

Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение
«Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации»

На правах рукописи

Шайдуллин Айнур Ильшатович

**СУБОРДИНАЦИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ
КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ
ЛИЦ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель:
Мифтахутдинов Рустем Тимурович,
кандидат юридических наук

Москва – 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
ГЛАВА 1. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ В РЕЗУЛЬТАТЕ ФИНАНСИРОВАНИЯ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА.....	25
§ 1. Понятие и способы финансирования (капитализации) хозяйственного общества	25
§ 2. Правовые формы недостаточной капитализации хозяйственного общества ..	35
ГЛАВА 2. ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ СУБОРДИНАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ ПРИ БАНКРОТСТВЕ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА	47
§ 1. Понятие контролирующего должника и аффилированного с ним лица	47
§ 2. Особенности установления обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства	68
§ 3. Понятие и правовые основания субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственного общества.....	83
§ 4. Модели субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ	118
§ 5. Правовые последствия субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственного общества.....	153
ГЛАВА 3. ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА СУБОРДИНАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ	156

§ 1. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, основанных на отдельных видах обязательств	156
§ 2. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц при перемене лиц в обязательстве и утрате контроля.....	180
§ 3. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц при причинении вреда имущественным правам кредиторов.....	189
§ 4. Оспаривание платежей по субординируемым требованиям контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в предбанкротный период	191
§ 5. Исключения из режима субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц.....	197
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	209
СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ И УСЛОВНЫХ ОБОЗНАЧЕНИЙ.....	211
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ	213

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Вопрос о правовом режиме обязательственных требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц¹ при банкротстве – пример негативного влияния советского периода на отечественную юриспруденцию. Поскольку в плановой экономике нет места банкротству, то и советское право его не знало, и потому XX в. с его бурным развитием банкротного права в странах с рыночной экономикой прошел незамеченным для нашей страны.

Большую часть своей истории банкротное право обсуждало именно банкротство граждан. И пока в XIX в. не была создана и не получила широкого распространения современная конструкция свободно создаваемой частными лицами корпорации как юридического лица с ограниченной ответственностью², вопрос о судьбе обязательственных требований контролирующих должника лиц при ее банкротстве не стоял (в частности, в ситуации ответственности таких лиц по долгам корпорации всем своим имуществом спорной была сама возможность банкротства юридического лица). Но после того как такая конструкция прижилась, она с неизбежностью поставила перед юриспруденцией следующего века вопрос о том, какова будет судьба обязательственных требований контролирующих лиц этой корпорации при ее банкротстве.

Российское дореволюционное банкротное право успело добраться до обсуждения возможности банкротства юридического лица³, но в силу мало отведенного ему историей времени не дошло до вопроса о допустимости

¹ В рамках настоящего исследования мы используем термины «контролирующее лицо», «контролирующее должника лицо», подразумевая под ними, если прямо не указано иное, также аффилированное лицо, действующее под влиянием общего с должником контролирующего лица (подробнее об этом см. § 1 главы 2 настоящей работы).

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

³ См., напр.: *Ткачев В.Н.* Актуальные проблемы правового регулирования несостоятельности (банкротства) в современном российском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 34; *Может ли юридическое лицо быть признано несостоятельным? // Юридический вестник. 1879. Кн. 7. С. 170–171.; Гольмстен А.Х.* Исторический очерк русского конкурсного процесса / под ред. А.Г. Смирных. 2-е изд. М., 2019.

понижения в очередности (субординации)⁴ требований контролирующих лиц, ограничения в праве голоса на собрании кредиторов и т. д., остановившись в 1917 г. в своем развитии⁵.

Практически полное забвение банкротства в отечественной правовой традиции советского периода привело к тому, что при восстановлении банкротного права в постсоветский период представления отечественной юриспруденции о нем были естественным образом слабыми, и потому процесс доведения его состояния до уровня развитых иностранных юрисдикций ожидаемо затянулся на десятилетия.

По этой причине прямого и полноценного регулирования судьбы обязательственных требований контролирующих должника лиц при его банкротстве в новейшей истории банкротного права в каждом из трех российских законов о банкротстве почти невозможно было ожидать, но все же в них изначально содержались нормы, благодаря телеологическому толкованию которых можно было сформировать практику субординации требований контролирующих должника лиц. Имелись для этого и догматические предпосылки.

Так, п. 2 ст. 30 Закона РФ от 19.11.1992 № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» предусматривал, что в четвертую очередь удовлетворялись требования конкурсных кредиторов, в пятую – членов трудового коллектива предприятия-должника, обладающих вкладом в его имущество, в шестую – прочих собственников, а в седьмую – все остальные требования. Предыдущие три очереди были привилегированными.

В следующем нормативном правовом акте – Федеральном законе от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон № 6-ФЗ) – уже появляется норма, аналогичная действующей, согласно которой конкурсные кредиторы – это кредиторы по денежным обязательствам, за исключением учредителей (участников) должника-юридического лица по обязательствам, вытекающим из такого участия (абзац 7 ст. 2 Закона № 6-ФЗ).

⁴ В рамках настоящего исследования термины «понижение в очередности», «субординация» равнозначны, если прямо не указано иное.

⁵ Напомним, что за рубежом обсуждение судьбы обязательственных требований контролирующих должника лиц начинается с конца 1930-х гг.

Такое же законоположение содержится и в абзаце 8 ст. 2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве), в котором указано, что не являются конкурсными кредиторами учредители (участники) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия⁶.

При этом необходимо учесть, что как Закон № 6-ФЗ, так и действующий Закон о банкротстве концептуально являются крайне прокредиторскими, серьезно ограничивающими права должника и контролирующих его лиц в процедурах банкротства. Идеология любой прокредиторской модели хотя и очень спорна, но проста: если контролирующие лица крайне неумело управляли бизнесом или не смогли предвидеть риски, что в результате привело к банкротству, то они лишаются каких-либо прав, и все управление должником и его активами переходит к тем лицам, чьи обязательственные права нарушены в результате такого неумелого управления, а именно – кредиторам⁷. Очевидно, что при такой прокредиторской направленности современного российского банкротного права сложно представить, что законодатель, так серьезно ограничив права контролирующих должника лиц в деле о несостоятельности, имел целью допустить их как до равного удовлетворения обязательственных требований наряду с независимыми кредиторами, так и до управления должником в процедурах банкротства путем голосования на собрании кредиторов.

Тем не менее потребовалось достаточно долгое время для того, чтобы телеологический смысл указанных норм заработал. Судебная практика очень долго относилась крайне осторожно к идее субординации таких обязательственных

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

⁷ См.: Банкротство хозяйствующих субъектов: учебник для бакалавров / отв. ред. И.В. Ершова, Е.Е. Енькова. М., 2016. С. 49–51 (автор § 1 главы 5 – *Р.Т. Мифтахутдинов*).

требований. Причин этому, думается, несколько. Это и уже отмеченная новизна института банкротства в целом, требовавшая элементарного времени для понимания его особо сложных процессов, и общий позитивистский настрой в отечественной доктрине и судебной практике, а возможно, и стремление судов выравнять дисбаланс российского банкротного права в сторону кредиторов⁸.

В юридической науке на сегодняшний день по настоящей теме существует острый недостаток академических исследований⁹. Научные публикации по поставленной проблеме начали появляться только в последние несколько лет, что явно недостаточно для комплексного изучения вопроса. Остаются не осмысленными и не обсужденными ключевые теоретические вопросы, имеющие непосредственную практическую значимость для разрешения споров, связанных с установлением обязательственных требований контролирующих должника лиц при банкротстве хозяйственных обществ. Например, может ли контролирующее лицо в принципе создавать обязательственную связь с подконтрольным обществом? Вправе ли контролирующее лицо участвовать в деле о банкротстве общества наравне с иными кредиторами и в каких случаях? Каковы правовые основания для понижения в очередности обязательственных требований контролирующих лиц в делах о несостоятельности хозяйственных обществ?

За рубежом этому вопросу уделяется значительное внимание. Кроме того, иностранные правовые порядки имеют опыт законодательного закрепления сложившихся подходов, что также может служить ценным ориентиром для российского законодателя. Так, зарубежными правовыми порядками предусмотрено

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

⁹ Отдельными исключениями являются лишь работы Широковой Е.В. и Родиной Н.В. (см.: Широкова Е.В. Гражданско-правовой механизм субординации требований кредиторов при банкротстве корпораций: дис. ... канд. юрид. наук. Ульяновск, 2021; Родина Н.В. Механизм субординации требований кредиторов в процессе несостоятельности (банкротства) юридических лиц: проблемы правовой регламентации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022).

несколько классических моделей субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц¹⁰.

Немецкая модель сводится к тому, что все требования участников (акционеров) должны понижаться в очередности, помимо прямо упомянутых в законе исключений (привилегия миноритарности и привилегия санации).

Содержание австрийской модели (схожий подход также сформирован в Италии) заключается в том, что обязательственные требования участников понижаются в очередности только в том случае, если они предоставлены в условиях кризиса общества (трудной экономической ситуации).

Модель переквалификации в США ориентирует суды на выяснение истинной воли участника при предоставлении займа на основании многочисленных критериев, сформулированных судами, которые свидетельствуют о том, что предоставление участника по существу являлось вкладом в капитал. И наконец, можно выделить также модель субординации (справедливая субординация в США), при которой обязательственные требования участника понижаются в очередности, только если будут доказаны упречность его действий и причинение вреда иным кредиторам в размере такого вреда.

Кроме того, стоит упомянуть, что в ряде правопорядков, а именно – в французском и английском¹¹, не предусматривается понижение в очередности обязательственных требований участников (акционеров).

¹⁰ Подробнее см.: *Алоян А.Э.* Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. № 6. С. 221–240; *Белоусов И.А.* Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 5. С. 120–169; *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. № 2. С. 119–137; *Huber U., Habersack M.* Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. In: Lutter M. (Hrsg.). Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Berlin. 2006. S. 370–433; *Roth J.* Sanierungsdarlehen. Nachrang – Gleichrang – Vorrang. Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Diss. Basel 2007; *Weijts R.J. de, Good M.* Shareholders' and creditors' entitlements on insolvency: who wins where? Journal of International Banking and Financial Law. 2015. P. 642–645.

¹¹ Существует мнение, что позиция о несубординации займов в Англии обусловлена стремлением привлечь компании под свою юрисдикцию (*comi-migration*). Наглядным примером может служить банкротство компании *BenQ Mobile Holding*, где акционеры пытались

Таким образом, российский правопорядок в известном смысле стоит перед выбором одного из изложенных подходов.

Принятие Верховным Судом Российской Федерации (далее – ВС РФ) Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020) (далее – Обзор от 29.01.2020) можно признать важнейшей вехой развития института субординации обязательственных требований контролирующих лиц в России. Вместе с тем он также несвободен от недостатков, в том числе в части общего концептуального подхода к правовому режиму обязательственных требований контролирующих должника лиц.

Таким образом, полагаем, что назрела острая необходимость в проведении комплексного научного исследования судьбы обязательственных требований контролирующих должника лиц при банкротстве хозяйственного общества. Настоящая работа является попыткой внести посильный вклад в этом направлении.

Степень научной разработанности проблемы. На сегодняшний день в связи с относительной новизной для российского права идеи субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ этому вопросу посвящено крайне небольшое количество работ диссертационного и монографического характера. Возможно, это связано с тем, что судебная практика российских судов по этому вопросу начала складываться лишь начиная с 2010 г., а полноценное законодательное регулирование исследуемой проблемы и вовсе отсутствует.

Имеющиеся диссертационные работы, посвященные правовому положению контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности, преимущественно исследуют вопросы их определения, общих прав и обязанностей, ответственности, однако практически не касаются вопросов регулирования

избежать банкротства в Германии по причине жесткой субординации их займов (см.: *Weijs R.J. de, Breeman M.* COMI-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law. *European Company and Financial Law Review*. 2015, 11(4). P. 500–502, 524. URL: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2014-0495> (дата последнего обращения: 22.08.2020)).

осуществления такими лицами своих обязательственных прав в процедурах банкротства¹².

В качестве исследований, непосредственно посвященных проблеме субординации, можно отметить упомянутые диссертации Широковой И.В.¹³ и Родиной Н.В.¹⁴, в которых рассматривается гражданско-правовой механизм субординации требований кредиторов в деле о банкротстве корпораций и определяется его место в системе правового регулирования. Однако указанные работы затрагивают общие вопросы о действии механизма субординации требований кредиторов, в результате чего не в полной мере получили рассмотрение специальные вопросы субординации требований контролирующих лиц.

Отдельные аспекты исследуемой нами темы затрагивались в диссертациях, посвященных различным злоупотреблениям и реализации принципа добросовестности в процедурах банкротства¹⁵. Кроме того, частично проблема номинальной недостаточной капитализации общества и установления требований контролирующих лиц в реестре требований кредиторов рассмотрена в диссертации Михалева К.А.¹⁶. Отдельные аспекты установления контроля лицами, связанными с должником, затрагивались в диссертации Галкина С.С.¹⁷. Некоторые вопросы субординации требований кредиторов также стали предметом рассмотрения в диссертации Ходаковского А.П.¹⁸.

¹² См., напр.: *Ефимов А.В.* Признаки, основания и гражданско-правовые последствия аффилированности юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018; *Николаев А.Р.* Правовое положение контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности (банкротства): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013; *Покровский С.С.* Ответственность контролирующих должника лиц за доведение до банкротства: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2017.

¹³ См.: *Широкова Е.В.* Указ. соч.

¹⁴ См.: *Родина Н.В.* Указ. соч.

¹⁵ См., напр.: *Кравченко А.А.* Реализация принципа добросовестности в сфере несостоятельности (банкротства): правовые вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2020; *Османова Д.О.* Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018.

¹⁶ См.: *Михалев К.А.* Защита прав кредиторов хозяйственного общества от использования конструкции общества в противоречии с ее назначением: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2015.

¹⁷ См.: *Галкин С.С.* Правовое положение должника – юридического лица в российском законодательстве о банкротстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

¹⁸ См.: *Ходаковский А.П.* Реестр требований кредиторов и его формирование в процессе несостоятельности (банкротства): правовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021.

Вместе с тем появились отдельные публикации в периодических изданиях, посвященные рассмотрению отдельных аспектов проблемы субординации обязательственных требований контролирующих лиц, таких авторов, как Алоян А.Э.¹⁹, Белоусов И.А.²⁰, Галкин С.С.²¹, Горбашев И.В.²², Егоров А.В.²³, Кокорин И.В.²⁴, Меньшикова П.А.²⁵, Смирнов В.И.²⁶, Стасюк И.В.²⁷, Суворов Е.Д.²⁸, Усачева К.А.²⁹, Ходаковский А.П.³⁰, Шевченко И.М.³¹ и другие. Однако в указанных публикациях рассматриваются лишь отдельные аспекты

¹⁹ См.: Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. № 6. С. 221–240.

²⁰ См.: Белоусов И.А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 5. С. 120–169.

²¹ См.: 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.

²² См.: Горбашев И.В. Дело «Уралмаш НГО Холдинг» против Свиридова и Юркова. Почему Верховный суд отказался включить требование участников в реестр // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 9. С. 30–39.

²³ См.: Егоров А.В. Комментарий к делу «ОАО «Банк Москвы в деле о банкротстве ОАО «Новосибирский хладокомбинат» против гражданина Косых А.В. о признании ничтожным договора поручительства» // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2010 г. с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М.: Статут. 2015. С. 143–149; Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31–73.

²⁴ См.: Кокорин И.В. Указ. соч.

²⁵ См.: Смирнов В.И., Меньшикова П.А. Особенности применения субординации требований кредиторов в процедуре банкротства // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 3. С. 49–54.

²⁶ См.: Смирнов В.И., Меньшикова П.А. Указ. соч.

²⁷ См.: Стасюк И.В. Участники общества-банкрота как конкурсные кредиторы: комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 06.08.2015 № 302-ЭС15-3973 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 22–26.

²⁸ 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. № 4. С. 130–161, № 5. С. 53–107.

²⁹ См.: Егоров А.В., Усачева К.А. Указ. соч.

³⁰ См.: Ходаковский А.П. Правовой режим требований, не входящих в реестр требований кредиторов, в процессе несостоятельности (банкротства) // Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран: теория и практика правоприменения: монография / отв. ред. С.А. Карелина, И.В. Фролов. М.: Юстицинформ, 2020.

³¹ См.: Шевченко И.М. К вопросу о понижении очередности удовлетворения (субординации) требований кредиторов в делах о банкротстве // Российский судья. 2018. № 3. С. 10–14; Шевченко И.М. К вопросу о рассмотрении в делах о банкротстве требований, основанных на отношениях внутрикорпоративного (внутригруппового) характера // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2018. № 4. С. 36–54.

исследуемой нами темы, поэтому сохраняется недостаток в комплексном диссертационном исследовании этого вопроса.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления контролирующими должника лицами их обязательственных прав в делах о банкротстве хозяйственных обществ, в том числе установления и определения очередности удовлетворения требований таких лиц.

