022 по делу № А73-18800/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

71. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17.06.2022 по делу № А73-8958/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

72. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.02.2016 N Ф04-18/2016 по делу N А70-10625/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

73. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.07.2016 N Ф04-3028/2016 по делу N А46-14885/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

74. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.11.2016 N Ф04-4957/2016 по делу N А46-9286/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

75. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.03.2019 по делу N А45-21714/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

76. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.08.2022 по делу № А45-39627/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

77. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.07.2021 по делу № А81-9873/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

78. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.05.2021 по делу № А45-14032/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

79. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.03.2022 N Ф05-23593/2019 по делу N А40-302815/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

80. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.10.2021 N Ф05-7826/2021 по делу N А40-18093/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

81. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.04.2021 по делу № А40-15788/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

82. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.12.2020 по делу № А40-48600/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

83. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.05.2022 по делу № А41-17512/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

84. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 09.08.2022 по делу № А40-291982/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

85. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.09.2022 по делу № А40-28465/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

86. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.11.2016 N Ф05-16008/2016 по делу N А40-183128/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

87. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.03.2016 N Ф05-428/2016 по делу N А40-39242/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

88. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.01.2017 N Ф06-17685/2013 по делу N А65-17930/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

89. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 03.03.2016 N Ф06-6151/2016 по делу N А55-5002/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

90. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29.10.2015 N Ф06-13741/2013 по делу N А65-20322/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

91. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 03.12.2020 по делу № А65-33498/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

92. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.08.2016 N Ф07-6431/2016 по делу N А56-60000/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

93. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 22.12.2021 по делу № А56-122126/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

94. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 24.01.2022 по делу № А56-29405/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

95. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.11.2019 по делу N А05-13032/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

96. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.11.2021 по делу № А56-15903/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

97. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.09.2022 по делу № А21-1627/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

98. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12.08.2015 N Ф08-5601/2015 по делу N А61-2137/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

99. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.04.2017 N Ф08-2270/2017 по делу N А20-330/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

100. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.11.2020 по делу № А53-29199/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

101. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10.07.2020 N Ф09-1002/20 по делу N А07-24393/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

102. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 08.06.2022 по делу № А60-56184/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

103. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 09.02.2017 N Ф09-7955/16 по делу N А60-909/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

104. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 31.03.2015 N Ф09-6209/14 по делу N А47-867/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

105. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.07.2022 по делу № А07-27580/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

106. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29.07.2021 по делу № А60-13394/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

107. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 11.02.2022 по делу № А68-2850/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

108. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.12.2015 N Ф10-4275/2015 по делу N А36-6219/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

109. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2022 по делу № А09-9475/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

110. Постановление Президиума ВАС РФ от 20.06.2013 N 3810/13 по делу N А40-79131/11-74-348"Б" // СПС «КонсультантПлюс».

111. Постановление Президиума ВАС РФ от 30.11.2010 N 10254/10 по делу N А45-808/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

112. Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.02.2023 N 20АП-8929/2022 по делу N А62-3612/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

113. Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.01.2022 по делу № А23-1141/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

114. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.03.2020 по делу № А40-243386/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

115. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.06.2020 по делу № А40-65282/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

116. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 11.08.2021 по делу № А41-21704/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

117. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 15.04.2016 N 10АП-2759/2016 по делу N А41-42676/15 // СПС «КонсультантПлюс».

118. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.10.2022 N 17АП-9577/2021(12)-АК по делу N А60-15753/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

119. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.07.2021 N 17АП-2299/2021(2,3,4,5,6)-АК по делу N А60-56184/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

120. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2022 по делу № А21-12386/2019-5 // СПС «КонсультантПлюс».

121. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.10.2021 по делу № А56-29405/2020/вст.1 // СПС «КонсультантПлюс».

2.3. Материалы зарубежной судебной практики

122. BGH, Urt. v. 3. November 1976 - I ZR 156/74, доступно по ссылке <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.05.1976&Aktenzeichen=III%20ZR%20156/74> (дата последнего обращения - 28.10.2023).

123. BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, доступно по ссылке <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2005-11-21&nr=35168&pos=3&anz=7&Blank=1.pdf> (дата последнего обращения - 28.10.2023).

124. In Re Micro-Precision Technologies, Inc., 303 Bankr.238 (Bankr. D. N.H. 2003), <https://www.courtlistener.com/opinion/1912757/in-re-micro-precision-technologies-inc/> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

125. In re AutoStyle Plastics, 269 F.3d, <https://casetext.com/case/in-re-autostyle-plastics-inc> (дата последнего обращения - 14.05.2023).

126. In re Mobile Steele Co 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977), <https://casetext.com/case/matter-of-mobile-steel-co> (дата последнего обращения - 15.05.2023).

127. United States v. Noland. 116 S. Ct. 1524, 1526 (1996), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/517/535> (дата последнего обращения - 15.05.2023).

3. Литература на русском языке

128. Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. N 6. С. 221 - 240.

129. Анашкин С.П. Теория персонифицированной конкурсной массы // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. N 10. С. 191 – 208.

130. Астраханцева И.А., Кукукина И.Г. Учет и анализ банкротств: учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ИНФРА-М, 2021. 377 с.

131. Барышев М., Ушаков О. Субординированные облигации: особенности регулирования и применения // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". 2019. N 2. С. 6 – 13.

132. Белых В.С. Экономический анализ права: спорные вопросы теории и практики // Предпринимательское право. 2021. N 4. С. 3 – 10.

133. Белов В.А., Скворцов О.Ю. Справедливость vs свобода = право: антагонистическое противоречие и его решение // Закон. 2023. N 2. С. 120 - 130; N 3. С. 114 - 125.

134. Белоусов И.А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 5. С. 120 - 169.

135. Богдан В.В., Гринева А.В. О судебном прецеденте как способе минимизации частных и публичных правовых рисков: дискуссионные вопросы // Российский судья. 2018. N 11. С. 49 - 52.

136. Борисенко Д.Р., Терещенко Т.А. Защита делового решения: проблемы и стандарты применения // Арбитражные споры. 2022. N 4. С. 75 - 85.

137. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М.: Городец-издат, 2001.

138. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество Правительствующего Сената в сфере крестьянского права (посвящается 160-летию Великой Реформы и 300-летию Российской Империи) // Закон. 2021. N 11. С. 155 - 168.

139. Галкин С.С. Субординация кредиторских требований, возникших после возбуждения производства по делу о банкротстве: возможные правоприменительные модели *de lege lata* // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2020. N 2. С. 79 – 90.

140. Галкин С.С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение "Право и Бизнес". 2018. N 3. С. 45 - 51.

141. Глушецкий А.А. Уставный капитал хозяйственного общества: экономический анализ норм корпоративного права // Вестник гражданского права. 2020. N 2. С. 217 - 278.

142. Горбашев И.В. О некоторых материально-правовых аспектах привлечения к субсидиарной ответственности в разъяснениях ВС РФ // Вестник гражданского права. 2018. N 4. С. 154 - 202.

143. Гуцин В.З. Гражданско-правовая ответственность // Современное право. 2014. N 1. С. 52 – 57.

144. Ершова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // *Lex russica*. 2014. N 2. С. 160 - 167.

145. Есманский А.А. Изначальная недокапитализация как основание для субординации требований контролирующих должника лиц // *Закон*. 2022. N 2. С. 152 - 162.

146. Есманский А.А. Реструктуризация задолженности: как защитить интересы независимых кредиторов? // *Закон*. 2023. N 4. С. 90-104.

147. Есманский А.А. Субординация основанных на кризисном финансировании требований контролирующих должника лиц: политико-правовые цели и актуальные проблемы // *Закон*. 2023. N 3. С. 158-173.

