

Национальная ассоциация специалистов
по банкротству и управлению
проблемными активами
«БАНКРОТНЫЙ КЛУБ»

20 сентября 2022 г.

ОТЗЫВ

на диссертацию Шайдуллина Айнура Ильшатовича
на тему «Субординация обязательственных требований
контролирующих должника и аффилированных с ним
лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ»
на соискание ученой степени кандидата юридических наук

1. Актуальность темы этой диссертации очевидна любому, кто занимается банкротным правом в России – идея субординации требований акционеров по отношению к требованиям внешних кредиторов, десятилетиями бывшая спящей и довольно редко обсуждавшаяся как в литературе, так и судебной практике, за последние годы стремительно приобрела то значение, которая она неизбежно должна иметь, поскольку объективно предопределена самой конструкцией частной корпорации с ограниченной ответственностью, при банкротстве которой ее члены не отвечают по ее долгам, но взамен теряют свои деньги, которые они вложили в ее активы. Иначе говоря, поставленный автором вопрос об очередности обязательственных по форме требований акционеров при банкротстве является частным случаем общего вопроса о том, насколько юридическое лицо отделено от своих участников – и в этом частном случае автор обоснованно приходит к выводу о том, что банкротное право не может игнорировать имеющуюся между участниками и организацией связь и рассматривать участников как полностью отдельных лиц (как это происходит с внешними кредиторами). Мы полностью поддерживаем главный вывод диссертанта о том, что «наиболее оптимальной моделью понижения в очередности обязательственных требований контролирующих должника лиц является автоматическая субординация независимо от дополнительных критериев, связанных с временем и условием их возникновения. Иные модели не соответствуют основной политико-правовой идее необходимости субординации и являются сложными и трудоемкими в практическом применении» (с. 18 диссертации, тезис на защиту № 6).
2. Представленная диссертация представляет собой прекрасный пример того, как наука и практика могут и должны двигаться вместе, поскольку почерпнутые и осмысленные автором идеи и аргументы из литературы (преимущественно немецкоязычной) позволили ему не только написать эту диссертацию, но и быть ценнейшим участником подготовки изданного Верховным Судом Российской Федерации (далее – ВС РФ) Обзора практики по субординации и проекта статьи о такой субординации

во внесенном Правительством Российской Федерации в Государственную Думу законопроекте о масштабном реформировании отечественного Закона о банкротстве. Если бы нам повезло и эта диссертация появилась лет на 5-10 раньше, то, скорее всего, и субординация стала бы активнее применяться в нашей стране намного раньше.

3. Помимо указанного выше основного вывода автора об оптимальной модели субординации, мы также поддерживаем следующие выводы автора:
 - 1) «понижение в очередности 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» (с. 56 диссертации);
 - 2) «основной аргумент в пользу необходимости субординации обязательственных требований контролирующих лиц состоит в том, что правопорядок не должен допускать того, чтобы какое-либо лицо одновременно могло совмещать в своих руках контроль над обществом (в том числе над ее денежными потоками) и возможность получения неограниченной прибыли в случае удачи бизнеса (бенефициарный интерес), не неся при этом рисков провала всеми вложенными средствами, вне зависимости от выбора способа финансирования» (с. 115 диссертации);
 - 3) «если недостаточная капитализация была заведомо очевидна и не могла быть преодолена в рамках обычной предпринимательской деятельности, а контролирующее лицо не предприняло никаких разумных мер для исправления ситуации, и именно это стало причиной банкротства, то вопрос о привлечении к субсидиарной ответственности может быть поставлен» (с. 44 диссертации);
 - 4) «для целей субординации не имеет значения, была ли это изначальная либо последующая недокапитализация, подход должен быть одинаков: займы, предоставляемые под расширение бизнеса, также должны понижаться в очередности» (с. 46 диссертации);
 - 5) интерес в прибыли общества, в отличие от субординации, для целей субсидиарной ответственности не имеет значения (с. 57 диссертации);
 - 6) для целей субординации «не должно учитываться правило о трехлетнем периоде подозрительности (ст. 61.10 Закона о банкротстве) для целей определения наличия контроля» (с. 57 диссертации);
 - 7) «кредиторы в рамках соответствующего гражданско-правового сообщества собрания кредиторов в известном смысле являются товарищами, преследующими общее дело (наиболее полное удовлетворение своих требований), равно как и участники корпораций, с одним важным различием, заключающимся в том, что кредиторы являются недобровольными товарищами, поскольку на выбор товарищей каждый из кредиторов никак не влияет» и потому у кредиторов есть обязанность лояльности по отношению друг к другу (с. 69 диссертации);
 - 8) «при установлении требований связанных с должником кредиторов становится понятно, что у таких лиц возможностей по фальсификации требований гораздо больше, чем у подлинного кредитора, и опровергнуть их управляющему становится еще труднее особенно в условиях сговора между таким кредитором и должником» (с. 72 диссертации);
 - 9) «проблематика понижения в очередности подлежит обсуждению только в том случае, если аффилированный кредитор сумеет пройти первый рубеж – повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений»» (с. 76 диссертации);
 - 10) «модель, когда влияние кредиторов на процедуру минимально и они играют маргинальную роль – все ключевые решения принимает управляющий, а его назначение отнесено к компетенции суда ... может быть эффективна при условии обеспечения должного уровня добросовестности, профессионализма, а главное, независимости управляющего», а ситуация в России с гигантской властью кредиторов над процедурой банкротства «обусловлена именно этим – нет