Предметом диссертационного исследования являются вопросы субординации обязательственных требований контролирующих лиц в случае несостоятельности хозяйственного общества, в том числе соответствующие законодательные нормы, примеры правоприменительной практики, доктринальные подходы, теории, идеи, а также современные тенденции развития законодательства и судебной практики в этой области в России и за рубежом.

Целью диссертационного исследования является выработка целостных научных представлений относительно субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

Для достижения указанной цели поставлены следующие **задачи**:

1. Рассмотреть общие вопросы возникновения обязательственных отношений между хозяйственным обществом и контролирующими его лицами.
2. Определить понятие контролирующих должника лиц для целей субординации их обязательственных требований в процедурах банкротства хозяйственных обществ.
3. Исследовать основные аргументы за и против идеи необходимости субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в делах о несостоятельности хозяйственных обществ.
4. Рассмотреть основные модели и последствия субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

5. Определить особенности субординации обязательственных требований контролирующих лиц, возникших из различных гражданско-правовых оснований.

6. Проанализировать особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц при перемене лиц в обязательстве, утрате контроля, а также при причинении вреда имущественным правам кредиторов.

7. Рассмотреть порядок оспаривания платежей по обязательственным требованиям контролирующих должника лиц.

8. Определить основные исключения из режима субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц.

9. Разработать и теоретически обосновать рекомендации по совершенствованию российского законодательства в сфере правового регулирования реализации обязательственных прав контролируемыми должником лицами в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

Научная новизна исследования заключается в том, в работе впервые проведено комплексное исследование (с широким применением актуального зарубежного опыта) проблематики, связанной с субординацией обязательственных требований контролирующих должника лиц в делах о банкротстве хозяйственных обществ. Подробно изучены правовые основания, основные модели и последствия субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц.

Нормативную основу исследования составили акты российского и зарубежного законодательства, регулирующие вопросы субординации обязательственных требований контролирующих лиц в делах о несостоятельности хозяйственных обществ.

Эмпирическую основу исследования составили материалы отечественной и зарубежной правоприменительной практики по спорам, возникающим при субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

Теоретическая основа исследования. Исследование базируется на работах по теории гражданского и банкротного права таких российских ученых, как Агарков М.М., Братусь С.Н., Витрянский В.В., Габов А.В., Гутников О.В., Гольмстен А.Х., Егоров А.В., Зайцев О.Р., Карапетов А.Г., Карелина С.А., Мифтахутдинов Р.Т., Разумов И.В., Сеницын С.А., Суханов Е.А., Телюкина М.В., Шершеневич Г.Ф., Ширвиндт А.М., Шишмарева Т.П. и др.

Кроме того, при исследовании субординации обязательственных требований контролирующего должника лиц использовался существенный объем зарубежной научной литературы. В частности, при проведении настоящего исследования были использованы публикации таких известных зарубежных ученых, среди которых можно особо выделить Альтмеппена Х.³², Борка Р.³³, Брауншвейга В.³⁴, Гельтера М.³⁵, Гехрлейна М.³⁶, Динатале А.³⁷, Кролопа К.³⁸, Мензеля Х.³⁹, Пентца А.⁴⁰,

³² См.: *Altmeyden H.* Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis. In: Neue Juristische Woche. 2008. S. 3601 ff.

³³ См.: *Bork R.* Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts? In: Zeitschrift fuer Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2007. S. 250–270.

³⁴ См.: *Braunschweig V.* Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA. Frankfurt am Main, Peter Lang. 2012.

³⁵ См.: *Gelter M.* The Subordination of Shareholder Loans in Bankruptcy. Harvard Olin Fellows' Discussion Paper Series No. 4, 1/2005. International Review of Law and Economics. Vol. 26. No. 4. 2006.

³⁶ См.: *Gehrlein M.* Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG. In: Betriebs-Berater. 2008. S. 846 ff.

³⁷ См.: *DeNatale A., Prudence B. Abram.* The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors. Business Law. 1985. Vol. 40. P. 417–448.

³⁸ См.: *Krolop K.* Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu XIII Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte. In: GmbH-Rundschau. 2009. S. 397–399.

³⁹ См.: *Menzel H.* Gesellschaftsfremde Dritte im Eigenkapitalersatzrecht und im Recht der Gesellschafterdarlehen Universitaet zu Köln. Dissertation. Köln, 2015.

⁴⁰ См.: *Pentz A.* Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen. In: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag. München, 2010. S. 747–762.

Тиллманна Т.⁴¹, Толе К.⁴², Файбелмена А.⁴³, Фляйшера Х.⁴⁴, Хаберзака М.⁴⁵, Хубера У.⁴⁶, Шмидта К.⁴⁷, Эйденмюллера Х.⁴⁸.

Также использовались ведущие комментарии к зарубежному законодательству о банкротстве⁴⁹, широко использовались акты высших судебных инстанций, пояснительные материалы к различным законопроектам.

Теоретическая значимость исследования состоит в том, что основные результаты проведенного анализа позволяют сформировать целостное представление об институте субординации обязательственных требований контролирующих лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

Практическая значимость исследования заключается в том, что содержащиеся в ней анализ и выводы могут быть использованы при подготовке проектов нормативных правовых актов, направленных на совершенствование законодательства в области субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц при банкротстве, а также в правоприменительной деятельности при разрешении споров в этой сфере. Результаты исследования могут применяться в учебном процессе при проведении лекционных и семинарских занятий по курсу «Гражданское право», а также при чтении спецкурсов «Банкротное право», «Корпоративное право» и других.

⁴¹ См.: *Tillmann T.* Kreditinstitute als gesellschafteraehnliche Darlehensgeber: Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs des § 32a III 3 GmbHG? In: DB. 2006. S. 199–204.

⁴² См.: *Thole C.* Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille? In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. 2012. S. 513–546.

⁴³ См.: *Feibelman A.* Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. UNC Legal Studies Research Paper No. 1032309. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1032309 (дата последнего обращения: 27.08.2020).

⁴⁴ См.: *Fleischer H.* Covenants und Kapitalersatz. In: ZIP. 1998. S. 313–321.

⁴⁵ См.: *Habersack M.* Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund. In: ZIP 2008, 2385.

⁴⁶ См.: *Ulrich H.* Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform. In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 7–14.

⁴⁷ См.: *Schmidt K.* Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform – eine alternative Sicht. In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2010. S. 15 ff; *Schmidt K.* Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts? In: GmbH-Rundschau. 2005. S. 797–807.

⁴⁸ См.: *Eidenmüller H.* Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Köln, O. Schmidt, 1999.

⁴⁹ Такие комментарии, как Гамбургский, Мюнхенский, один из ведущих комментариев под редакцией Кублера Б., Пруттунга Х. и Борка Р. и т. д.

Методологической основой исследования являются как классические общенаучные методы познания (анализ, синтез, обобщение, аналогия, индукция и дедукция), так и специальные методы исследования (в частности, системный, логический, функциональный, сравнительно-правовой, формально-юридический), позволившие глубоко и всесторонне рассмотреть проблемы реализации обязательственных прав контролирующими должника лицами в процедурах банкротства хозяйственных обществ.

В результате проведенного исследования сформулированы и обоснованы следующие **положения, выносимые на защиту**:

1. Установлено, что не следует исходить из единого подхода в вопросах определения аффилированности и контроля применительно к отдельным институтам права, поскольку в каждом таком случае следует учитывать свои характерные черты, которые могут влиять на определение понятия контролирующего лица.

Под контролирующим лицом для целей определения очередности удовлетворения его обязательственных требований при банкротстве хозяйственного общества понимается лицо, которое имеет возможность участия в прибыли должника, а также влиять на принятие существенных деловых решений относительно его предпринимательской деятельности. Правила о субординации, по общему правилу, следует распространять на контролирующих лиц, имеющих прямой или косвенный интерес в капитале заемщика, или в отношении непосредственного его участника, владеющего более 25 % долей в хозяйственном обществе, и возможность оказывать на них определяющее воздействие⁵⁰. Аффилированным признается лицо, которое действует в обязательственных отношениях с должником под влиянием их общего для него и должника контролирующего лица.

⁵⁰ Отметим, что контроль в обеспечительных целях (доступ кредитной организации к финансовой информации заемщика, участие ее представителя в органах управления заемщика и т. п.) сам по себе не может являться основанием для признания лица контролирующим, если такое лицо не участвует в прибыли должника.

2. Доказано, что исходя из автономии воли участников гражданского оборота (ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)), контролирующие лица, по общему правилу, свободны в определении способа финансирования (посредством вклада в имущество, внесения в уставный капитал и совершения иных гражданско-правовых сделок) своего хозяйственного общества. Само по себе финансирование контролирующим лицом подконтрольного общества с использованием гражданско-правовых сделок, не основанных на корпоративных отношениях, не может являться основанием для признания их недействительными и переквалификации в отношении по участию.

Для кредиторов хозяйственного общества такое финансирование не несет опасности до наступления несостоятельности. В этой связи особое регулирование порядка реализации обязательственных прав контролирующими должника лицами должно содержаться исключительно в законодательстве о банкротстве (в виде изменения очередности удовлетворения их требований).

3. Подтверждено, что основанием субординации обязательственных требований контролирующих лиц по отношению к независимому кредитору является то, что они способны более эффективно управлять риском банкротства должника в силу наличия права контроля и претендовать на извлечение неограниченной прибыли в случае удачи бизнеса. Поэтому контролирующее лицо должно нести риск банкротства в большей степени, чем независимые кредиторы, т. е. получить удовлетворение своих требований при банкротстве должника после независимых кредиторов в отдельной очередности.

4. При установлении обязательственных требований контролирующих должника лиц в реестре требований кредиторов следует разделять проверку их обоснованности (реальность возникновения соответствующих отношений) и понижение в очередности. При установлении и проверке обоснованности данных требований к ним предъявляются особые правила в части предмета и стандарта доказывания: такое лицо должно исчерпывающе раскрыть все обстоятельства предоставления финансирования (в том числе сведения о конечном бенефициаре, источниках происхождения и оснований дальнейшего перераспределения

предоставленного финансирования), устранив все разумные сомнения суда относительно действительного наличия соответствующих обязательственных отношений (повышенный стандарт доказывания).

5. Установлено, что существует пять основных моделей субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц: 1) понижение в очередности требований, возникших на основании обязательств, заключенных на нерыночных условиях; 2) понижение в очередности требований при наличии недобросовестности и противоправных действий со стороны контролирующего лица; 3) понижение в очередности требований, возникших в условиях кризиса хозяйственного общества; 4) понижение в очередности требований, возникших в период подозрительности (в течение одного года до возникновения обязанности по обращению в суд с заявлением о банкротстве (ст. 9 Закона о банкротстве)); 5) автоматическое понижение в очередности требований контролирующих лиц, которые возникли в результате финансирования хозяйственного общества.

6. Доказано, 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.

7. Обосновано, что для понижения в очередности требования контролирующего лица необходимо установить факт направленности воли на предоставление финансирования подконтрольному обществу при совершении или исполнении сделки. При заключении контролирующим лицом с подконтрольным обществом договора займа такой факт предполагается. Требования, основанные на других видах договоров, должны субординироваться при условии, если контролирующее лицо фактически предоставляет экономический кредит своему обществу.

8. Доказано, что выдача обеспечения (залог, поручительство, гарантия) контролирующим лицом с экономической точки зрения является финансированием

должника. К обеспечением обязательств, предоставленным контролирующим лицом, должны применяться правила о понижении в очередности в полной мере (в виде понижения в очередности суброгационных (регрессных) требований и т. д.). Кредитор не должен быть ограничен в праве выбора того, за счет кого удовлетворять свои требования (за счет должника или контролирующего его лица, предоставившего обеспечение). В случае если кредитор получит удовлетворение за счет должника, конкурсный управляющий вправе истребовать эту сумму в конкурсную массу у контролирующего лица в пределах размера обеспечения. Таким образом, риски должны возлагаться на контролирующего лица, предоставившего обеспечение.

9. Обосновано, что право требования контролирующего лица, которое на момент своего возникновения подлежало субординации, не может изменить такой правовой режим в результате уступки любому лицу либо утрате контроля. Цессионарии должны нести соответствующие риски, но баланс интересов необходимо достигать за счет того, что такое требование должно понижаться в очередности, только если уступка или утрата контроля произошли в пределах определенных сроков подозрительности.

10. Платежи по требованиям контролирующих лиц, совершенные в предбанкротный период, должны истребоваться в конкурсную массу путем их оспаривания по п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве как сделки в ущерб кредиторам.

11. Из правил о понижении в очередности обязательственных требований могут быть предусмотрены исключения для случаев приобретения доли контроля над хозяйственным обществом для целей санации (преодоления неплатежеспособности) и заключения внесудебного соглашения о санации.

Если в рамках внесудебного соглашения о санации предусмотрено, что обязательственные требования контролирующего лица, возникающие после его заключения, не понижаются в очередности, то оно подлежит применению в деле о банкротстве, если при этом не нарушаются права и законные интересы миноритарных кредиторов, не участвовавших в таком соглашении. Предполагается, что права таких кредиторов не нарушаются, если их положение не

ухудшилось по сравнению с тем, как если бы финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в ликвидационной процедуре. При наличии такого соглашения суды должны отказывать во введении процедуры банкротства.

12. Контролирующие должника лица могут иметь право голоса при голосовании за реабилитационный план только в рамках соответствующего класса кредиторов. Однако при голосовании по иным вопросам компетенции общего собрания кредиторов они не должны иметь право голоса. Вместе с тем они должны являться участниками дела о банкротстве со всем комплексом процессуальных прав, в том числе правом получения необходимой информации.

Предложения по совершенствованию законодательства. Предлагается внести в Закон о банкротстве статью 137.1 следующего содержания:

«Статья 137.1. Субординация обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц.

1. Требования учредителя (участника) должника, доля участия которого в уставном (складочном) капитале составляет не менее 25 процентов, и иных контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, вытекающие из договора займа или иной экономически эквивалентной сделки, направленной на финансирование общества, удовлетворяются в пятой очереди.

2. Под предоставлением финансирования для целей настоящей статьи понимаются в том числе предоставление займа или кредита, продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг в кредит, в том числе отсрочка, рассрочка или непредъявление к исполнению подлежащего исполнению имущественного обязательства, выдача поручительства или независимой гарантии, а также приобретение контролирующим должника лицом у третьего лица его требования к должнику.

3. Если учредитель (участник) должника, доля участия которого в уставном (складочном) капитале составляет не менее 25 процентов, или иное контролирующее должника и аффилированное с ним лицо предоставило обеспечение исполнения по обязательствам должника, то в случае удовлетворения

требований кредиторов за счет обеспечения, обратное требование (регресс) к должнику удовлетворяется в порядке, предусмотренном пунктом 1 настоящей статьи. В случае, когда кредитор получил удовлетворение за счет имущества должника, конкурсный управляющий вправе предъявить требование к лицу, указанному в настоящем пункте, предоставившему обеспечение, в размере удовлетворенного требования, но не более суммы обеспечения.

4. Под контролирующим лицом для целей настоящей статьи понимается лицо, связанное с должником лицом общностью экономических интересов и имеющее фактическую возможность давать ему обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Под аффилированным лицом для целей настоящей статьи понимается лицо, находящееся с должником под контролем одного лица.

5. Правила пункта 1 настоящей статьи применяются в случае, если требования, предусмотренные настоящим пунктом, перешли к лицу, не являющемуся контролирующим должника лицом, а также в случае утраты кредитором статуса контролирующего лица в соответствии пунктом 4 настоящей статьи.

6. Не подлежат субординации и удовлетворяются в третью очередь требования:

1) вытекающие из финансирования, предоставленного на основании соглашения о досудебной санации (статья 31 настоящего Федерального закона), заключенного между предоставившим его контролирующим должника лицом с кредитором (кредиторами), не являющимися контролирующими должника лицами и обладающими более чем половиной требований таких кредиторов, и предусматривающего несубординацию требований этого контролирующего лица. Суд вправе отказать в применении этого соглашения в части несубординации требований контролирующего лица, если будет доказано, что предусмотренный им план санации (восстановления платежеспособности должника) объективно не был экономически реалистичным либо предусматривал удовлетворение требований не участвующих в этом соглашении кредиторов в размере, меньшем по сравнению

с тем, который они получили бы в случае подачи должником заявления о признании его банкротом до предоставления контролирующим должника лица финансирования;

2) 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 ею кредитов и не была направлена на участие в распределении прибыли должника;

3) кредитора, вытекающие из финансирования, предоставленного после приобретения права контроля над должником для целей преодоления имущественного кризиса должника (восстановления платежеспособности).».

Степень достоверности и сведения об апробации результатов исследования. Большинство тезисов настоящей работы обсуждались и были использованы в ходе подготовки проекта Обзора от 29.01.2020⁵¹. Более того, основные результаты исследования были использованы при подготовке ст. 137.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в редакции проекта федерального закона № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства)»⁵².