148. Журдэн П. Принципы гражданско-правовой ответственности // *Вестник гражданского права*. 2021. N 4. С. 212 - 241; N 5. С. 233 - 255; N 6. С. 154 - 193; 2022. N 1. С. 200 – 229.

149. Завьялов С., Марченков Б. Субординация требований кредиторов банка при санации по модели bail-in // *Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор"*. 2019. N 2. С. 70 - 74.

150. Иванов А.А. Речь о прецеденте // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2010. N 2.

151. Идрисов Х.В. Об отдельных видах юридической ответственности: сущность, подходы к определению, специфика реализации в сфере государственной гражданской службы // *Российская юстиция*. 2020. N 6. С. 8 – 10.

152. Избранные труды по общей теории права, гражданскому и торговому праву в 2 т. Том 2 / Г.Ф. Шершеневич; сост. В.А. Белов. – М.: Издательство Юрайт, 2017.

153. Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран: теория и практика правоприменения: монография / А.Б. Баранова, А.З. Бобылева, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. С.А. Карелина, И.В. Фролов. М.: Юстицинформ, 2020. 360 с.

154. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 17.
155. Каменков М.В. Проблемы в судебной практике выявления фактической аффилированности лиц // Закон. 2021. N 11. С. 116 - 127.
156. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. – М.: Статут, 2011. – 308 с.
157. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.
158. Карелина С.А., Фролов И.В. К вопросу о моделях классификации кредиторов в делах о банкротстве // Вестник арбитражной практики. 2020. N 6. С. 14 - 26.
159. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. 476 с.
160. 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 Российской Федерации. 2018. N 2. С. 119 – 137.
161. Кораев К.Б. Правовой статус конкурсных кредиторов в деле о банкротстве. М.: Волтерс Клувер, 2010. 208 с.
162. Кризисные состояния юридического лица в российском банкротном праве / И. В. Стасюк, А. С. Улезко. – Москва: Статут, 2022. – 158 с.
163. Кудинова М.С. Судебная практика рассмотрения субординированных требований в процедурах банкротства // Арбитражные споры. 2021. N 3. С. 74 - 87.
164. 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 N 306-ЭС15-8369 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 7. С. 24 - 26.
165. Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с

ним лиц в российском банкротном праве. 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 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. N 9. Специальный выпуск. С. 3 - 136.

166. Мозолин В.П. Гражданско-правовая ответственность в системе российского права // Журнал российского права. 2012. N 1. С. 33 – 40.

167. Мохов А.А., Воронцова И.В., Семёнова С.Ю. Гражданский процесс (гражданское процессуальное право) России: учебник / отв. ред. А.А. Мохов. - М.: ООО "ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА КОНТРАКТ", 2017.

168. Мохов А.А. О презумпциях в гражданском судопроизводстве России // Юридический мир. 2006. № 4. С. 42–45.

169. Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве) / С.Е. Андреев, В.В. Витрянский, С.А. Денисов и др.; под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2003. 1037 с.

170. Николаев А.Р. Правовое положение контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности (банкротства): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

171. Петров Д.А. Проблемы исполнения обязательств должника-банкрота третьим лицом или учредителем // Информационно-аналитический журнал "Арбитражные споры". 2018. N 4. С. 126 - 136.

172. Пискунова Н.И., Целовальникова И.Ю. Общие положения о гражданско-правовой ответственности // Современный юрист. 2018. N 3. С. 60 - 65.

173. Подшивалов Т.П. Охрана интересов должника в договорном обязательстве при банкротстве и злоупотребление корпоративным контролем // Право и экономика. 2017. N 12. С. 41 - 45.

174. Попондопуло В.Ф. Некоторые проблемы совершенствования законодательства о банкротстве // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2016. N 1. С. 44 - 52.

175. Разумов И.В. Институт банкротства экономически неэффективен // Закон. 2020. № 9. С. 8–20.