- уверенности, что управляющие будут действительно вне более жесткого контроля кредиторов действовать в их интересах» (с. 76-77 диссертации);
- 11) «никаких препятствий для абсолютной субординации требований кредитора на базе его соглашения с должником также не имеется» (с. 83-84 диссертации);
 - 12) правила о моратории на банкротство «направлены на то, чтобы обеспечить возможность поддержания нормальной деятельности общества, которое действительно пострадало в связи чрезвычайными обстоятельствами, послужившими основанием для введения моратория, а также реализации им экономически обоснованного плана по преодолению возникшей неплатежеспособности в связи с такими обстоятельствами» (с. 96 диссертации);
 - 13) «само по себе знание независимых кредиторов о признаках имущественного кризиса не может поставить их в худшее положение, поскольку они тем самым будут вынуждены делить риски контролирующего лица, удовлетворяясь после кредиторов, не знавших о таких обстоятельствах, что недопустимо. Знания об имущественном кризисе для наступления подобных правовых последствий в виде субординации недостаточно. Такое принятие рисков внешним кредитором может обсуждаться только в том случае, если имеется соответствующее соглашение с контролирующим лицом» (с. 102-103 диссертации);
 - 14) «совершенно неясно, на каком основании вводится презумпция недобросовестности участников (контролирующих лиц), если считать обсуждаемый довод главным аргументом в пользу субординации» (с. 110 диссертации);
 - 15) ошибочность правила п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве о субординации опоздавших кредиторов (с. 154 диссертации);
 - 16) «обязательственные требования контролирующих лиц подлежат субординации в том случае, если фактически явствовалась воля кредитора на отказ от истребования займа при наступлении срока погашения, даже если формально не было заключено соглашение о продлении срока исполнения» (с. 169 диссертации);
 - 17) «не имеется никаких препятствий для вывода о том, что если внешний кредитор получит удовлетворение за счет имущества должника, в том числе выданного им обеспечения, конкурсный управляющий вправе предъявить требование на эту сумму к контролирующему лицу, предоставившему по долгу должника обеспечение» (с. 179 диссертации);
 - 18) «по общему правилу, основания для понижения в очередности должны устанавливаться на момент возникновения таких обязательств» (с. 180 диссертации);
 - 19) «приобретение требований независимых кредиторов контролирующим лицом является по существу формой финансирования должника» (с. 181 диссертации);
 - 20) «если уступка или утрата контроля произошли за пределами периода подозрительности ... задолго до введения процедур банкротства, то такие требования субординировать не следует» (с. 183 диссертации);
 - 21) позицию ВС РФ, который, «рассматривая ситуацию приобретения аффилированным лицом требования у внешнего кредитора в процедуре банкротства, отметил, что такого кредитора не следует понижать в очередности ... следует понимать ограничительно, поскольку в деле было установлено, что количество голосов связанного с должником кредитора в результате покупки права требования в процедуре составляет не более 10 %. В таком случае негативные последствия для независимых кредиторов, действительно, могут быть сведены к минимуму. Но если число голосов будет составлять 50 % и более – такого кредитора следует лишать права голоса в процедуре по всем вопросам повестки общего собрания кредиторов» (с. 187 диссертации);
 - 22) «с догматической точки зрения, текущие кредиторы являются кредиторами конкурсной массы, в отношении которых Законом о банкротстве установлен особый благоприятный режим, что обусловлено необходимостью финансирования расходов на процедуру банкротства» (с. 187 диссертации);