Основные теоретические выводы и положения были публично обсуждены на следующих круглых столах и научно-практических конференциях:

1. Научно-практический круглый стол Юридического института «М-Логос» «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании» (27 апреля 2018 г.).

⁵¹ Автор настоящего исследования являлся членом рабочей группы ВС РФ по разработке Обзора от 29.01.2020.

⁵² Аналогичное регулирование предлагается в альтернативном законопроекте, внесенном в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации депутатом И.А. Чирковой (проект федерального закона № 1263425-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства)»).

2. Круглый стол Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации по теме: «Внутреннее убеждение суда vs стандарты доказывания» (30 ноября 2019 г.).

3. Научно-практическая конференция Ассоциации выпускников Российской школы частного права «Субординация обязательственных требований участников при банкротстве корпорации» (26 февраля 2020 г.).

4. Научно-практическая конференция Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации «Частное право в кризис и посткризисный период: аренда, кредит, банкротство» (19 мая 2020 г.).

5. Научно-практический онлайн круглый стол Юридического института «М-Логос» «Презентация научного комментария к обзору судебной практики по субординации в банкротстве» (12 октября 2020 г.).

6. Научно-практическая конференция кафедры предпринимательского права Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Ассоциации юристов России, подкомитета по антикризисному управлению Торгово-промышленной палаты Российской Федерации «Институт несостоятельности (банкротства) на пути реформ: вектор развития» (8 апреля 2021 г.).

Кроме того, результаты исследования использовались при разработке лекционных занятий в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики» в рамках курса «Банкротное право» в магистерской программе «Корпоративный юрист» и курса по выбору «Банкротство хозяйствующих субъектов» в бакалавриате.

Результаты проведенного анализа также были применены в рамках курсов повышения квалификации юристов в юридическом институте «М-Логос» по программе «Практика применения законодательства о банкротстве: новеллы законодательства, судебная практика и актуальные правовые вопросы» (25-28 февраля 2020 г.), в онлайн-школе для юристов «Lextorium» «Субординация требований в банкротстве» (13 марта 2021 г.).

Структура диссертационного исследования обусловлена целями и задачами исследования. Работа состоит из введения, трех глав, первая из которых включает два параграфа, а вторая и третья – четыре, а также заключения, списка сокращений и условных обозначений, списка использованной литературы.

ГЛАВА 1. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ В РЕЗУЛЬТАТЕ ФИНАНСИРОВАНИЯ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

§ 1. Понятие и способы финансирования (капитализации) хозяйственного общества

Прежде чем обсуждать непосредственно субординацию обязательственных требований контролирующих должника лиц и ее основания, следует ответить на вопрос, а существуют ли объективные условия для создания такими лицами обязательственной связи, не основанной на корпоративных отношениях, с подконтрольным хозяйственным обществом или же данная обязательственная связь им вовсе не нужна, поскольку контролирующие должника лица могут финансировать свое общество посредством вкладов в капитал и влиять на его деятельность в рамках корпоративных процедур.

Корпоративное право, как известно, исходит из одного из самых базовых принципов – обособления имущества общества от имущества его учредителей⁵³. Соответствующее имущество юридического лица первоначально формируется его учредителями (контролирующими лицами) посредством своих вкладов в капитал. Без наполнения необходимым имуществом хозяйственного общества нельзя создать самостоятельное юридическое лицо. Учредители, в свою очередь, отвечают перед кредиторами только их вложениями как результат действия принципа ограниченной ответственности. При этом крайне маловероятно, что на начальном этапе юридическое лицо сможет довольно просто привлечь финансирование извне, т. е. от третьих лиц, не имея достаточно имущества, равным

⁵³ См.: *Roth G.H., Altmeyden H. GmbHG § 30. 8. Auflage. München. C.H. Beck. 2015. S. 145–151* (автор комментария – *H. Altmeyden*); *Schulze De la Cruz. Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen und seine Auswirkungen auf den persönlichen Anwendungsbereich. Duncker & Humblot GmbH (Verlag). 1. Auflage. Berlin. 2015. S. 37*; *Ziemons H., Jaeger. C. Beck'sche Online-Kommentar (BeckOK) GmbHG. 33. Auflage. München. C.H. Beck. S. 69–70* (автор комментария – *R. Wilhelmi*).

образом удовлетворительного обеспечения исполнения своих обязательств. Если не принимать во внимание ситуации, когда юридическое лицо является дочерним обществом или частью группы компаний, поскольку в таком случае инвесторы во многом ориентируются на кредитоспособность группы компаний в целом, привлечение финансирования от третьих лиц в данных условиях затруднено⁵⁴. В немецкой литературе указывают на эмпирическое подтверждение того, что, как правило, независимые кредиторы готовы предоставить финансирование только тогда, когда контролирующие лица (владельцы бизнеса) сами вложили необходимую часть финансирования в виде собственного капитала⁵⁵. Так, Е.А. Суханов справедливо отмечает довольно очевидный факт, что обычный «инвестор» не станет финансировать деятельность компании, в которую сами ее учредители (участники) не вложили никаких средств⁵⁶.

Таким образом, контролирующие лица для целей надлежащего отделения своих активов от имущества юридического лица должны снабдить его достаточным капиталом. Под снабжением контролирующим лицом денежными средствами и иными ресурсами подконтрольного общества для целей осуществления им своей деятельности понимается финансирование (капитализация) общества⁵⁷.

Выделяются два основных способа финансирования (капитализации) общества: финансирование путем собственного капитала (нем. *Eigenkapital*; англ. *equity capital*) и внешнего капитала (нем. *Fremdkapital*; англ. *debt capital*). Собственный капитал характеризуется тем, что он служит первостепенным фондом, за счет которого общество отвечает перед кредиторами. Основным

⁵⁴ См.: *Wüst G. Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH, DStR. 1991. S. 1388–1393.*

⁵⁵ См.: *Schulze De la Cruz. Op. cit. S. 47.*

⁵⁶ См.: *Суханов Е.А. Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве // Вестник гражданского права. 2012. № 2. С. 4–35.*

⁵⁷ ВС РФ в п. 3 Обзора от 29.01.2020 использует это понятие, называя его при этом компенсационным: это, по-видимому, обусловлено стремлением подчеркнуть, что указанный документ прежде всего обсуждает финансирование, которое предоставляется в условиях имущественного кризиса, как бы компенсируя его недостаток для продолжения основной деятельности подконтрольным обществом.

каналом его поступления является увеличение размера уставного капитала (дополнительные вклады в капитал). Внешний капитал, в свою очередь, может привлекаться в компанию путем создания обязательственной связи, не основанной на корпоративных отношениях, контролирующим лицом с подконтрольным ему обществом посредством совершения любых гражданско-правовых сделок (прежде всего, договора займа)⁵⁸.

Рассмотрим особенности финансирования вышеуказанными двумя основными способами.

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. Соответственно, собственный капитал полностью подвержен предпринимательскому риску. В качестве преимущества такое финансирование предполагает возможность получения неограниченной прибыли, размер которой также зависит от успешности бизнеса.

Финансирование путем внешнего капитала, в свою очередь, характеризуется тем, что носит временный характер (возможно досрочное расторжение, возврат и т. д.). Кроме того, размер средств, которые могут быть впоследствии истребованы, не зависит от развития бизнеса. Следовательно, такое финансирование, очевидно, не предполагает участия в прибыли общества. При этом оно может проистекать не только из договора займа, но и иных гражданско-правовых сделок.

В качестве преимущества финансирования посредством внешнего капитала для контролирующих лиц необходимо также отметить, что заем является более

⁵⁸ Выделяется еще так называемое мезонинное финансирование (*mezzanine-finanzierung*) (см.: *Menzel H.* Op. cit. S. 9), которое считается некой гибридной формой между заемным финансированием и прямыми инвестициями в капитал, когда инвестор, помимо процентов, может извлекать определенный доход от успешности бизнеса с помощью различных механизмов (например, предоставление опциона с правом приобретения доли заемщика в капитале в будущем по оговоренной заранее цене). Мезонинные кредиты, как правило, являются необеспеченными и, соответственно, более рискованными. В настоящей работе такую модель финансирования мы исследовать не будем.

гибким инструментом финансирования, чем увеличение капитала, поскольку он может быть предоставлен в максимально короткие сроки для целей устранения временного отсутствия ликвидности⁵⁹, в то время как для увеличения уставного капитала предусмотрены громоздкие и трудоемкие требования к процедуре⁶⁰. 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 (ст. 19 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», далее – Закон об ООО). Причем не исключена ситуация, когда не все участники проголосуют в пользу такого решения, что может повлечь изменение соотношения долей участников, которое может не отвечать интересам последних. Во-вторых, необходимо зарегистрировать увеличение уставного капитала в Едином государственном реестре юридических лиц и внести изменения в устав. Нельзя не учитывать также интерес участников в том, чтобы информация о временном отсутствии ликвидности не стала известна широкому кругу лиц⁶¹ (особенно для публичных корпораций, акции которых котируются на бирже). В силу публичности увеличения уставного капитала это обеспечить практически невозможно.

Положения Закона об ООО (ст. 27) и Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО) (ст. 32.2) позволяют использовать механизм дополнительных вкладов участников, не изменяя при этом размер и номинальную стоимость долей в уставном капитале хозяйственного

⁵⁹ Как справедливо отмечает И.В. Кокорин, в ситуации нехватки оборотных средств (которая напрямую не связана с действиями (бездействием) менеджмента или участников, а обусловлена негативной рыночной конъюнктурой, экономическим спадом или валютными колебаниями) для бесперебойного продолжения производственного процесса, выплат поставщикам и работникам предприятия заем может быть самым оптимальным вариантом (см.: *Кокорин И.В.* Указ. соч. С. 127); в немецкой литературе, довольно образно выражаясь, отмечают преимущество заемного способа финансирования общества в этом отношении следующим образом: «...если вы хотите выпить стакан молока, вам не нужно покупать корову...» (*Meilicke W.* Das Eigenkapitalersatzrecht – eine deutsche Fehlentwicklung. In: *GmbH-Rundschau*. 2007. S. 232).

⁶⁰ См.: *Menzel H.* Op. cit. S. 9.

⁶¹ См.: *Maser P.* Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH. In: *ZIP*. 1995. S. 1319.

общества. Однако данная процедура должна быть предусмотрена в уставе, что, как минимум, потребует проведения общего собрания участников (акционеров).

Иными словами, немаловажным обстоятельством предпочтительного характера внешнего финансирования для контролирующих лиц является определенная гибкость такого способа, которое, как отмечается, может быть приспособлено к изменяющимся экономическим условиям⁶². Внешнее финансирование не требует каких-либо дополнительных необходимых усилий со стороны контролирующих лиц (в виде законодательно установленных процедур) и может быть осуществлено в кратчайшие сроки путем заключения договора⁶³.

Таким образом, в силу своей гибкости и удобства внешнее финансирование имеет заметную привлекательность для контролирующих лиц, являясь при этом вполне легитимным способом финансирования общества во всех зарубежных правовых системах. Важно заметить, что оно не несет никаких рисков для кредиторов до наступления банкротства, поскольку общество, в котором существенную долю инвестиций будут составлять именно корпоративные займы участников и иных контролирующих лиц, может вполне успешно функционировать.

В немецкой литературе указывают, что, по общему правилу, контролирующее лицо свободно в выборе инструмента финансирования своей компании (*Finanzierungsfreiheit grundsatz*)⁶⁴ как в целом по вопросу о необходимости финансирования общества (в том числе размера), так и по вопросу выбора инструмента финансирования. Однако из этого правила следуют важные исключения. Во-первых, это требование о минимальном размере уставного

⁶² См.: *Menzel H.* Op. cit. S. 9.

⁶³ Более того, оно не требует соблюдения публичности, поскольку о факте заключения такого договора, т. е. о предоставлении финансирования, могут не знать третьи лица.

⁶⁴ См.: *Baumbach A., Hueck A.* GmbHG § 5 Stammkapital. Geschäftsanteil, GmbH-Gesetz 21. Auflage 2017. S. 5–6 (автор комментария – *L. Fastrich*); *Mayer C.* Der vertragliche Nachrang von Forderungen: über Rechtsnatur und Rechtsfolgen. der Forderungssubordination bei Nachrangdarlehen, Finanzplankredit, Mezzanine-Finance und Rangrücktritt. Dissertation. Mainz. 2007. S. 108–109; *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 48; *Weber H.J., Lepper M.* Op. cit. S. 982; *Roth G., Altmeppen H.* Op. cit. S. 18 (автор комментария – *H. Altmeppen*).

капитала, который обязаны внести участники. Во-вторых, это правила о понижении в очередности требований контролирующих должника лиц.

Аналогичную, по существу, позицию занимают в США, указывая, что контролирующее лицо может свободно формировать свой инвестиционный портфель как в виде финансирования собственным капиталом, так и внешним⁶⁵.

В Австрии в целом исходят из схожего общего посыла. Так, в пояснительных материалах к Федеральному закону Австрии о замещении собственного капитала (*Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen vom 28. Oktober 2003*) (далее – Закон о замещении капитала) указывается, что «целью проекта является нахождение баланса между защитой кредиторов и интересами участников в возможности свободно решать, каким образом финансировать свое общество»⁶⁶. Далее отмечается, что «... займы участников корпорации являются более гибким инструментом финансирования, чем увеличение капитала, поскольку они в случае необходимости могут быть использованы в короткие сроки для улучшения ликвидности...»⁶⁷.

Однако, как справедливо при этом отмечают в литературе⁶⁸, полная свобода контролирующих лиц в выборе способа финансирования может привести к тому, что у них не будет стимула увеличивать размер собственного капитала выше минимально установленного законом его размера, что, в свою очередь, может повлечь неконтролируемый перенос рисков предпринимательской деятельности на кредиторов.

Основная причина, в соответствии с которой контролирующие лица предпочитают финансировать общество путем создания обязательственной связи (внешнего капитала) заключается в том, что финансирование собственным

⁶⁵ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 127.

⁶⁶ Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ См.: *Buck Ch.* Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken. Dissertation. Stuttgart, 2005. S. 42.

капиталом полностью подвергается предпринимательскому риску в отличие от внешнего капитала. При ликвидации и банкротстве у контролирующего лица существует только право на пропорциональную ликвидационную квоту после вычета существующих обязательств перед кредиторами⁶⁹. В случае с внешним финансированием у контролирующего лица остается возможность вернуть часть своих вложений. В силу того, что такой способ финансирования является менее рисковым, нельзя исключать злоупотребления, которые могут нарушить интересы кредиторов при банкротстве.

Таким образом, финансирование (капитализация) хозяйственного общества путем создания обязательственной связи, не основанной на корпоративных отношениях, является срочным, непубличным, более гибким и удобным способом финансирования (особенно в краткосрочной перспективе), при этом несущий в себе меньше рисков невозврата вложенных средств, поскольку у контролирующего лица существуют возможности, во-первых, досрочного истребования средств, а во-вторых, удовлетворения своих требований в рамках процедур несостоятельности.

В свою очередь, финансирование собственным капиталом предполагает бессрочность, сложность процедуры и публичность, полное несение предпринимательских рисков и возможность участия в прибыли общества. Кроме того, оно предполагает полное отсутствие влияния на ход процедуры несостоятельности.

С учетом изложенного можно отметить, 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.).

Финансирование с использованием гражданско-правовых сделок, не основанных на корпоративных отношениях, имеет для контролирующих лиц ряд

⁶⁹ См.: *Buck Ch. Op. cit.*

преимуществ. Для кредиторов, напротив, оно, по общему правилу, не несет опасности до наступления несостоятельности общества, а потому оснований вмешиваться в автономию воли контролирующих лиц не имеется. Отрицать же существенную привлекательность и удобство такого способа финансирования нельзя⁷⁰.

В связи с этим полагаем крайне важным иметь в виду, что 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, поскольку в таком случае переквалификация сделок может выйти далеко за пределы процесса о несостоятельности, что очень опасно и не отвечает интересам участников соответствующих отношений. Можем ли мы на основании действующих норм закона ограничить такую переквалификацию только рамками дела о банкротстве? С нашей точки зрения, нет. Почему такая сделка становится притворной только при банкротстве? Например, суды в США при применении норм о переквалификации опираются на § 105 Кодекса США о банкротстве (*U.S. Bankruptcy Code*) (далее – Банкротный кодекс США), в котором регулируются полномочия суда в банкротном процессе. Таким образом, право переквалификации предоставлено только банкротным судам, и, соответственно, вне банкротства такая переквалификация невозможна. В России ситуация в этом отношении иная.