176. Родина Н.В. Механизм субординации требований кредиторов в процессе несостоятельности (банкротства) юридических лиц: проблемы правовой регламентации. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. <https://istina.msu.ru/dissertations/425537139/> (дата последнего обращения – 28.05.2023).

177. Ряполова О.А. Механизм субординации требований кредиторов в делах о банкротстве с позиции принципа добросовестности // Журнал российского права. 2022. N 3. С. 75 - 87.

178. Сафонов А.В. Справедливая очередь кредиторов. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.07.2018 N 310-ЭС17-20671 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 12. С. 14 - 21.

179. Сеньшин А.Е. К проблеме участия в процедурах банкротства взаимосвязанных субъектов // Право и бизнес. 2021. N 4. С. 13 – 18.

180. Стельмах А.В., Есманский А.А. Процедура установления требований кредиторов в банкротстве: актуальные проблемы // Арбитражные споры. 2021. N 3. С. 105 - 122.

181. Степанов Д.И. Для чего необходим минимальный уставный капитал и как определять его уровень? // Обзор Высшего Арбитражного Суда. 2011. N 4. С. 43 - 65.

182. Суворов Е.Д. К вопросу о правовой природе субсидиарной ответственности по обязательствам несостоятельного должника за доведение до банкротства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. N 7. С. 42 - 49.

183. Суворов Е.Д. Принцип равенства кредиторов как инструмент выявления злоупотреблений в банкротстве: равное равным, различное различным // Закон. 2020. N 9. С. 39 – 52.

184. Суворов Е.Д. Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 4. С. 130 - 161; N 5. С. 53 – 107.

185. Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. 560 с.

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

187. Тарасенко О.А. Предпринимательская деятельность государственной корпорации "Внешэкономбанк" // Предпринимательское право. 2012. N 2. С. 32 – 35.

188. Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004.

189. Тяжбин М.Д. Соглашение кредиторов одного должника о субординации в системе частного права // Вестник гражданского права. 2021. N 3. С. 7 – 107, Родина Н.В. Договорная субординация требований кредиторов в российской юрисдикции: специфика и особенности реализации // Предпринимательское право. 2021. N 3. С. 64 - 72.

190. Федорова Е.А., Чухланцева М.А., Чекризов Д.В. Нормативные значения коэффициентов финансовой устойчивости: особенности видов экономической деятельности // Управленческие науки. 2017. Т. 7. № 2. С. 44–55.

191. Федотов Д.В. К вопросу о субординации требований аффилированных кредиторов в банкротстве // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2018. N 4. С. 203 – 213.

192. Федотов Д.В. Уступка права требования к несостоятельному должнику: способы защиты прав цессионария в случае наличия оснований для субординации требования // Юрист. 2021. N 2. С. 57 - 62.

193. Хвостов В.М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в римской классической юриспруденции // Ученые записки Императорского Московского Университета. Отдел юридический. - М.: Университет. тип., 1895, Вып. 10. - С. 1-309.

194. Хлопцов Д.М., Беломытцева О.С., Баландина А.С. О методике определения даты объективного банкротства организации // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2022. № 1. С. 30–40.

195. Чуприков М.В. Момент возникновения обязанности контролирующих лиц сообщить о финансовых трудностях организации // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. N 4. С. 56 - 75.

196. Шайдуллин А.И. Основные политико-правовые аргументы *pro* и *contra* идеи субординации займов участников юридических лиц // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. N 1. С. 83 - 105.

197. Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12.

198. Шайдуллин А.И. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук.

199. 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 N 304-ЭС18-14031 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 10. С. 24 - 46.

200. Шевченко И.М. К вопросу о понижении очередности удовлетворения (субординации) требований кредиторов в делах о банкротстве // Российский судья. 2018. N 3. С. 10 - 14.

201. Шевченко И.М. К вопросу о субординации требований кредиторов, возникших после возбуждения дела о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023. № 6. С. 164-181.

202. Широкова Е.В. Гражданско-правовой механизм субординации требований кредиторов при банкротстве корпораций. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук.