- 23) «если утрата контроля произошла в связи с тем, что в отношении контролирующего лица возбуждено дело о банкротстве и контроль над его имущественной массой перешел в руки независимого управляющего и его кредиторов, это не является основанием для отказа в понижении в очередности таких требований» (с. 188 диссертации);
- 24) «кредитор, который сам виновен в неисполнении своего обязательства должником ... не может требовать выплаты от поручителя, обязавшегося отвечать за этого должника» (с. 191 диссертации);
- 25) «сделка с предпочтением является разновидностью общего основания (причинение вреда имущественным правам кредиторов), поскольку при оказании предпочтения одному кредитору уменьшается конкурсная масса и, соответственно, равным образом причиняется вред имущественным правам кредиторов» (с. 196 диссертации);
- 26) «не участвовавший в соглашении [о досудебной санации] кредитор может попытаться взыскать долг и возбудить дело о банкротстве должника. Как представляется, в таком случае суд, рассматривая обоснованность заявления миноритарного кредитора о признании должника банкротом (ст. 48 Закона о банкротстве), должен проверить разумность плана (должник вправе возражать против введения процедуры, ссылаясь на внесудебный план реструктуризации). Если суд решит, что [внесудебный] план экономически реалистичен и не нарушает интересы кредиторов, не являющихся его стороной, то он должен отказать во введении процедуры вне зависимости от наличия формальных оснований для возбуждения дела о банкротстве» (с. 207 диссертации).
4. **Несмотря на высокую положительную оценку диссертации, в ней имеются и следующие спорные и дискуссионные положения, вызывающие следующие замечания.**
5. Неточным является утверждение автора о том, что «финансирование собственным капиталом носит бессрочный характер, поскольку увеличение собственного капитала не позволяет впоследствии отказаться от договора, вернуть вложенные средства и т. д. Единственный путь возврата вложенных средств – продажа доли в обществе (выход из общества), цена которой зависит от успешности бизнеса» (с. 27 диссертации).
- Финансирование в виде вклада в капитал может быть возвращено отнюдь не только путем продажи акций, но и путем полного или частичного выхода из корпорации или выкупа корпорацией собственных акций.
- Более того, Президиум ВАС РФ в принципе в знаменитом деле Алмаз-Антей признал допустимой сделку по забираанию материнской компанией имущества у дочерней организации и указал на то, что это не дарение, ибо целью является не облагодетельствование, а как раз реализация внутригруппового интереса по перемещению актива.
6. На с. 27-28 диссертации автор пишет, что «заем является более гибким инструментом финансирования, чем увеличение капитала, поскольку он может быть предоставлен в максимально короткие сроки для целей устранения временного отсутствия ликвидности, в то время как для увеличения уставного капитала предусмотрены громоздкие и трудоемкие требования к процедуре. По российскому праву чтобы увеличить уставный капитал общества с ограниченной ответственностью, во-первых, необходимо принять соответствующее решение общего собрания. Для этого требуется не менее 2/3 голосов от общего числа участников общества... Причем не исключена ситуация, когда не все участники проголосуют в пользу такого решения, что повлечет изменение соотношения долей участников, которое может не отвечать интересам последних»; тот же аргумент на стр. 29 автор приводит в подтверждение неудобства такой формы внутреннего финансирования как вклад в имущество.