Если сделка притворная (ничтожная), то возбуждение дела о банкротстве не может оказывать на нее никакого решающего воздействия. Суд вправе и обязан самостоятельно *ex officio* переквалифицировать притворную сделку в отношении по поводу увеличения уставного капитала даже вне рамок дела о несостоятельности. Так, в комментариях к ст. 170 ГК РФ указывается, что «... притворная сделка характеризуется тем, что стороны умышленно искажают

⁷⁰ Об этом говорит и ВС РФ в п. 2 Обзора от 29.01.2020: «Из фундаментального принципа автономии воли и свободы экономической деятельности участников гражданского оборота (ст. 1 ГК РФ) следует право каждого определять правовую форму инвестирования, в частности, посредством внесения взносов в уставный капитал подконтрольной организации или выдачи ей займов.»

свое волеизъявление таким образом, чтобы вместо той сделки, которую они на самом деле хотят совершить, внешне это выглядело как иная сделка. Воля совершающих сделку лиц направлена не на те правовые последствия, которые отражены в волеизъявлении. Цивилисты нередко называют совершение притворной сделки симуляцией...»⁷¹. Вместе с тем в данном случае не имеется никакой симуляции, поскольку воля была направлена именно на установление заемных отношений, что нельзя игнорировать. Например, в Германии изначальный подход в виде переквалификации, который был сформулирован Имперским верховным судом Германии (*Reichsgericht*) (т. е. высшим судом Германии до 1945 г.) (далее – Имперский суд Германии), критиковался из-за необоснованности игнорирования действительной воли контролирующего лица⁷².

В связи с этим, с нашей точки зрения, вскрывается ошибочность подхода судов, в соответствии с которым займы и иные сделки, совершенные контролирующими лицами в отношении своего общества, квалифицируются как притворные в силу того, что они, например, являются беспроцентными и предоставлены на длительный срок, т. е. предоставлены на не рыночных, а на льготных условиях⁷³.

Таким образом, нормы о притворности (доктрина переквалификации) не подлежат применению вне зависимости от условий договора займа (даже если они носят нерыночный характер) между контролирующим лицом и должником⁷⁴.

Важно заметить, что в последующем ВС РФ стал пересматривать подход

⁷¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. С. 557 (авторы комментария к ст. 170 ГК РФ – В.В. Байбак, А.Г. Карапетов).

⁷² См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 71.

⁷³ Так, ВС РФ в более ранней своей практике указывал, что суд вправе переквалифицировать заемные отношения в отношении по поводу увеличения уставного капитала по правилам п. 2 ст. 170 ГК РФ (см.: определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ (далее – СКЭС ВС РФ) от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014).

⁷⁴ А.Г. Карапетов справедливо отмечает: «... предоставление участниками общества займа своему собственному обществу – вполне нормальная сделка. В ней как таковой нет ничего порочного. И нет никакой необходимости сводить все богатство различных способов финансировать свое общество к увеличению уставного капитала...» (Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2019. С. 165 (автор комментария к ст. 807 ГК РФ – А.Г. Карапетов)).

о переквалификации обязательственных требований контролирующих лиц. Изначально в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах (утв. Президиумом ВС РФ 25.12.2019) отмечалось, что спор, вытекающий из займа, предоставленного участником своему обществу, является обычным гражданско-правовым (т. е. вытекающим из договора займа) и подлежит разрешению в суде общей юрисдикции⁷⁵. Далее ВС РФ все реже стал обосновывать свои выводы посредством ссылки на положения ст. 170 ГК РФ или делать акцент на этом. В Обзоре от 29.01.2020 практика по переквалификации требований контролирующих лиц была окончательно преодолена.

Во-первых, для таких требований была сформирована отдельная очередность, предшествующая распределению ликвидационной квоты (п. 3 Обзора от 29.01.2020). Во-вторых, в п. 14 Обзора от 29.01.2020 ВС РФ прямо указал, что у контролирующего лица «сохраняется материальное требование к должнику, не являющееся корпоративным»⁷⁶.

Таким образом, исходя из автономии воли участников гражданского оборота, контролирующие должника лица, по общему правилу, свободны в определении способа финансирования (посредством совершения сделок, внесения вклада в имущество, увеличения уставного капитала) своего хозяйственного общества. Само по себе создание обязательственной связи контролирующими лицами с обществом не может быть поставлено им в упрек и переквалифицировано в иные отношения. Финансирование с использованием гражданско-правовых сделок имеет для них ряд преимуществ. Для кредиторов, напротив, оно, по общему правилу, не несет опасности до наступления несостоятельности общества.

Полагаем, что регулирование последствий создания обязательственной связи контролируемыми лицами должно содержаться исключительно

⁷⁵ Были отвергнуты доводы о том, что заем предоставлялся в целях пополнения оборотных средств общества, а следовательно, спор является корпоративным.

⁷⁶ Следует заметить также немаловажную деталь: в деле «Еврофинанса» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-17629 по делу № А40-122605/2017), которое стало прототипом для формулирования первого примера в п. 1 Обзора от 29.01.2020, имелись отсылки к п. 2 ст. 170 ГК РФ о притворных сделках, однако в тексте Обзора от 29.01.2020 они отражения не нашли.

в законодательстве о банкротстве (в виде изменения очередности удовлетворения до требований, вытекающих о выплате ликвидационной квоты). Применение правил о переквалификации требований контролирующих лиц в отношении по поводу внесения уставного капитала на основании ст. 170 ГК РФ недопустимо, поскольку такое финансирование является законным вне зависимости от условий сделки.

§ 2. Правовые формы недостаточной капитализации хозяйственного общества

Несмотря на автономию воли контролирующего лица в выборе способа финансирования хозяйственного общества, следует учесть, что законодатель в абзаце 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ прямо указал на необходимый размер капитала, который должны образовать участники (контролирующие лица). При этом, вероятнее всего, законодатель подразумевал образование необходимых активов в виде уставного капитала, т. е. нормативно презюмируется достаточное внутреннее финансирование хозяйственного общества.

Законодатель в целом исходит из того, что именно контролирующие лица должны снабдить общество необходимым капиталом, чтобы надлежащим образом отделить имущество юридического лица от своего. При успешности бизнеса, безусловно, общество может и должно привлекать финансирование от независимых (внешних) кредиторов. Однако это не отменяет того, что при любой трудной экономической ситуации последним кредитором (если все внешние кредиторы не предоставят кредит), который будет готов предоставить финансирование обществу, выступает контролирующее лицо (внутренний кредитор), если оно заинтересовано в сохранении бизнеса.

Так, К.А. Михалев считает очевидным ошибочность отождествления оплаты уставного капитала и предоставления достаточного финансирования. Он отмечает, что каждая организация имеет свой масштаб деятельности, который никак

не связан с размером уставного капитала (как мелкий киоск по ремонту обуви, так и крупный завод могут иметь минимально допустимый уставный капитал)⁷⁷.

ВС РФ в п. 9 Обзора от 29.01.2020 справедливо ссылается на упомянутый абзац 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ, имея в виду, что участник корпорации обязан участвовать в образовании ее имущества именно в необходимом размере. В российской литературе указанное положение законодательства также предлагается толковать как устанавливающее обязанность участника капитализировать общество в соответствии с видом и масштабностью бизнеса⁷⁸. Однако в данном случае возникает вопрос о том, как определить, если это возможно, что общество профинансировано достаточным образом.

Выделяется два основных вида недостаточной капитализации. О первой речь идет, когда общество очевидно недофинансировано контролирующими лицами в целом (материальная недостаточная капитализация) – ни собственным капиталом, ни внешним (в частности, заемным). В такой ситуации возникает почва для обсуждения возможности субсидиарной ответственности участников за подобную заведомую недокапитализацию. Вторая появляется, когда общество профинансировано достаточным капиталом, но размера собственного капитала явно не хватит для осуществления своей основной деятельности, поскольку большая часть финансирования предоставлена в виде внешнего капитала (номинальная недостаточная капитализация). При этом актуальным становится вопрос о субординации внешнего финансирования контролирующих лиц.

Ситуацию, когда капитала общества недостаточно для осуществления им своей деятельности (исходя из уставных целей, сферы деятельности и т. д.), в Германии называют материальной недокапитализацией⁷⁹. Она может быть изначальной (во время основания бизнеса) и последующей. Определение материальной недостаточной капитализации, которое стало классическим, было дано П. Ульмером. Он отмечает: «...недостаточная капитализация имеет место

⁷⁷ См.: Михалев К.А. Указ. соч. С. 63.

⁷⁸ См.: Белоусов И.А. Указ. соч. С. 154.

⁷⁹ См.: *Vaumbach A., Hueck A. Kommentar zum GmbHG. 20. Auflage. München. C.H. Beck. 2013. S. 115* (авторы комментария – *A. Vaumbach, A. Hueck*).

тогда, когда существует очевидная и хорошо распознаваемая для инсайдеров недостаточная капитализация общества, которая при нормальном ходе бизнеса позволяет ожидать дефолта перед кредиторами со значительно более высокой, чем обычный коммерческий риск, вероятностью...»⁸⁰.

Верховный суд Германии (*Bundesgerichtshof*) (далее – ВС Германии) указывал также: «... в законе не может быть указано, что уставный капитал должен определяться в соответствии с уровнем предполагаемой необходимости капитала обществу. Такое положение привело бы к юридической неопределенности. Абзац 1 § 5 Закона Германии об обществах с ограниченной ответственностью [(*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892*)] (далее – Закон Германии об ООО) – А.Ш.] содержит в связи с этим требование о минимальном размере уставного капитала. Это, однако, не означает, что капитал общества может быть установлен без учета уровня капитала, необходимого для уставных целей компании...»⁸¹.

Между тем в Германии существуют дискуссии по вопросу о том, можно ли ставить участнику в упрек тот факт, что он достаточным образом недокапитализировал общество, и если да, то какие должны наступать последствия. Также является спорным вопрос о том, возможна ли в этом случае проникающая ответственность (*Durchgriffhaftung*). Проникающая ответственность в Германии строится в этом случае из телеологической редукции § 13 Закона Германии об ООО как злоупотребление привилегией ограниченной ответственности. С одной стороны, имеется большой объем литературы, где проникающая ответственность в данном случае поддерживается⁸². С другой стороны, не менее весомая часть авторов отрицает возможность проникающей ответственности только на этом основании⁸³. Отмечается также, что проникающая

⁸⁰ *Hachenburg M., Ulmer P.* GmbHG. § 30. Großkommentar. 8. Aufl. Berlin, 1992. S. 55.

⁸¹ BGH Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57.

⁸² См., напр.: *Roth G., Altmeyden H.* GmbHG. 7. Auflage. München. C.H. Beck. 2012. S. 142 (автор комментария – *H. Altmeyden*); *Lutter M., Hommelhoff P.* GmbH-Gesetz Kommentar § 13. 18. Auflage. Köln, 2012. S. 15 (автор комментария – *M. Lutter*).

⁸³ См., напр.: *Baumbach A., Hueck A.* Op. cit.; *Schon W.* «Zur Existenzvernichtung» der juristischen Person. ZHR. 168. 2004. S. 268–290.

ответственность возможна в ситуации «квалифицированной» или «ясно и четко распознаваемой»⁸⁴ недокапитализации.

В 1977 г. произошла попытка разрешить указанную проблему на законодательном уровне. Так, в соответствующих пояснительных материалах⁸⁵ указывается, что в части капитализации компании возникают основополагающие вопросы о том, должно ли общество быть достаточно капитализировано в соответствии со своими целями и размерами оборотов и в каком объеме.

Далее в приведенных материалах отмечается следующее: «Законопроект уклонился от установления положений, требующих того, чтобы общество было наделено капиталом, соизмеримым с целями и масштабами своей деятельности, хотя в интересах усиления защиты кредиторов такой режим вполне и заслуживал бы внимания. При ближайшем рассмотрении такой подход оказывается нереалистичным даже во время основания общества, поскольку участники юридического лица не могут установить с достаточной степенью уверенности, какой размер собственного капитала необходим для бизнеса исходя из целей его деятельности и сферы – это будет ясно только в ходе будущей деятельности. Участники также не могут отслеживать и контролировать это во время деятельности общества. В особенности это невозможно для тех участников, которые не могут отслеживать текущую деятельность общества и участие которых ограничено в основном внесенными инвестициями. Если допустить ответственность участников на основе последующего расчета достаточной капитализации, то это было бы несовместимо с требованиями правовой определенности и в конечном счете могло бы поставить общество с ограниченной ответственностью как таковое под вопрос...»⁸⁶. Аналогичной по существу позиции

⁸⁴ См.: *Hachenburg M., Ulmer P.* Op. cit. S. 56.

⁸⁵ См.: *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 15.12.1977.* BT-Drucksache 8/1347. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/08/013/0801347.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

⁸⁶ Ibid.

придерживались разработчики реформы законодательства об обществах с ограниченной ответственностью 2008 г.⁸⁷.

Определенную черту под этими дискуссиями подвел ВС Германии в 2008 г. в знаменитом деле «Gamma»⁸⁸. Его обстоятельства были таковы. Общество (*GmbH & Co. KG*) испытывало финансовые затруднения. В рамках его санации было принято решение о сокращении штата. Однако по плану было решено временно (на 2 года) трудоустроить 21 работника в специально созданном для этих целей обществе *Gamma*. При этом часть затрат на выплату заработной платы покрывалась государством. Остальную часть выплачивало saniруемое общество. План санации потерпел неудачу, и общество обанкротилось. Вслед за ним обанкротилось и общество *Gamma*. Конкурсный управляющий в деле о банкротстве *Gamma* предъявил деликтный иск (§ 826 Германского гражданского уложения 1896 г. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) (далее – ГГУ)) в отношении трех его учредителей о разрушительном вмешательстве (с учетом дела «*TRIHOTEL*»⁸⁹ было отмечено, что прямой иск в пользу кредиторов – это исключение, а не правило), имея в виду, что общество *Gamma* изначально не было профинансировано достаточным капиталом. Нижестоящие суды поддержали истца.

Дело дошло до ВС Германии, который вопреки преобладающей позиции ученых отклонил идею ответственности участников за материальную недостаточную капитализацию и отменил решения нижестоящих судов. Суд сослался на пояснительные материалы, которые были процитированы выше, и указал, что законодатель также отверг данную идею.

Так, ВС Германии отмечает в решении: «Ответственность участников общества с ограниченной ответственностью [*GmbH* – А.Ш.] за недостаточную капитализацию компании – будь то в виде слишком низкого уровня собственного

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ См.: BGH Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 264/06. См. об этом: *Kleindieck D.* Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung – GAMMA. NZG. 2008. S. 686; *Veil R.* Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung. NJW. 2008. S. 3264–3266; *Waclawik E.* Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen. DStR. 2008. S. 1486.

⁸⁹ См.: BGH Urt. v. 16.07.2007 – II ZR 3/04.

капитала или в виде общего дефицита финансирования в самом широком смысле – не регулируется законом и не признается судебной практикой как основанный на корпоративном праве институт ответственности.»⁹⁰. Суд также при этом подчеркнул, что законодательство Германии об обществах с ограниченной ответственностью не преследует цели обеспечить создание жизнеспособных компаний с точки зрения уровня капитала⁹¹. Задача состоит лишь в том, чтобы гарантировать минимальную защиту кредиторов – на это направлены нормы о поддержании размера уставного капитала, об обеспечении своевременной подачи заявления о собственном банкротстве, о деликтной ответственности участников в случае разрушительного вмешательства (§§ 30, 31, 46, 65 Закона Германии об ООО)⁹². Ответственность за недостаточную капитализацию неосуществима, поскольку нет четкого понимания требуемого капитала для бизнеса^{93,94}.

В литературе в обоснование тезиса против проникающей ответственности также было отмечено, что угроза ее несения будет постоянно нависать над участниками как дамоклов меч⁹⁵.

В Австрии, напротив, допускают проникающую ответственность участников при так называемой квалифицированной недостаточной капитализации компании⁹⁶. Так, Верховный суд Австрии (*Oberste Gerichtshof*) (далее – ВС Австрии) указывает: «Значительная часть доктрины в принципе признает справедливую ответственность участников за квалифицированную недостаточную капитализацию. <...> Указанная ответственность вытекает главным образом из нормативной цели абзаца 2 § 61 Закона Австрии об обществах с ограниченной ответственностью [*Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März*

⁹⁰ BGH Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 264/06.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Вместе с тем ВС Германии в данном деле допустил прямые деликтные иски работников, которым не было раскрыто финансовое положение компании, в которую их переводили, что повлекло для них негативные последствия.

⁹⁵ См.: *Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2. Auflage. München, 2010. S. 17–19* (автор комментария – *F. Zeidler*).

⁹⁶ См.: *Borns W. Einführung in das GmbH-Recht: Leitfaden für GmbH-Geschäftsführer. 2. Auflage. Wien, 2014. S. 5–10.*

1906) (далее – Закон Австрии об ООО) – А.Ш.], согласно которой ввиду взаимосвязи между защитой капитала и исключением ответственности участников по долгам последнее должно прекратиться, если компания признается недостаточно капитализированной и в силу этого причинение ущерба кредиторам весьма вероятно. Следовательно, исходя из цели нормы для признания проникающей ответственности за недостаточную капитализацию необходимо установить объективную диспропорцию между необходимым и фактическим размером капитала общества.»⁹⁷.