203. Шишмарева Т.П. Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015. 332 с.

204. Штофф В. А. Проблемы методологии научного познания. М.: Высшая школа, 1978.

205. Юлова Е.С. Зареестровые требования кредиторов в деле о несостоятельности (банкротстве) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2021. N 4. С. 1034 - 1055.

4. Литература на иностранных языках

206. Eidenmueller H. Comparative Corporate Insolvency Law. European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper № 319/2016, 2016.

207. Gelter, Martin and Roth, Juerg, Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective (2007). Journal for Institutional Comparisons, Vol. 5, No. 2, pp. 40-47, 2007, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 13, доступно по ссылке: <https://ssrn.com/abstract=998457> (дата обращения – 14.05.2023).

208. Madaus, S., Wessels B., Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law (September 6, 2017). Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law (2017), ISBN: 978-3-9503458-9-6, <https://ssrn.com/abstract=3032309> (дата обращения - 28.10.2023).

209. Ponoroff, Lawrence, Whither Recharacterization (April 18, 2016). Rutgers Law Review, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2766596> (дата обращения – 18.01.2023).

210. Schmidt K. Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts? In: GmbH-Rundschau. 2005.

211. Skeel, David A. and Krause-Vilmar, Georg, Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors. European Business Organization Law Review (EBOR), Vol. 7, p. 259, March 2006, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 07-13, <https://ssrn.com/abstract=888182> (дата обращения - 14.05.2023).

5. Электронные ресурсы

212. Базель III: Завершение посткризисных реформ, доступно по ссылке: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf> (дата обращения - 18.05.2023).

213. Карапетов А.Г. Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // Закон.ру. 2018. 3 июля, доступно по ссылке: https://zakon.ru/blog/2018/7/3/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_a_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата обращения - 07.05.2023).

214. Отчет о работе арбитражных судов субъектов Российской Федерации по рассмотрению дел о банкротстве за 12 месяцев 2022 года (доступно по ссылке: http://www.cdep.ru/userimages/Statistika_2022_godovaya/1aAS-svod_vse_sudy-2022.xls, дата обращения - 25.04.2023).

215. Equitable Subordination In Spanish Insolvency Proceedings: A Necessary Reform (доступно по ссылке: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/10/Equitable-subordination-in-Spanish-insolvency-proceedings-a-necessary-reform.pdf>, дата обращения – 20.05.2023).

216. Des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001. (1.3.6.) // доступно по ссылке: https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/index_16.html (дата обращения - 19.05.2023).

217. Laura Ruiz Monge, Pérez-Llorca. Restated Insolvency Act: Spain, Practical Law UK Practice Note w-029-1568 (доступно по ссылке: <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2021/05/restated-insolvency-act-spain.pdf>) (дата обращения - 14.05.2023).

218. Study on a new approach to business failure and insolvency, доступно по ссылке: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eb2f832-47f3-11e6-9c64-01aa75ed71a1/language-en> (дата обращения – 14.05.2023).

219. Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 (124 d.B.), доступно по ссылке: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата обращения: 18.05.2023).

220. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), доступно по ссылке: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16_wp/gmbhmomig/rege.pdf;jsessionid=FBA481AC8F16A5991F953A1DFC8429CC.1_cid359?__blob=publicationFile&v=1 (дата обращения: 18.05.2023).

221. Thin-Cap Rules in Europe, доступно по ссылке: <https://taxfoundation.org/thin-cap-rules-in-europe-2021> (дата обращения: 28.05.2023).

222. «Эксперт РА» подтвердил кредитный рейтинг ООО «КОНТРОЛ ЛИЗИНГ» на уровне ruBB+, доступно по ссылке: <https://raexpert.ru/releases/2023/mar07> (дата обращения: 12.10.2023).

223. Динамика реструктуризации кредитов населения и бизнеса, доступно по ссылке: <https://www.cbr.ru/analytics/drknb/> (дата обращения: 16.10.2023).