Нетрудно заметить, что этот аргумент неверен для компаний из одного участника (которые являются очень распространенными).

Что же касается компаний из нескольких участников, то нельзя забывать, что предоставление одним из акционеров займа своей компании будет сделкой с заинтересованностью, которая точно также потребует одобрения другими участниками.

Более того, предоставление такого займа одним из акционеров означает, что и проценты по нему будут платиться до дивидендов, и при банкротстве его требования по займу будут выше в очереди, чем ликвидационная всех других акционеров, и потому такое изменения доли и формы участия одного из акционеров в прибыли неизбежно требует согласия иных акционеров.

Другое дело, что в российских реалиях мажоритарные акционеры столь же склонны игнорировать права миноритарных акционеров, сколь и кредиторов, но это все же неправомерный мотив, а не различие в правовом режиме внутреннего и внешнего финансирования.

7. Точно также вызывает возражения указание автора на стр. 28 диссертации, что «нельзя не учитывать также интерес участников в том, чтобы информация о временном отсутствии ликвидности не стала известна широкому кругу лиц (особенно для публичных корпораций, акции которых котируются на бирже). В силу публичности увеличения уставного капитала это обеспечить практически невозможно».

Если мы признаем обязанность корпорации (в частности, публичной) раскрывать публике (т.е. прежде всего ее уже имеющимся инвесторам, напр., по облигациям) ее проблемы с ликвидностью, то совершенно неважно, с помощью какой формы финансирования (вклад в капитал или займы акционеров) она собирается эти проблемы решать.

Мы либо должны отменить такую обязанность и признать право на непубличный план санации (в т.ч. при финансировании займами акционеров), либо обязывать корпорацию раскрывать эти проблемы в обоих случаях.

8. Продолжая различие ситуации займа единственного участника и одним из нескольких акционеров, не можем мы и согласиться с категорическим утверждением автора о том, что «по общему правилу, контролирующие лица вправе свободно решать, к какому способу финансирования прибегнуть – вносить вклад в имущество общества, увеличивать его уставный капитал или предоставлять заем (т. е. создавать обязательственную связь). Само по себе создание такой обязательственной связи контролирующими лицами с подконтрольным обществом не может быть поставлено им в упрек и переквалифицировано в иные отношения (внесения вклада в имущество и т. п.)» и потому «ни о какой притворности (и переквалификации), независимо от условий договора займа (или иного договора) между контролирующим лицом и должником, вне рамок дела о банкротстве не может идти речь» (стр. 31-32 диссертации).

Целью обязательства является установление правовой связи, обеспечивающей доверие кредитора к должнику как разных, чужих и не контролирующим друг друга лиц, между которыми нет предшествующей этому обязательству иной связи, обеспечивающей такое доверие, которое им только и дает обязательство. Обязательство поэтому дает кредитору и некоторую власть над должником - право при его неисполнении обратиться с иском в суд и заставить с помощью пристава должника заплатить.

Однако в ситуации единственного участника (который чаще всего является и директором) между ним и корпорацией уже есть такая предшествующая и намного более сильная связь в виде власти участника над корпорацией, которую участник создал и которой он управляет и которой он потому доверяет. Если корпорация не вернет заем, то участнику не нужно будет судиться с ней и обращаться к приставу,

ибо он сам как ее директор вернет себе заем, а если вдруг директор его не послушается, участник назначит нового директора, который послушается его. Правовая форма обязательства, дающая намного более слабую форму доверия и власти, объективно не нужна единственному участнику и бессильна что-либо добавить к его корпоративным правам.

В такой ситуации нет никакого иного мотива называния финансирования займом (а не вкладом в капитал) кроме как раз попытки необоснованно избежать потери этого финансирования при банкротстве, которую как раз сам же автор призывает пресекать. Справедливости ради стоит отметить, что эти наши аргументы, ранее высказывавшиеся автору при обсуждении с ним этих вопросов, он признает заслуживающими внимания на с. 104 диссертации.

Для ситуации единственного участника неактуален и такой довод автора против переквалификации как то, что для субординированных требований «была сформирована отдельная очередность, предшествующая распределению ликвидационной квоты» (с. 34 диссертации).