В российской литературе, например, А.Н. Захаров, исследовав американский опыт регулирования адекватной капитализации, отмечает, что проблема недостаточной капитализации может быть решена путем установления гибкого минимального размера уставного капитала либо его прогрессивной шкалы для компаний с разным масштабом бизнеса (например, компании с оборотом от 1 до 10 миллионов рублей должны иметь капитализацию в размере не менее 150 тысяч рублей, компании с оборотом от 10 до 20 миллионов рублей – на уровне не менее 300 тысяч рублей и т. д.)⁹⁸. Так, автор указывает, что «... это решение [гибкий минимальный размер уставного капитала – А.Ш.] выражается в установлении зависимости между размером уставного капитала и масштабом и спецификой деятельности корпорации: можно установить обязательный размер уставного капитала в виде соотношения с определенными финансовыми показателями (например, в 10 % от показателя *EBITDA* (доходы до уплаты процентов по кредитам, налогов и расходов на амортизацию) или выручки корпорации согласно финансовой отчетности). Поскольку менеджмент корпорации несет личную ответственность за достоверность данных в финансовой отчетности (а при аудите также отвечает и аудитор), ... соблюдение соотношения «размер уставного капитала – масштаб бизнеса» могло бы стать эффективным средством обеспечения интересов кредиторов и стабильности оборота»⁹⁹.

⁹⁷ OGH Urt. v. 15.12.1994 – 8 Ob 629/92.

⁹⁸ См.: Захаров А.Н. Указ. соч. С. 58.

⁹⁹ Там же.

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

Как можно заметить, закрепить такую прямую обязанность не решились в большинстве зарубежных правовых порядков. Как отмечает Д.Д. Быканов, недокапитализация является одним из самых спорных оснований снятия корпоративных покровов¹⁰⁰.

Известно, что функциональным аналогом зарубежной доктрины проникающей ответственности или снятия корпоративных покровов в России является субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц, которая по существу является деликтной¹⁰¹. Зададимся вопросом: возможно ли в российском праве привлечение к субсидиарной ответственности за материальную недостаточную капитализацию контролирующих лиц?

¹⁰⁰ См.: Быканов Д.Д. «Проникающая ответственность» в зарубежном и российском корпоративном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 208.

¹⁰¹ См.: Егоров А.В., Усачева К.А. Указ. соч. С. 62–66.

С одной стороны, мы понимаем сомнения, которые имеются в немецком правовом порядке. Действительно, нет какой-либо формулы, позволяющей посчитать достаточную капитализацию корпорации¹⁰². Более того, не всегда предприниматели готовы *ex ante* определить, какой объем капиталовложений потребуется в будущем. Тем более это чрезвычайно сложно сделать судьям при рассмотрении конкретного дела *ex post*¹⁰³.

С другой стороны, иной подход не создает стимулов для внесения капитала на достаточном уровне и провоцирует злоупотребления¹⁰⁴. На практике не исключены ситуации, когда довольно крупные сделки будут заключаться через некую операционную компанию, которая сама по себе может не иметь ни достаточного капитала, ни имущества и т. д.¹⁰⁵.

В соответствии с п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица, то оно несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника. ВС РФ разъясняет, что под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов, следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, иными словами, те, без которых объективное банкротство не наступило бы. Суд оценивает существенность влияния действий (бездействия) контролирующего лица на положение должника, проверяя наличие причинно-следственной связи между ними и фактически наступившим объективным банкротством¹⁰⁶.

¹⁰² См.: *Mülbert P.* A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection – or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection. 2006. ECGI – Law Working Paper № 60/2006. P. 37. URL: <https://ssrn.com/abstract=883625> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

¹⁰³ ВС РФ в п. 9 Обзора от 29.01.2020 отмечает: «По общему правилу в связи с неопределенностью, присущей предпринимательской деятельности, учредителям хозяйственного общества заранее может быть не известно, является ли формируемый ими уставный капитал достаточным или нет.»

¹⁰⁴ См.: *Mülbert P.* Op. cit.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ См.: п. 16 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

Если мы видим в абзаце 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ обязанность контролирующих лиц профинансировать общество достаточным капиталом, можно помыслить возможность привлечения к субсидиарной ответственности за недостаточную капитализацию, так как контролирующее лицо не исполняет свое обязательство, если это стало причиной банкротства. Вместе с тем нельзя сделать абстрактный вывод о том, что недостаточная капитализация всегда является основанием для субсидиарной ответственности, поскольку, например, у контролирующего лица может быть эффективный бизнес-план, следуя которому он надеялся преодолеть издержки недостаточной капитализации, в том числе с привлечением кредитных средств. Однако 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 поставлен¹⁰⁷.

Под номинальной недостаточной капитализацией понимается ситуация, когда общество имеет собственный капитал, однако только его явно недостаточно для осуществления своей уставной деятельности.

ВС РФ в п. 9 Обзора от 29.01.2020 рассматривает именно такую ситуацию. При создании организации учредители снабдили общество минимальным размером уставного капитала, а впоследствии под реализацию крупного проекта по строительству офисного центра контролирующее лицо предоставило организации заем, и она приступила к его реализации. В указанном пункте Обзора от 29.01.2020 размер займа не указывается, но очевидно, что такие займы предоставляются, как

¹⁰⁷ Не исключает такого подхода и ВС РФ с опорой на п. 9 Обзора от 29.01.2020, говоря о том, что «... если у учредителя организации не было какой-либо неопределенности относительно рынка и масштабов деятельности нового, созданного им, участника гражданского оборота и уже на начальном этапе ему было заведомо известно, что организация не имеет возможности вести нормальную предпринимательскую деятельность в этой сфере ввиду явного несоответствия полученного ею имущества объему планируемых мероприятий, избранная учредителем модель поведения уже в момент ее выбора приводила к очевидному дисбалансу прав должника и его кредиторов. Такой учредитель не может быть освобожден от субсидиарной ответственности, предусмотренной пунктом 4 статьи 10 Закона о банкротстве.» (определение СКЭС ВС РФ от 21.05.2021 № 302-ЭС20-23984 по делу № А19-4454/2017).

правило, на довольно существенную сумму. ВС РФ подчеркнул, что «Контролирующее лицо намеренно отказалось от предусмотренных законом механизмов капитализации через взносы в уставный капитал... или вклады в имущество... и воспользовалось предусмотренным законом минимальным размером уставного капитала, не выполняющим гарантирующую функцию. Это было сделано с единственной целью – перераспределение риска утраты крупного вклада на случай неуспешности коммерческого проекта, повлекшей банкротство подконтрольной организации. Однако в ситуации прибыльности данного проекта все преимущества относились бы на это контролирующее лицо.»

Указанное звучит абсолютно в унисон тому, что обсуждалось выше: если общество очевидно и заведомо недокапитализировано с точки зрения размера собственного капитала, то имеются основания говорить о том, что его участники не сформировали размер уставного капитала в необходимом размере, как того требует абзац 2 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ¹⁰⁸.

В литературе отмечается, что идея субординации обязательственных требований контролирующих лиц при банкротстве появилась именно как реакция на проблематику номинальной недостаточной капитализации общества¹⁰⁹, поскольку в данном случае нельзя упрекнуть участников в том, что они недофинансировали бизнес должным образом. Упречность их действий заключается лишь в том, что они таким образом существенно меняют баланс интересов в отношениях с внешними кредиторами. Если проект окажется успешным, то все прибыли от его реализации будут отнесены на контролирующее

¹⁰⁸ С аналогичной ситуацией столкнулся Имперский суд Германии, когда весь объем необходимого капитала общества был financирован посредством займа, за исключением минимально установленного законодателем размера. Суд в результате указал, что «... сама по себе идея о возможности создания общества с ограниченной ответственностью с размером уставного капитала только 20 000 рейхсмарок и путем внесения дополнительных необходимых вложений в размере 130 000 рейхсмарок с помощью займов могла бы быть реализована лишь в результате злоупотребления этой правовой формой, поскольку собственных средств общества с ограниченной ответственностью изначально было бы недостаточно для осуществления своей деятельности...» (RG Urt. v. 13.01.1941 – II 88/40).

¹⁰⁹ См.: *Braunschweig V. Op. cit. S. 37.*

лицо, а если провалится, то такое лицо стремится рисковать наравне с независимыми кредиторами¹¹⁰.

Кроме того, следует иметь в виду, что займы могут также предоставляться контролирующим лицом под расширение основной деятельности общества. Возникает вопрос о том, надлежит ли в таком случае понижать их в очередности. Полагаем, что 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.

Однако в силу недосказанности в п. 9 Обзора от 29.01.2020 возникает противоречие: с одной стороны, недостаточная капитализация признается основанием для понижения в очередности требований контролирующих лиц, а, с другой стороны, ВС РФ упоминает лишь изначальную недостаточную капитализацию, умалчивая о последующей. Более того, очень часто контролирующие лица финансируют хозяйственное общество посредством займов (внешнего капитала) на постоянной основе, поэтому выявить признак предоставления финансирования в начальный момент осуществления деятельности согласно п. 9 Обзора от 29.01.2020 становится крайне затруднительным. Для однозначного разрешения указанной проблемы требуется поиск наиболее адекватной модели субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ (см. подробнее § 4 главы 2 настоящей работы).

¹¹⁰ Данная идея воплощена и в п. 9 Обзора от 29.01.2020, т. е., по мнению ВС РФ, займы контролирующего лица, предоставленные в начальный период осуществления обществом своей деятельности (необязательно только при создании общества), могут быть субординированы.

ГЛАВА 2. ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ СУБОРДИНАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ ПРИ БАНКРОТСТВЕ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

§ 1. Понятие контролирующего должника и аффилированного с ним лица

Правовое регулирование отношений контроля и аффилированности является подлинной «ахиллесовой пятой» корпоративного и банкротного права России, так как в этой сфере отсутствует какая-либо системность подходов. В федеральных законах содержатся различные определения понятий контролирующих и аффилированных лиц, которые нередко не совпадают как по содержанию, так и по сути. Возникает вопрос, насколько оправданна такая палитра законодательного регулирования отношений связанности?

Для каждого отдельного закона или правового института законодатель, как правило, дает свои собственные определения понятий контролирующих и (или) аффилированных лиц.

Так, категория «аффилированность», несмотря на ее распространенное использование в российском праве, является более чем туманной и не имеет конкретного содержания. Следует полностью согласиться с Р.Т. Мифтахутдиновым в том, что концепция аффилированных лиц в российском праве является крайне неопределенной¹¹¹. Это понятие, которое изначально было никак не связано с проблематикой корпоративных отношений, довольно прочно устоялось в российской юридической терминологии. Оно впервые было закреплено в Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» для целей применения антимонопольного законодательства. Под аффилированными лицами в этом законе

¹¹¹ См.: Мифтахутдинов, Р.Т. «Субсидиарная ответственность – это некая страшилка, которая заставляет бизнесменов не терять чувство меры»; интервьюер А. В. Егоров // Арбитражная практика. 2014. № 4. С. 12–19.

понимаются физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. В частности, это лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица (абзац 30 ст. 4).

Вслед за этим ВС РФ стал использовать эту категорию при рассмотрении банкротных дел, отмечая, что доказывание в деле о несостоятельности факта общности экономических интересов допустимо не только через подтверждение аффилированности юридической (в частности, принадлежность лиц к одной группе компаний через корпоративное участие), но и фактической. Второй из названных механизмов не исключает доказывания заинтересованности даже в тех случаях, когда структура корпоративного участия и управления искусственно позволяет избежать формального критерия группы лиц, однако сохраняется возможность оказывать влияние на принятие решений в сфере ведения предпринимательской деятельности¹¹².

ВС РФ считает, что доказывание аффилированности допустимо посредством косвенных доказательств, а также, что примечательно, на основании явной нетипичности (нестандартности) поведения соответствующих лиц с точки зрения любого независимого участника гражданского оборота в сложившихся обстоятельствах¹¹³. Как следствие, если такие убедительные доводы будут приведены, то бремя доказывания обратного (т. е. разумного и экономически обоснованного характера действий) переходит на кредитора, отрицающего свою аффилированность с должником.

¹¹² См.: определение СКЭС ВС РФ от 15.06.2016 № 308-ЭС16-1475 по делу № А53-885/2014.

¹¹³ В частности, ВС РФ указывает: «... о наличии такого рода аффилированности может свидетельствовать поведение лиц в хозяйственном обороте, в частности, заключение между собой сделок и последующее их исполнение на условиях, недоступных обычным (независимым) участникам рынка...» (определение СКЭС ВС РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015).

Лицо, которое подозревается в аффилированности, ставится в условия, в которых оно должно обосновать разумными экономическими причинами нестандартный и нетипичный характер своего поведения¹¹⁴.

Таким образом, если изначально понятие аффилированности и было основано на положениях антимонопольного законодательства, то сейчас оно фактически утратило с ней непосредственную связь, являясь самостоятельным творением ВС РФ для целей рассмотрения банкротных споров¹¹⁵.

Вместе с тем в корпоративных отношениях едва ли такой уровень неопределенности является приемлемым, на что неоднократно обращалось внимание¹¹⁶.

В то же время в ст. 67.3 ГК РФ на сегодняшний день сохранились правила о дочерних хозяйственных обществах. Однако невозможно не согласиться с Е.А. Сухановым в том, что в действующем корпоративном праве пока отсутствует развернутая регламентация права концернов (или холдингов) в понимании развитых зарубежных правовых порядков¹¹⁷. Указывая на имеющиеся недостатки в этом отношении, Д.И. Степанов отмечает, что взамен имеющей довольно узкое применение на практике конструкции «основное – зависимое общество» (ст. 67.3 ГК РФ) следовало бы ввести в корпоративное право и законодательство более универсальную категорию «контролирующее – подконтрольное лицо»¹¹⁸.

Специальное определение контролирующих лиц предусмотрено для целей субсидиарной ответственности при банкротстве (ст. 61.10 Закона о банкротстве), одобрения сделок, в совершении которых имеется заинтересованность (абзац 6 п. 1

¹¹⁴ Как отмечает ВС РФ: «...судом на такое лицо может быть возложена обязанность раскрыть разумные экономические мотивы совершения сделки либо мотивы поведения в процессе исполнения уже заключенного соглашения...» (определение СКЭС ВС РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015).

¹¹⁵ В ГК РФ, тем не менее, в ходе реформы гражданского законодательства была включена соответствующая довольно бессодержательная статья об аффилированности (ст. 53.2. ГК РФ), несмотря на жаркие споры, имевшие место при ее подготовке.

¹¹⁶ См.: Суханов Е.А. О правовом статусе концернов в современной зарубежной литературе // Вестник гражданского права. 2017. № 4. С. 283–295.

¹¹⁷ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. С. 254.

¹¹⁸ См.: Степанов Д.И. Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах // Закон. 2016. № 5. С. 67–86.

ст. 81 Закона об АО и абзац 6 п. 1 ст. 45 Закона об ООО), также отдельное понятие контролирующего лица предусмотрено в ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

Таким образом, российское право не идет по пути кодификации универсальных критериев связанности для институтов корпоративного права, а, напротив, вкладывает различное содержательное наполнение в них¹¹⁹. Иначе говоря, в вопросе аффилированности в России наблюдается не «универсализм», а «партикуляризм», как минимум с точки зрения законодательного регулирования.

В зарубежной юридической науке можно встретить мнение, что дать точное, исчерпывающее и единообразное определение понятий контролирующих и (или) аффилированных лиц невозможно¹²⁰, в чем российский правопорядок при реформировании ГК РФ убедился на собственном опыте¹²¹.

В результате ключевой вопрос состоит в том, может ли быть некий универсальный подход к определению понятий контролирующего должника и аффилированного с ним лица для различных институтов. С нашей точки зрения, «универсализм» в вопросах определения контроля и аффилированности может быть вреден, поскольку применительно к отдельным институтам права следует учитывать их особенности, которые могут влиять на определение понятия контролирующего лица. Критерии аффилированности меняются сообразно с различными проблемами и целями, стоящими перед соответствующими правовыми институтами. Иными словами, определения понятий контролирующего и аффилированного лица должны соответствовать особым целям и интересам, которые необходимо защищать в каждом конкретном случае. Например, при оспаривании сделок ключевое значение имеет возможность знать о финансовом состоянии должника (о признаках неплатежеспособности и недостаточности имущества), а при привлечении к субсидиарной ответственности – фактическая

¹¹⁹ См.: *Степанов Д.И.* Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах // Закон. 2016. № 5. С. 67–86.

¹²⁰ См.: *Blumberg P.I.* Amerikanisches Konzernrecht. In: *ZGR*. 1991. S. 327.

¹²¹ О неудачных попытках определения понятия аффилированности при реформировании ГК РФ см.: *Бойко Т.С.* Что осталось за скобками реформы Гражданского кодекса в части регулирования юридических лиц // Закон. 2014. № 7. С. 56–61.