Ситуация действительно сложнее, если участников несколько и потому власть каждого из них над корпорацией принципиально слабее чем у единственного участника и вот тут то форма обязательства и правда может кое-что добавить к уже имеющимся корпоративным правам, усложнив их и модифицировав; по-видимому, это еще один пример того, что между корпоративными и чисто обязательственными правами есть более сложные промежуточные формы (также как в случае с привилегированными акциями, вкладчиками в товариществе и т.д.).

Опять-таки и этот аргумент автор обоснованно приводит на с. 104-105 диссертации.

9. На с. 57 диссертации автор не соглашается с мнением А.Э. Элояна о том, что «следует понижать в очередности займы директора, поскольку он «фактически выполняет корпоративную функцию участника по капитализации общества», ссылаясь на то, что в данном случае нет такого критерия субординации как участие в прибыли.

Мы же, напротив, склоняемся к позиции А.Э. Элояна, поскольку предоставление директором займа убедительно свидетельствует о том, что он рассчитывает на участие в прибыли от деятельности корпорации в той или иной форме (зарплата, существенно превышающая размер оплаты труда неруководящих работников, бонус в виде процента от прибыли и т.п.).

10. На с. 68 диссертации автор пишет, что «цель участия кредиторов в процедурах банкротства заключается в максимально возможном размере удовлетворения своих требований. Обслуживают эту цель, прежде всего, ликвидационные процедуры банкротства».

Однако реабилитационные процедуры точно также ставят эту цель, но путем спасения бизнеса должника – win-win таких процедур как раз в том, что такое спасение может дать кредиторам больше, чем они получили бы в ликвидационной процедуре.

Произошедшая в нашем праве стигматизация реабилитационных процедур как раз связана с ошибочным представлением о том, что их цель состоит в невыплате денег кредиторам.

Также трудно согласиться с автором и в том, что «банкротство является, в первую очередь, инструментом защиты прав и законных интересов внешних кредиторов, т. е. лишенных возможности влиять на деятельность должника иным образом» (с. 69-70 диссертации).

С точки зрения формального равенства неправильно ставить вопрос о том, чьи права важнее – должника или кредиторов, ибо все они одинаково важны и потому цель банкротного права защитить их всех от общей беды неплатежеспособности.

Предусмотренная действующим Законом о банкротстве возможность для кредитора корпорации, инициирующего дело о банкротстве, предложить кандидатуру управляющего, и отсутствие такой возможности у самого должника являются ярким

примером грубого формального неравенства, восходящего к архаичному решению убийства должника кредиторами как наивысшей формы такого неравенства.

11. На с. 95 диссертации автор пишет, что «ВС РФ справедливо отмечает, что правила о субординации не подлежат применению в делах о банкротстве физических лиц», иллюстрируя этим важность аргумента о том, что «контролирующие лица, которые имеют возможность влиять на развитие бизнеса, в случае доведения общества до кризисной ситуации не должны компенсировать недостаточность капитала путем предоставления займов, а должны либо подать заявление о его банкротстве, либо ликвидировать. В такой ситуации никто, кроме контролирующих лиц, не стал бы предоставлять заем, и при нормальном ходе вещей общество должно было бы ликвидироваться. При наступлении кризиса оно, образно говоря, возвращается на ту условную точку, с которой начинался бизнес. Если же участники хотят реанимировать свое общество, они должны это делать на свой риск, а не переносить его на внешних кредиторов».

Однако этот аргумент, напротив, отлично применим и при банкротстве граждан: если гражданин в ситуации финансовых трудностей получает заем от близкого родственника, то это точно также свидетельствует о том, что внешнее финансирование было недоступно по причине малой перспективности бизнеса должника и этот родственник не должен пытаться свои риски разделять с внешними кредиторами.

Учитывая, что отношения между членами семьи, как и в корпорации, носят характер товарищеских (ведение общего дела, разделение общего риска и общей прибыли), то трудно понять, почему автор настаивает на субординации при корпоративном банкротстве и рьяно отрицает ее при банкротстве гражданина.