возможность влиять на экономическую судьбу должника. Круг контролирующих лиц может в силу этих обстоятельств существенно различаться. Более того, законодатель также предусмотрел различное регулирование для упомянутых случаев (ст. 19 и ст. 61.10 Закона о банкротстве соответственно).

Равным образом определение контролирующих должника и аффилированных с ним лиц для целей установления режима их обязательственных требований при банкротстве хозяйственного общества имеет свою специфику.

Для начала рассмотрим, каким образом подходят к решению обсуждаемой проблемы в зарубежных странах.

В Германии прямо не указано, что правила о капиталозамещении распространяются на контролирующих должника лиц¹²². Тем не менее для расширения сферы применения правил о капиталозамещении используется каучуковая фраза (*Generalklausel*) § 39 Кодекса Германии о несостоятельности (*Insolvenzordnung. Gesetz vom 5. Oktober 1994*) (далее – Положение Германии о несостоятельности) об «экономически эквивалентных правовых актах» («*wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen*»). ВС Германии, имея в виду вышеуказанный «исторический аргумент» («*historische Argument*»), указал, что необходимо при этом опираться на общие правила о связанных предприятиях (*verbundene Unternehmen*)¹²³.

Общие положения о связанных предприятиях содержатся в § 15–19 Федерального закона Германии об акционерных обществах (*Aktiengesetz vom 6. September 1965*) (далее – Закон Германии об АО). Эти правила применяются не только в отношении акционерных обществ. В Законе Германии об АО закреплено определение понятия связанных предприятий, которыми признаются общества, имеющие в отношении друг друга контролирующее участие или

¹²² Хотя в законопроекте 1977 г. о внесении изменений в Закон Германии об ООО первоначально содержалась прямая норма на этот счет (§ 32а абзаца 5 Закона Германии об ООО), но в окончательный текст Закона Германии об ООО она не попала. Не было об этом прямо указано и после реформы 2008 г. (см.: *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 15.12.1977*. BT-Drucksache 8/1347. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/08/013/0801347.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017)).

¹²³ См.: BGH Urt. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80.

влияние. Согласно § 16 Закона Германии об АО если большинство долей юридически самостоятельного предприятия принадлежит другому предприятию или если другое предприятие обладает большинством голосов (преобладающее участие), то первое предприятие является предприятием, находящимся во владении преобладающего участника, а другое предприятие – предприятием, имеющим в нем преобладающее участие. Связанными предприятиями также признаются юридически самостоятельные предприятия, на которое другое предприятие (господствующее предприятие) может прямо или косвенно оказывать определяющее воздействие (*beherrschenden Einfluss*). При этом если господствующее предприятие и одно или несколько зависимых предприятий объединены под единым руководством господствующего предприятия, они составляют концерн¹²⁴.

В Германии различаются вертикальные отношения связанности (*vertikaler Verbindung*), когда одно общество имеет влияние на другое через цепочку дочерних обществ (отношения «материнской», «дочерних» и «внучатых» компаний), и горизонтальные (отношения между «сестринскими компаниями» («*Schwestergesellschaften*»))¹²⁵. Распространение правил о капиталозамещении на отношения вертикальной и горизонтальной связанности следует рассмотреть отдельно.

ВС Германии разработал критерий экономического единства (*wirtschaftlichen Einheit*) участника и контролирующего лица в качестве ключевого для признания займа контролирующего лица капиталозамещающим¹²⁶. Так, ВС Германии отмечает, что «... в соответствии с устоявшейся судебной практикой ... правила о капиталозамещении в исключительных случаях применимы и к финансированию третьих лиц, если они с экономической точки зрения равнозначны участнику общества...»¹²⁷. Для этих целей необходимо и достаточно как минимум прямого

¹²⁴ Подробнее о концернах см.: *Emmerich V., Habersack M. Konzernrecht*. 10. Auflage. München C.H. Beck. 2013.

¹²⁵ См.: *Geist A. Konzerninnenfinanzierung – Gibt es insolvenzfeste Alternativen zum Darlehen des Gesellschafters?* In: ZIP. 2014. S. 1662–1672.

¹²⁶ См.: BGH. Urt. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80, BGH Urt. v. 16.12.1991 – II ZR 294/90.

¹²⁷ BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03.

или косвенного владения 50 % долями в обществе (*maßgebliche Beteiligung*) – участнике должника (займодавце)¹²⁸. Таким образом, ВС Германии исходит из того, что правила о капиталозамещении применяются в том случае, если третье лицо способно оказывать контролирующее влияние на участника должника (*beherrschenden Einfluss*) в силу наличия преобладающей доли участия или соответствующего количества голосов на общем собрании¹²⁹. При этом степень участия самого участника в обществе-заемщике не имеет значения – она должна быть как минимум выше 10 %.

В Австрии в этом отношении в Законе о замещении капитала предусмотрены специальные правила. Ранее австрийский правопорядок относительно вертикального и горизонтального финансирования в целом придерживался подходов, аналогичных немецким¹³⁰¹³¹.

Отдельный вопрос возникает относительно того, следует ли распространять правила о капиталозамещении на займы дочерних («сестринских») компаний. С одной стороны, они не имеют прямого влияния друг на друга. Так, в литературе звучала позиция, что горизонтальное финансирование не должно охватываться правилами о капиталозамещении, поскольку «сестринские» компании не участвуют в капитале друг друга¹³². С другой стороны, в ином случае возникла бы очевидная возможность обхода правил о капиталозамещении, поскольку займы могли бы предоставляться не напрямую, а через подконтрольные дочерние

¹²⁸ См.: BGH Urt. v. 10.02.1999 – VIII ZR 70/98, BGH Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 179/99, BGH Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 103/02.

¹²⁹ См.: BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03.

¹³⁰ См.: *Rademaker P.* Die rechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen im deutschen und österreichischen Recht Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Erweiterung der Risikobeiträge der GmbH-Gesellschafter infolge einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2018. S. 215.

¹³¹ Так, в § 8 Закона о замещении капитала указано, что участником признается кредитор, который имеет участие или иное подобное право в другом юридическом лице (не обществе-заемщике), которое, в свою очередь, позволяет оказывать опосредованное контролирующее воздействие на общество-заемщика (косвенное контролирующее участие) либо имеет прямое или косвенное контролирующее участие в обществе, которое владеет не менее 25 % акций (долей) в обществе-заемщике.

¹³² См.: *Roth G.H., Altmeyden H.* GmbHG § 30. 8. Auflage. München. C.H. Beck. 2015. Rn. 155.

общества. Материнское общество, имея контролирующее участие в «сестринских» компаниях, может влиять на одну из них, чтобы предоставить заем другой.

ВС Германии рассмотрел дело, в котором заем был оформлен между «сестринскими» компаниями¹³³. Дочерняя компания контролирующего материнского акционерного общества предоставила заем «сестринской». Обе компании контролировались материнским обществом. В отношении общества-заемщика было возбуждено дело о банкротстве. Возник вопрос о порядке удовлетворения требований «сестринской» компании. ВС Германии указал, что, исходя из разработанного в судебной практике критерия возможности влияния на принятие решений дочерним обществом, в данном случае заем не может быть признан капиталозамещающим, поскольку материнское общество, хотя размер участия и составляет 86,1 %, в силу принципа самостоятельности правления акционерного общества, закрепленного в § 76 Закона Германии об АО, не имеет возможности давать указания менеджменту на общем собрании акционеров¹³⁴.

Таким образом, в Германии в целом к вопросу распространения правил о капиталозамещении на займы, предоставленные «сестринскими» компаниями, подходят довольно сдержанно. Ключевыми критериями являются тест экономического единства и наличие возможности оказывать влияние на принятие решений.

В Австрии займам сестринских компаний посвящен § 9 Закона о замещении капитала, согласно которому если кредитор объединен с другими формально самостоятельными юридическими лицами для достижения единых экономических целей в рамках единого управления или контролирующего участия (концерн), то его займы признаются капиталозамещающими в том случае, если он, не участвуя в обществе-заемщике, предоставил заем по поручению другого члена концерна, который, в свою очередь, является участником общества-заемщика или имеет

¹³³ См.: BGH Urt. v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, BGH Urt. v. 11.10.2011 – II ZR 18/10.

¹³⁴ Вместе с тем в схожем деле, единственным отличием которого от вышеуказанного являлось то, что займодавцем выступило общество с ограниченной ответственностью (*GmbH*), ВС Германии признал возможным применение правил о капиталозамещении (см.: BGH Urt. v. 28.02.2012 – II ZR 115/11).

прямое или косвенное контролирующее участие в нем. Ключевое обстоятельство, которое необходимо установить, – это то, что «сестринская» компания действовала по поручению материнской компании. В отсутствие этого обстоятельства оснований для субординации не имеется.

Отдельный интересный вопрос возникает в ситуации предоставления займа дочерней компанией в пользу материнской – так называемое финансирование «снизу вверх» («*von unten nach oben*»). Следует ли понижать в очередности такие займы? М. Кароллус отмечает, что такие займы должны быть исключены из-под правил о капиталозамещении¹³⁵. Однако важно учитывать, что этот подход может иметь исключения при централизованном финансовом планировании (*zentrales Cash-Management*) в рамках группы компаний, когда заем дочерней организацией предоставляется не по собственной инициативе, а в интересах группы компаний (*Konzerncausa*)¹³⁶. В данном случае выделение горизонтального и вертикального финансирования («снизу вверх» или «сверху вниз») утрачивает, по мнению М. Кароллуса, всякий смысл¹³⁷. Следует отметить, что этот вопрос в австрийской и немецкой судебной практике не прояснен.

В США субъективная сфера при применении правил о субординации опирается на довольно казуистичное понятие инсайдера, закрепленное в § 101 Банкротного кодекса США. Прежде всего, это члены менеджмента компании и иные лица, осуществляющие контроль над должником (*person in control of the debtor*). Участник признается контролирующим, если он владеет мажоритарной долей участия. Контролирующим должника лицом (*person in control*) признается только такое лицо, которое имеет перманентную возможность контроля над бизнесом при принятии важнейших решений (*day-to-day control*)¹³⁸. Кроме того, инсайдерами являются также аффилированные лица, под которыми понимаются

¹³⁵ См.: *Karollus M. Kapitalersetzende Leistungen – jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven*. In: *Österreichisches Bankarchiv*. 1997. S. 105–118.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ См.: *In re Optical Technologies, Inc.*, 252 B.R. 531, 533 (M.D. Fla. 2000) 246 F.3d 1332 (11th Cir. 2001).

прямо или косвенно контролирующие или владеющие 20 % голосов на общем собрании субъекты.

С учетом зарубежного опыта полагаем, что понятие контролирующего лица, закрепленное в ст. 61.10 Закона о банкротстве, является не вполне пригодным для целей применения института субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц по следующим причинам.

Понятие контролирующего лица в данном случае строится исключительно на возможности такого лица давать обязательные для исполнения должником указания. Круг таких лиц чрезвычайно широк – это может быть главный бухгалтер, финансовый директор, родственники члена управления должника и т. д. Оно довольно сильно напоминает модель регулирования США относительно инсайдеров и аффилированных лиц. Однако модель субординации обязательственных требований контролирующих лиц в США основана на упречности поведения контролирующего лица (*inequitable conduct*)¹³⁹. Исходя из основной идеи, которая, с нашей точки зрения, лежит в основе регулирования правил субординации требований контролирующих должника лиц (см. об этом § 3 главы 2 настоящей работы), данного факта недостаточно.

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. Поэтому принципиально важно, чтобы контролирующее лицо прямо или косвенно являлось фактическим совладельцем (бенефициаром) бизнеса, что достигается, прежде всего, через косвенную контролирующую долю участия в капитале. Круг лиц должен быть ограничен теми, кто имеет косвенный интерес в капитале общества. Таким образом, при применении правил о понижении в очередности должно быть установлено, что такое контролирующее лицо извлекало неограниченную выгоду из предпринимательской деятельности должника (бенефициарный интерес).

¹³⁹ См.: *Kreisler*, 546 F.3d 863 (7th Cir. 2008), *Wooley v. Faulkner (In re SI Restructuring, Inc.)*, 532 F.3d 355 (5th Cir. 2008).

Иначе говоря, круг лиц, подпадающих под правила о субординации, должен быть ограничен теми, кто имеет прямой или косвенный интерес в прибыли общества.

По данному признаку контролирующее лицо для целей определения режима его обязательственных требований при банкротстве общества отличается от контролирующего лица для целей субсидиарной ответственности. Неслучайно такой признак, как интерес в прибыли общества, не упоминается в п. 3 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

Аналогичные замечания касаются регулирования, содержащегося в п. 3 ст. 53.1 ГК РФ. Одна лишь возможность оказывать определяющее воздействие не может являться единственным и достаточным критерием для субординации. Более того, не должно учитываться правило о трехлетнем периоде подозрительности (ст. 61.10 Закона о банкротстве) для целей определения наличия контроля.

Изложенная позиция поддерживается А.Э. Алоян¹⁴⁰. В частности, мы не можем согласиться с выводом, который следует из этого подхода, в соответствии которым следует понижать в очередности займы директора, поскольку он «фактически выполняет корпоративную функцию участника по капитализации общества»¹⁴¹. Такой вывод делается автором только на том основании, что директор имеет возможность определять волю общества и, соответственно, «несет ответственность за неверные управленческие решения и возможный дефолт общества»¹⁴². Во-первых, с нашей точки зрения, субординация не есть следствие неэффективного управления. Во-вторых, полагаем ошибочным делать вывод о необходимости субординации только на основании возможности влиять на управление (которым могут обладать, в том числе кредиторы, имеющие ковенанты,

¹⁴⁰ См.: Алоян А.Э. Указ. соч.

¹⁴¹ Там же.

¹⁴² Там же.

залогодержатель и т. д.), необходимо также учитывать допустимость извлечения неограниченной прибыли из бизнеса в случае успеха¹⁴³.

Как было показано выше, в Германии контролирующее лицо с экономической точки зрения должно быть равнозначно участнику хозяйственного общества. Это означает, что данное контролирующее лицо имеет такой же интерес в бизнесе, как участник, однако владеет им при этом опосредованно – через контролируемую долю в обществе-участнике должника либо в капитале самого должника. Следует понимать, что субординация не является следствием наказания контролирующего лица за правонарушение – это вопрос распределения рисков предпринимательской деятельности.

Отметим, что критерии контроля, указанные в ст. 67.3 ГК РФ, посвященной дочерним хозяйственным обществам, являются приемлемыми для этих целей. Режим субординации должен распространяться, прежде всего, на такие ситуации, когда взаимоотношения основного и дочернего обществ представляют собой с экономической точки зрения единый хозяйствующий субъект¹⁴⁴. Вместе с тем правила о дочерних хозяйственных обществах не приобрели такого всеобъемлющего значения для корпоративного права России и не закрывают ряд ситуаций, в том числе если контролирующими лицами являются физические лица¹⁴⁵.

Критерием наличия контроля должен являться бенефициарный интерес в отношении общества-заемщика либо его непосредственного участника.

¹⁴³ Например, если директор имеет фиксированный доход, оговоренный в трудовом договоре, и прочее (в ситуации отсутствия доли в капитале), то оснований для субординации его требований не усматривается. Если же у директора имеется доля в капитале либо он, например, участвует в опционной программе, то, безусловно, его требования следует понижать в очередности. Опционные программы считаются довольно эффективным способом решения «агентской проблемы» (см.: *Текутьев Д.И.* Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации. М.: Статут, 2017).

¹⁴⁴ См.: постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 04.12.2012 № 8989/12 по делу № А28-5775/2011-223/12.

¹⁴⁵ См.: *Степанов Д.И.* Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах // Закон. 2016. № 5. С. 67–86.

Изначально ВС РФ сформулировал позицию¹⁴⁶, в соответствии с которой для целей субординации принимаются во внимание п. 3 ст. 53.1 ГК РФ, п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве, следовательно, необходимым условием отнесения лица к числу контролирующих конечных бенефициаров является наличие у него фактической возможности давать обязательные для исполнения указания или иным образом определять действия подконтрольных организаций. Осуществление таким бенефициаром фактического контроля возможно вне зависимости от наличия (отсутствия) формально-юридических признаков аффилированности. В целом, ВС РФ, упоминая п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве, называет контролирующих лиц бенефициарами, а значит, лицами, имеющими возможность извлекать неограниченную прибыль от предпринимательской деятельности должника.

Вместе с тем более удачное определение контролирующего лица, на наш взгляд, сформулировано ВС РФ в Обзоре от 29.01.2020 без ссылок на какие-либо вышеупомянутые нормы, т. е. фактически с «чистого листа». Под контролирующим лицом по смыслу указанного Обзора от 29.01.2020 (п. 2) понимается субъект, обладающий совокупностью двух элементов: общие экономические интересы с должником и фактическая возможность давать ему обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Таким образом, понятие контролирующего лица по смыслу Обзора от 29.01.2020 распадается на два взаимосвязанных элемента.