Как уже отмечалось выше, обязательство нужно там, где нет имеющих иной источник доверия и власти между сторонами, в то время как лежащая в основе семьи любовь является их высшей формой, делающей бессмысленным существование добровольных обязательств между членами семьи.

12. На с. 155 диссертации автор приходит к выводу, что «задолженность перед контролирующими лицами [должна учитываться] при определении наличия права на самостоятельное оспаривание сделок по специальным основаниям (п. 2 ст. 61.9 Закона о банкротстве), а также при исчислении размера субсидиарной ответственности (п. 11 ст. 61.11 Закона о банкротстве)».

Мы с этим категорически не согласны, поскольку и конкурсное оспаривание, и субсидиарная ответственность защищают внешних кредиторов от нарушений со стороны контролирующих лиц и потому такие лица не могут использовать эти институты для разрешения своих внутрикорпоративных конфликтов.

Как правильно пишет СКЭС ВС РФ в определении от 28 сентября 2020 г. № 310-ЭС20-7837 (Кругляков и др. пр. Кузина и др.), механизм привлечения к субсидиарной ответственности не может быть использован для разрешения корпоративных споров, а те акционеры, которые полагают, что их партнеры по бизнесу действовали неразумно или недобросовестно по отношению к обществу, не лишены возможности прибегнуть к средствам защиты, имеющимся в арсенале корпоративного (но не банкротного) законодательства, в частности, предъявление требований о взыскании убытков, исключении из общества, оспаривание сделок по корпоративным основаниям и проч.

Впоследствии эта позиция также была включена в п. 13 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 23 декабря 2020 г.).

Эту мысль также продолжает определение СКЭС ВС РФ от 7 апреля 2022 г. № 305-ЭС21-25552 (Центр-Савек пр. Решетникова), в котором суд указал следующее:

«учитывая, по сути, отсутствие в реестре иных требований к должнику кроме корпоративного требования Мозгина Л.Д., подача заявления о привлечении к субсидиарной ответственности по обязательствам должника должна быть расценена

как попытка Мозгина Л.Д. разрешить в свою пользу корпоративный конфликт, который и послужил основанием для подачи заявления о банкротстве должника.

В соответствии с изложенным, следует признать верными выводы апелляционного суда о том, что требования Мозгина Л.Д. не подлежат защите в рамках настоящего обособленного спора, поскольку подобные требования не могут быть частью субсидиарной ответственности, равно как и основанием для инициации соответствующего обособленного спора, а также банкротства должника в целом».

Применительно к правилам главы III.1 Закона о банкротстве о конкурсном оспаривании СКЭС ВС РФ также указывает на то, что акционеры не могут вместо применения корпоративного права пытаться оспаривать сделки по правилам банкротного права (определения от 20 мая 2016 г. № 307-ЭС15-17789(1,2) (ГЭП пр. ТЭС)) и от 9 июля 2018 г. № 307-ЭС18-1843 (Синергия Инвест пр. Ласкина)).

13. На с. 209 диссертации автор пишет, что «на сегодняшний день российский правопорядок склоняется к модели субординации требований, возникающих из предоставленного в условиях кризиса общества финансирования (австрийской модели)».

Мы не можем с этим согласиться. Несмотря на действительно сложную систему обоснования ВС РФ правил субординации, все-таки их системное толкование (особенно с учетом такого критерия как недокапитализация и подавляющего числа случаев, когда ВС РФ решает дела в пользу субординации) позволяет прийти к выводу, что в целом российское право склоняется к модели автоматической субординации займов акционеров.

Вышеизложенное дает основания прийти к выводу, что представленная диссертация соответствует предъявляемым к ней требованиям, а Шайдуллин Айнура Ильшатович заслуживает присуждения искомой степени кандидата юридических наук.

Председатель Банкротного Клуба
М.Ч.П., К.Ю.Н.

О. Зайцев

О.Р. Зайцев

*Подпись Зайцев О.Р. уполномочен
и полномоченный директор*

Банкротного Клуба Д.Н. Савельев

20 сентября 2022г.