Первый элемент передают слова «лицо, имеющее общие экономические интересы» – это необходимость наличия внутреннего предпринимательского интереса лица, т. е. такое лицо с экономической точки зрения должно быть равнозначно участнику (акционеру). Это означает, что данное лицо имеет такой же интерес в бизнесе, как участник, однако владеет им при этом опосредованно¹⁴⁷.

¹⁴⁶ См.: определение СКЭС ВС РФ от 28.03.2019 № 305-ЭС18-17629(2) по делу № А40-122605/2017.

¹⁴⁷ Аналогично приведенной немецкой доктрине: через контролирующую долю в обществе-участнике должника либо в капитале самого должника.

Второй элемент передается словами «лицо, имеющее возможность давать ему обязательные для исполнения указания». Это классический признак контролирующего лица, роднящий рассматриваемое понятие с терминологией для целей субсидиарной ответственности. Он означает фактическую возможность определять судьбу должника. Иными словами, лицо должно иметь подавляющее влияние на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника.

Наличие одновременно двух указанных элементов очень важно, что можно проиллюстрировать на следующей проблеме.

Институциональные кредиторы (в особенности банки) при предоставлении финансирования традиционно заинтересованы в обеспечении своих интересов определенным уровнем корпоративного контроля должника (в зависимости от рисков, величины суммы кредита и т. п.) посредством различных гражданско-правовых инструментов, среди которых можно отметить: 1) залог долей (акций) заемщика (с правом голоса по отдельным или по всем вопросам); 2) кредитные ковенанты (в том числе с условием согласования тех или иных корпоративных решений); 3) корпоративный договор с участием кредитора по правилам п. 9 ст. 67.2 ГК РФ (согласование вопросов, направленных на обеспечение надлежащего исполнения обязательств по кредитному договору); 4) делегирование представителя в органы управления должника и т. п.¹⁴⁸.

Очевидно, что главная цель использования подобных механизмов кредиторами – препятствование выведению активов, обеспечение использования заемных средств по назначению и надлежащего исполнения заемщиком своих обязательств по договору. Такие кредиторы, как правило, не заинтересованы в принятии бизнес-решений и во вмешательстве в операционную деятельность компании.

Вместе с тем в данном случае правопорядок попадает в некоторую серую зону: с одной стороны, нельзя отрицать, что определенный уровень

¹⁴⁸ См., напр.: дело «Антипинского НПЗ» (постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.06.2020 по делу № А70-8365/2019).

корпоративного контроля у таких кредиторов имеется (в отличие от иных кредиторов, обладающих менее слабой переговорной позицией), с другой стороны, их все же не всегда можно приравнять к участникам (акционерам). Ключевой вопрос – где проходит эта «демаркационная линия»¹⁴⁹.

В Германии, особенно после рассмотрения ВС Германии ключевого в этом отношении дела ¹⁵⁰, в котором возник вопрос о применимости правил о капиталозамещении к залогодержателю, развернулась широкая дискуссия о пределах распространения правил о субординации на кредиторов, имеющих существенное влияние на заемщика посредством различных инструментов (кредитные ковенанты, залог доли и т. п.). Заметим, что согласно обстоятельствам дела доля в компании была заложена в пользу банка. При этом по условиям договора залога залогодатель был обязан при принятии важнейших решений (*wichtigen Entscheidungen*) получать согласие (*Zustimmung*) банка. ВС Германии указал, что в типичных случаях залога (*typische Verpfändung*), когда залогодержатель не имеет права членства в корпорации (*Mitgliedschaftsrechten*), а значит, и большого влияния на управление, правила о капиталозамещении не подлежат применению. Ситуация меняется, если залогодержателю в соглашении о залоге будут предоставлены возможности, которые в результате с экономической точки зрения будут равны возможностям самого участника или по крайней мере приблизят его к позиции участника. ВС Германии в данном деле признал допустимость применения соответствующих правил. С тех пор ВС Германии всерьез больше не подступался к этой проблеме.

Интересно в этом отношении также дело ВС Германии ¹⁵¹, в котором обсуждалась возможность субординации требований узуфруктария прав на доли в обществе с ограниченной ответственностью (*GmbH*). ВС Германии отметил, что, несмотря на широкие споры в литературе, следует исходить из тех же подходов, что и при решении вопроса о субординации залогодержателя: если помимо участия

¹⁴⁹ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 225–239.

¹⁵⁰ См.: BGH Urt. v. 13.07.1992 – II ZR 251/91.

¹⁵¹ См.: BGH Urt. v. 05.04.2011 – II ZR 173/10.

в прибыли компании узурпаторию предоставлены широкие возможности влиять на управление и определять судьбу компании, то его требования следует субординировать. То же самое касается требований коммандитистов в коммандитном товариществе с комплементарием – обществом с ограниченной ответственностью (*GmbH & Co. KG*), которые, по общему правилу, не субординируются, если нет соответствующих дополнительных оснований в виде права контроля, права на информацию, сопоставимой с правами обычного участника комплементария, а также прямого участия в прибыли. Данные более широкие права на практике могут быть предоставлены в корпоративном договоре, которые будут позволять влиять на судьбу компании (*Schicksal des Unternehmens beeinflussen können*), и в таком случае займы коммандитиста могут быть субординированы¹⁵².

В этом отношении немецкие ученые условно разделились на два лагеря¹⁵³. Одни из них¹⁵⁴ критиковали подход ВС Германии, использованный в указанном решении, отмечая, что если у кредитора не имеется предпринимательского интереса (*Unternehmensinteresse*) и личной заинтересованности в бизнесе заемщика-должника, то его не нужно субординировать, поскольку такой кредитор преследует лишь свои обеспечительные интересы¹⁵⁵. Этот кредитор не имеет общей с участниками цели, и его влияние на бизнес направлено лишь на обеспечение возврата кредита с учетом процентов без получения неограниченной прибыли в случае успеха. Субординация возможна, только если

¹⁵² См.: BGH Urt. v. 16.12.2003 – VIII R 6/93.

¹⁵³ См.: *Majic M.* Covenants und Insolvenz: Risiken covenant-gesicherter Kreditgeber im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers. 1. Auflage. München, 2013. S. 31–106.

¹⁵⁴ См., напр.: *Altmeppen H.* Der «atypische Pfandgläubiger» – ein neuer Fall des kapitalersetzenden Darlehens. In: ZIP. 1993. S. 1677–1684; *Damnitz M., Degenhardt J.* Faktische Geschäftsführung und kapitalersetzende (Bank-) Darlehen bei der AG. WM. 2005. S. 583–588; *Früh A.* Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen. GmbHR. 1999. S. 842–847; *Hagemeyer A., Bültmann M.* Konflikte von Sicherungsinstrumenten und Eigenkapitalersatz bei Projektfinanzierungen durch Banken. WM. 1997. S. 549–555; *Kästle M.* Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen. Berlin, Duncker & Humblot. 2003. S. 179–188; *Krolop K.* Op. cit.; *Maesch S., Voß A.* Covenants und Eigenkapitalersatz. FB. 2007. S. 1–11; *Runge J.* Covenants in Kreditverträgen: Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern. Bank- und Kapitalmarktrecht in Theorie und Praxis. Köln. In: RWS-Verlag. 2010. S. 150–157.

¹⁵⁵ См.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 237.

такой кредитор приобретает прямо или косвенно долю в капитале и участвует в прибыли заемщика-должника¹⁵⁶.

В частности, Х. Эйденмюллер отмечал, что иной подход будет стимулировать кредиторов предоставлять финансирование компаниям, находящимся в кризисе, с целью реструктуризации¹⁵⁷. Поэтому он полагает, что правила о субординации следует толковать максимально ограничительно, иначе многие банковские инструменты кредитования компаний фактически не будут работать, что едва ли положительно скажется на экономике¹⁵⁸. М. Дамнитц и Й. Дегенхардт указывают¹⁵⁹, что если идея понижения в очередности будет основываться только на возможности влияния на бизнес заемщика-должника, то критерии определения того, какой уровень воздействия на предпринимательскую деятельность заемщика-должника является достаточным для субординации, становятся крайне неопределенными. Кроме того, против тех кредиторов, которые своим влиянием приносят ущерб, могут использоваться иные правовые инструменты (деликтная ответственность за доведение до банкротства и т. д.)¹⁶⁰.

Другая часть ученых¹⁶¹ полагает, что участие в капитале и прибыли заемщика-должника не должно играть решающей роли. С их точки зрения, ни наличие предпринимательского интереса, ни прямое или косвенное участие в капитале и прибыли компании-заемщика не являются ключевыми условиями для понижения в очередности. Причина субординации заключается в том, что кредитор, имеющий соответствующие инструменты контроля, мог до банкротства определять важнейшие решения должника-заемщика и, следовательно, таким

¹⁵⁶ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 230.

¹⁵⁷ См.: *Eidenmüller H.* Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz. Köln, O. Schmidt. 1999. S. 388–396.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ *Damnitz M., Degenhardt J.* Op. cit.

¹⁶⁰ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 233.

¹⁶¹ См., напр.: *Fleischer H.* Op. cit.; *Kampshoff M.* Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH. GmbHHR. 2010. S. 897–904; *Lutter M., Hommelhoff P.* Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a. 16. Aufl. Köln, 2004; *Majic M.* Op. cit.; *Scholz* Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a. 10. Aufl. Köln, 2006 (автор комментария – *K. Schmidt*); *Schwintowski H., Dannischewski J.* Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftergleichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG. In: ZIP. 2005. S. 840–846; *Tillmann T.* Op. cit. S. 199.

образом контролировал риск его несостоятельности (*vorinsolvenzliche Einflussnahme als Steuerungsinstrument des Insolvenzrisikos*). В связи с этим необходимо принимать во внимание то, в какой степени операционная деятельность должника-заемщика контролировалась кредитором. Если степень влияния была высокой, то требования такого кредитора необходимо понижать в очередности. Поскольку участие в капитале и прибыли заемщика-должника – типичная черта правовой позиции участника, то субординация требований кредиторов, не участвующих в такой прибыли, возможна только в том случае, если отсутствие таких прав компенсируется особенно значительным влиянием на управление. Разумеется, сами по себе широкие информационные права такого кредитора не служат основанием для понижения в очередности¹⁶².

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

В США суд также может субординировать требования кредитора, не являющегося инсайдером (таковым может быть банк, имеющий кредитные ковенанты, позволяющие оказывать влияние на должника)¹⁶³. Однако контроль –

¹⁶² См.: BGH Urt. v. 17.02.2011 – IX ZR 131/10.

¹⁶³ См.: *DeNatale A., Prudence B. Abram*. Op. cit. P. 448.

не единственная причина, по которой суды в США могут субординировать требования внешнего кредитора. Например, в одном из дел суд понизил в очередности требования банка Credit Suisse, поскольку последний предоставил кредит в очевидно бесперспективный и убыточный проект, рассчитывая на будущие высокие доходы (комиссии, проценты и т. п.)¹⁶⁴. Это позволяет назвать еще одно основание для субординации: предоставление займа в условиях очевидной неизбежности банкротства¹⁶⁵.

ВС РФ в п. 11 Обзора от 29.01.2020 разъясняет, что само по себе наличие у кредитора возможности контролировать деятельность должника в обеспечительных целях (на основании договора репо, корпоративного договора, залога акций (долей), ковенантов), получать всю информацию о его деятельности не являются достаточными для субординации его требований, если отсутствует фактическое участие в прибыли должника.

Под участием в прибыли понимается возможность получения всех потенциальных доходов от предпринимательской деятельности, заранее неопределимых и неограниченных. Поэтому сам по себе тот факт, что, например, кредит погашается за счет прибыли заемщика-должника, не дает оснований для

¹⁶⁴ Как отмечается в решении суда, «должный due diligence при предоставлении займа в размере 375 миллионов долларов США практически отсутствовал». Таким образом, поведение банка оценено судом как «выходящее за грани разумного и корыстное, что потрясло совесть суда» (*predatory lending*). См.: Credit Suisse v. Official Committee of Unsecured Creditors (In re Yellowstone Mountain Club, LLC), 2009 WL 3094930 (Bankr. D. Mont. May 12, 2009), *Montes M.* In re Yellowstone Mountain Club: Equitable Subordination to Police Inequitable Conduct by. Non-Insider Creditors, North Carolina Banking Institute, Feb 10, 2010; *Murray John C.* Equitable Subordination in Bankruptcy: An Analysis of In re Yellowstone. 2010.

¹⁶⁵ Например, в Голландии суды в исключительных случаях могут субординировать требования контролирующих лиц на основе принципов разумности и справедливости, а также норм деликтного права в ситуации, когда контролирующее лицо предоставляет займы подконтрольной организации, заведомо зная, что шансов на ее спасение не имеется. См.: Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal 10 March 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:1695); Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden: a shareholder loan does not in itself have a subordinated character. *Stibbe*. URL: <https://www.stibbe.com/en/news/2015/october/court-of-appeal-arnhem-leeuwarden-a-shareholder-loan-does-not-in-itself-have-a-subordinated-charact> (дата последнего обращения: 22.08.2017). О субординации в Голландии см., напр.: *Bahadur N.* Subordination of shareholder loans in insolvency. Should the Netherlands introduce a rule in Dutch law regarding subordination of shareholder loans in insolvency? Master thesis. Amsterdam. 2012.

субординации, если размер направляемой в пользу кредитора прибыли заранее оговорен и известен (в виде процентов, комиссий и т. п.).

Таким образом, ВС РФ концептуально исходит из того, что если кредитор не преследует цель участия в распределении прибыли должника (иными словами, не имеет прямого или косвенного участия в капитале), то его не следует субординировать. Нам такой подход представляется также более обоснованным.

Полагаем, что идеология понижения в очередности требований контролирующих лиц стоит на двух столпах, при отсутствии хотя бы одного из которых субординация должна исключаться: это право контроля и право участия в заранее неопределенной и неограниченной прибыли. Право контроля предполагает возможность принятия бизнес-решений относительно судьбы компании. Если степень контроля не предполагает влияния на операционную деятельность компании, а права обусловлены исключительно намерением препятствовать выведению активов, принятию без согласования с таким кредитором чрезмерной долговой нагрузки и т. п., т. е. целью обеспечить возврат кредита (как правило, это согласование изменения устава, совершение крупных сделок и т. п.), то требования такого кредитора, по общему правилу, не следует субординировать. По сути, это своего рода обеспечительная конструкция, использование которой может объясняться отсутствием иного существенного обеспечения должником своих обязательств либо чрезмерно высокими рисками выведения активов менеджментом. При ином подходе в отсутствие понятного критерия различение внутренних и внешних кредиторов становится крайне затруднительным.

Итак, требования кредитора, не имеющего права получения неограниченного дохода от бизнеса (бенефициарного интереса) и права влияния на принимаемые ключевые деловые решения, не должны понижаться в очередности при банкротстве.

Особо следует выделить ситуацию с финансированием в рамках горизонтальной связанности – между дочерними компаниями, т. е. аффилированными между собой лицами. С одной стороны, такие компании

не имеют контроля и прямого участия в капитале друг друга, и на этом основании кажется, что они, по общему правилу, не должны понижаться в очередности. С другой стороны, в данной ситуации возникают очевидные способы обхода правил о субординации в рамках вертикальной связанности – контролирующее лицо (материнская компания), вместо того чтобы самостоятельно предоставить заем подконтрольной компании, может дать указание это сделать другому аффилированному лицу (дочерней компании). При этих обстоятельствах лица, которые находятся под определяющим влиянием одного лица («контролирующего центра»), признаются аффилированными для целей применения правил о понижении в очередности¹⁶⁶.

Таким образом, аффилированными для целей применения правил о понижении в очередности признаются лица, которые находятся и действуют под непосредственным влиянием единого контролирующего лица. Если аффилированное лицо действует под таким влиянием, то оно ничем не отличается от контролирующего лица.

Подводя итог, можно отметить, что под контролирующим лицом для целей обозначения режима его обязательственных требований при банкротстве хозяйственного общества понимается лицо, которое имеет внутренний предпринимательский интерес в прибыли должника (бенефициарный интерес), а также возможность влиять на принятие существенных деловых решений относительно предпринимательской деятельности должника. Аффилированным признается лицо, действующее под влиянием общего для него и должника фактического контролирующего лица при вступлении с должником в обязательственные отношения.

¹⁶⁶ Однако полагаем, что аффилированное лицо должно при этом иметь право доказать, что обязательственные отношения с должником возникли не в силу наличия указания контролирующего лица (материнской компании). При этом факт наличия такого влияния (указания) контролирующего лица предполагается в случае необычности (нетипичности) для любого среднего разумного участника оборота поведения аффилированного лица.

§ 2. Особенности установления обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства

Цель участия кредиторов в процедурах банкротства заключается в максимально возможном размере удовлетворения своих требований. Обслуживают эту цель, прежде всего, ликвидационные процедуры банкротства. Должник же скорее может быть заинтересован в попытке реализации реабилитационных процедур и реструктуризации своего долга. Однако в российском праве, к сожалению, такой мотив должника маловероятен с учетом отсутствия на данный момент достаточно эффективных реабилитационных процедур, что является общеизвестным¹⁶⁷, за исключением разве что мирового соглашения. Поэтому на первый план выходят иные устремления должника, а именно – попытки скрыть активы или купить их задешево, исключить возможность оспаривания сделок и привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих лиц, прежде всего, посредством неформального влияния на управляющего.

Таким образом, сердцевина института банкротства и имманентно присущая ей внутренняя противоречивость (выбор между ликвидацией и реабилитацией, волей кредиторов и волей должника и т. д.) заключается в том, что у кредитора и должника принципиально разнонаправленные интересы в процедуре¹⁶⁸. Правопорядок вынужден искать баланс между ними, учитывая в том числе более глобальные мотивы (необходимость реабилитации предприятий с точки зрения

¹⁶⁷ Совершенствование реабилитационных процедур предлагается в рамках упомянутых выше проектов федерального закона № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства); альтернативного проекта федерального проекта № 1263425-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства)», внесенный в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации депутатом И.А. Чирковой.

¹⁶⁸ См.: *Eidenmüller H.* Comparative Corporate Insolvency Law. European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 319/2016. P. 1, 2.

сохранения рабочих мест и т. п.). Для того чтобы правильно балансировать указанные интересы, очень важно осознавать, что под кредитором понимается в первую очередь такое лицо, которое доверяет исполнительности другой стороны – своего контрагента – и страдает в результате ее банкротства. Такие 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 корпораций¹⁶⁹, с одним важным различием, заключающимся в том, что кредиторы являются недобровольными товарищами, поскольку на выбор товарищей каждый из кредиторов никак не влияет¹⁷⁰.

Итак, одна из основных задач банкротного права – это обеспечение наиболее эффективной защиты интересов именно таких подлинных (независимых, внешних) кредиторов¹⁷¹.

Исходя из базовой посылки о том, что интересы внутренних и внешних кредиторов объективно принципиально расходятся, рассмотрим основные этапы их столкновения при установлении требований в реестре требований кредиторов.

Первый рубеж столкновения интересов независимых кредиторов с контролирующими должника лицами – это возбуждение дела о банкротстве и предложение временного управляющего. Как мы уже отмечали, внутренние кредиторы не лишены права возбуждать дело о несостоятельности. Такое решение не является бесспорным, учитывая, что банкротство является, в первую очередь,

¹⁶⁹ Например, ВС РФ отмечает, что в основе устава, а значит, и деятельности хозяйственного общества лежит товарищеское соглашение участников (учредителей) (см.: определение СКЭС ВС РФ от 11.06.2020 № 306-ЭС19-24912 по делу № А65-3053/2019). Следовательно, у участников (акционеров) имеются обязательства из ведения общего дела (см: определение СКЭС ВС РФ от 17.03.2020 № 307-ЭС19-10177(4) по делу № А56-42355/2018).

¹⁷⁰ Однако, на наш взгляд, это само по себе не препятствует квалификации отношений кредиторов как товарищеских и наличию обязанности лояльности между ними.

¹⁷¹ В рамках настоящего исследования понятия «подлинный кредитор», «независимый кредитор» и «внешний кредитор» используются как синонимы.

инструментом защиты прав и законных интересов внешних кредиторов, т. е. лишенных возможности влиять на деятельность должника иным образом¹⁷².

Отметим, что сама по себе возможность инициирования дела не создает конфликта интересов внешних (если они есть) и внутренних кредиторов, поскольку законодатель позволяет самому должнику возбуждать дело. Конфликт возникает в связи с возможностью заявителя предложить кандидатуру временного управляющего, который в норме должен действовать независимо. В абзаце 10 п. 2 ст. 39 Закона о банкротстве при обращении в суд с заявлением о признании должника несостоятельным право указать кандидатуру временного управляющего предоставлено кредитору. Не обсуждая в целом обоснованность такого решения российского правопорядка, можно отметить, что это является первым рубежом столкновения интересов внутренних и внешних кредиторов в деле о банкротстве. ВС РФ последовательно решает этот конфликт в пользу независимых кредиторов, начиная с пресечения попыток перехватывания до банкротства инициативы предложения кандидатуры временного управляющего связанными с должником кредиторами (контролирующими лицами) у иных кредиторов путем частичного погашения долга в порядке ст. 313 ГК РФ¹⁷³. Однако обратная ситуация полного погашения внешним кредитором долга перед аффилированным лицом во избежание подконтрольного банкротства, т. е. перехватывание инициативы предложения кандидатуры временного управляющего независимым кредитором, поддерживается¹⁷⁴. Погашение требований первого заявителя в процедуре банкротства не дает возможности пересмотреть кандидатуру управляющего (п. 27

¹⁷² В отличие от независимых кредиторов, контролирующие должника лица имеют корпоративную связь и, как следствие, возможность формировать органы управления должника либо влиять на их формирование, на принятие ими решений, оспаривать сделки, требовать возмещения убытков и т. п. Вместе с тем не исключена ситуация наличия корпоративного конфликта, при котором предоставление такого права может быть оправданным. Однако возникает вопрос, является ли это обстоятельство достаточным основанием для того, чтобы исходить из возможности возбуждения ими дела.

¹⁷³ Дело «Оганер-Комплекс» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 16.06.2016 № 302-ЭС16-2049 по делу № А33-20480/2014) и дело «Аксайское ДРСУ» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 15.08.2016 № 308-ЭС16-4658 по делу № А53-2012/2015).

¹⁷⁴ Дело «Ангарстрой» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 25.01.2017 № 305-ЭС16-15945 по делу № А41-108121/2015).

Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016)). Но если первым заявителем было контролирующее лицо, то это обстоятельство не препятствует назначению кандидатуры, предложенной вторым заявителем (внешним кредитором), либо переходу к случайному выбору управляющего¹⁷⁵.

Однако не всегда связанным с должником кредиторам приходится прибегать к попыткам перехватывания инициативы для предложения временного управляющего. Для таких случаев ВС РФ закрепил генеральную позицию о том, что временным управляющим в деле о банкротстве не может быть утверждено лицо, кандидатура которого предложена контролирующим должника кредитором. Обосновывается это тем, что поскольку должник и внутренние кредиторы имеют общий интерес, отличный от интереса внешних кредиторов, правила п. 5 ст. 37 Закона о банкротстве подлежат применению по аналогии (п. 1 ст. 6 ГК РФ) и в ситуации, когда кандидатура временного управляющего, саморегулируемая организация предложены связанным с должником лицом – заявителем по делу о банкротстве¹⁷⁶¹⁷⁷.

Таким образом, ВС РФ исходит из необходимости обеспечения независимости и беспристрастности деятельности арбитражного управляющего¹⁷⁸,

¹⁷⁵ См.: определение СКЭС ВС РФ от 29.05.2020 № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019.

¹⁷⁶ См.: пункт 27.1 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

¹⁷⁷ Приведенную позицию нельзя назвать принципиально новой, так как это лишь детализация содержания правовой позиции, изложенной в п. 56 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве», согласно которой суд не может допускать ситуации, когда полномочиями арбитражного управляющего обладает лицо, в наличии у которого должной компетентности, добросовестности или независимости у суда имеются существенные и обоснованные сомнения.

¹⁷⁸ Как отмечается в определении СКЭС ВС РФ № 305-ЭС19-26656: «... разъяснения, направленные на обеспечение независимости и беспристрастности арбитражного управляющего, требуют содержательного анализа взаимоотношений сторон...». Поэтому «... если у суда имеются разумные подозрения в его независимости, то суд всегда имеет право затребовать кандидатуру другого управляющего (в том числе посредством случайного выбора). Поскольку законом вопрос об утверждении управляющего отнесен к компетенции суда, то суд не может

подчеркивая, что достаточно зародить сомнения в независимости управляющего, т. е. не обязательно даже доказывать аффилированность с должником¹⁷⁹.

Итак, на первом рубеже вопрос решен в пользу внешних кредиторов.

Второй рубеж конфликта – это непосредственное установление требований контролирующих должника лиц в реестре требований кредиторов в процедурах банкротства (ст.ст. 71, 100 Закона о банкротстве). Российский правопорядок, изначально опасаясь злоупотреблений при установлении требований в банкротстве¹⁸⁰ и учитывая, что, в отличие от общеискового процесса, в банкротстве уже очевидно, что средств не хватит на удовлетворение требований всех кредиторов и цена ошибки более высока, а также с учетом более вероятного сговора должника и отдельных кредиторов, информационной асимметрии между кредитором и управляющим наряду с оппонировавшими и кредиторами¹⁸¹, предусмотрел повышенный (по сравнению с обычным общегражданским) стандарт доказывания – «ясные и убедительные доказательства»¹⁸². Однако 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. В этой связи ВС РФ исходит из того, что контролирующие лица должны нести еще

быть связан при принятии соответствующего решения исключительно волей кредиторов (как при возбуждении дела, так и впоследствии)»; в определении СКЭС ВС РФ от 29.05.2020 № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019 подчеркивается: «... если у суда имеются разумные подозрения в его независимости, то суд всегда имеет право затребовать кандидатуру другого управляющего (в том числе посредством случайного выбора). Поскольку законом вопрос об утверждении управляющего отнесен к компетенции суда, то суд не может быть связан при принятии соответствующего решения исключительно волей кредиторов (как при возбуждении дела, так и впоследствии)...».

¹⁷⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 26.08.2020 № 308-ЭС-2721 по делу № А53-30443/2016.

¹⁸⁰ См., напр.: *Османова Д.О.* Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве): монография / под ред. О.А. Беляевой / М.: Юстицинформ, 2020.

¹⁸¹ См.: *Каранетов А.Г., Косарев А.С.* Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2019. № 5. Специальный выпуск. С. 66, 67.

¹⁸² См.: п. 26 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве»; *Каранетов А.Г., Косарев А.С.* Указ. соч. С. 65.

более повышенное бремя доказывания в деле о банкротстве в отличие от обычного внешнего кредитора – стандарт «вне разумных сомнений»¹⁸³. Иначе говоря, для таких лиц предусмотрен особый «тест на мнимость» требования¹⁸⁴.

При этом суды под влиянием ряда определений ВС РФ¹⁸⁵ довольно часто требуют от контролирующих лиц обосновать экономическую целесообразность предоставления займов¹⁸⁶¹⁸⁷. Однако при «просеивании» требования через «тест на мнимость» следует все-таки опираться на содержание п. 1 Обзора от 29.01.2020, из которого следует, что для успешного его прохождения необходимо исходя из стандарта доказывания «вне разумных сомнений»:

1. Продемонстрировать при установлении своих требований широкий объем сведений¹⁸⁸.

¹⁸³ Впервые позиция была сформулирована в определении СКЭС ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 по делу № А40-163846/2016. См. об этом: *Будылин С.Л.* Стандарты доказывания в банкротстве. По мотивам Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 11. С. 130–157.

¹⁸⁴ В развернутом виде он закреплен в п. 1 Обзора от 29.01.2020.

¹⁸⁵ См.: определения СКЭС ВС РФ по «делу Михеевой» (определение от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015) и «делу Михеева» (определения от 30.03.2017 № 306-ЭС16-17647, № 306-ЭС16-17647(2), № 306-ЭС16-17647(6)).

¹⁸⁶ См., напр.: постановления Арбитражного суда Московского округа от 07.08.2019 по делу № А40-212814/2017, Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15.03.2019 по делу № А43-20053/2017, Арбитражного суда Поволжского округа от 12.10.2017 по делу № А06-336/2016. См. также: *Шайдуллин А.И.* Было ли финансирование компенсационным? О делах, переданных на рассмотрение Верховного Суда РФ // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2020/05/07/bylo_li_finansirovanie_kompensacionnym_o_delah_peredann_yh_na_rassmotrenie_verhovnogo_suda_rf (дата последнего обращения: 07.05.2020).

¹⁸⁷ Скорее всего, когда суды требуют доказательства «экономической целесообразности», речь идет о том, что у них имеются сомнения в реальности операции, в том, что предоставленные в заем средства не были выведены иным способом, однако не имея этому прямых подтверждений, суды требуют это у представителей займодавцев под видом «экономической целесообразности». Например, Арбитражный суд Уральского округа в постановлении от 05.02.2020 по делу № А60-51632/2017 указывает: «...при ином подходе остаются неразрешенными сомнения заинтересованных лиц в намерении должника путем манипулирования денежными средствами подконтрольного ему общества искусственно нарастить кредиторскую задолженность на случай своего банкротства с целью последующего уменьшения количества голосов, приходящихся на долю независимых кредиторов...».

¹⁸⁸ Так, в указанном п. 1 Обзора от 29.01.2020 подчеркивается: «...аффилированный кредитор не может ограничиться представлением минимального комплекта документов (например, текста договора займа и платежных поручений к нему, отдельных документов, со ссылкой на которые денежные средства перечислялись внутри группы) в подтверждение реальности заемных отношений. Он должен исчерпывающе раскрыть все существенные обстоятельства, касающиеся

2. Показать то, на какие цели были использованы денежные средства¹⁸⁹: как подчеркивается в п. 1 Обзора от 29.01.2020, следует раскрыть «основания дальнейшего внутригруппового перераспределения денежных средств, подтвердив, что оно соотносится с реальными хозяйственными отношениями, выдача займа и последующие операции обусловлены разумными экономическими причинами». В последнем случае важно установить, было ли финансирование использовано в интересах группы компаний. Если указанные сведения не раскрываются, то требование не устанавливается, т. е. тест считается не пройденным.

То же происходит, если аффилированное лицо не сможет вне разумных сомнений подтвердить, что деньги были потрачены в соответствии с реальными экономическими потребностями общества-должника (закупка необходимого оборудования, выплата заработной платы и т. п.), а были, например, перечислены другой компании группы либо использованы для погашения ее долгов перед третьими лицами (т. е. были использованы в «интересах группы компаний») во вред интересам кредиторов должника. Иными словами, в данном случае скорее проверяется не целесообразность финансирования, а то, на какие цели оно было использовано (было ли фактически получено должником, или он выступал только номинальным агентом транзита средств).

После успешного прохождения «теста на мнимость» требование подлежит проверке на предмет наличия оснований для понижения в очередности («тест на субординацию») (подробнее о понятии субординации и ее основаниях см. § 3 и § 4 главы 2 настоящей работы).

Для прохождения «теста на субординацию» необходимо проверить следующие обстоятельства:

заклучения и исполнения самой заемной сделки...» (в том числе сведения о конечном бенефициаре: не был ли выдан заем под его влиянием, а также, возможно, сведения об источниках происхождения предоставленного финансирования).

¹⁸⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 01.11.2019 № 307-ЭС19-10177(2,3) по делу № А56-42355/2018.

1. Имело ли место финансирование должника, а если оно выдано аффилированным лицом, то предоставлено ли такое финансирование под влиянием контролирующего лица.

2. Имущественное положение должника на момент предоставления займа (был ли кризис).

3. Не предоставлен ли заем в начальный период осуществления деятельности, когда было заведомо известно, что для продолжения деятельности недостаточно собственного капитала (п. 9 Обзора от 29.01.2020).

Таким образом, при непрохождении «теста на мнимость» требование не включается в реестр, а при непрохождении «теста на субординацию» – включается в очередность, предшествующую распределению ликвидационной квоты.

При рассмотрении дел о банкротстве граждан, в отличие от юридических лиц, полагаем, что «тест на субординацию» не подлежит применению, но требования связанных лиц подлежат «просеиванию» через «тест на мнимость». Например, при установлении требований близких родственников должника может применяться повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений»¹⁹⁰.

В результате можно с уверенностью констатировать, что на уровне ВС РФ при банкротстве юридических лиц сформировано двухступенчатое «сито» для контролирующих должника лиц при установлении их требований: они должны преодолеть особый «тест на мнимость», а при условии успешного его прохождения уже на втором этапе – «тест на субординацию»¹⁹¹.

¹⁹⁰ ВС РФ справедливо отмечает, что положения Обзора от 29.01.2020 о понижении очередности удовлетворения требований «не применяются в деле о банкротстве физических лиц», за исключением его п.п. 1 и 5 (см.: определения СКЭС ВС РФ от 26.07.2021 № 305-ЭС21-4424 по делу № А40-301015/2019, от 29.06.2021 № 305-ЭС20-14492(2) по делу № А40-192270/2018).

¹⁹¹ Следует сказать, что если в России по образцу зарубежных правовых порядков будет реализована идея о том, что требования кредиторов, по общему правилу, устанавливаются управляющим, то проводить «тест на мнимость» станет несколько сложнее, так как управляющий скорее всего будет формально относиться к своим полномочиям, поэтому остается тем не менее надежда на контроль суда (проект федерального закона № 598603-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» (в части уточнения порядка включения требований кредиторов в реестр)»).

Исходя из вышеизложенного, проблематика понижения в очередности подлежит обсуждению только в том случае, если аффилированный кредитор сумеет пройти первый рубеж – повышенный стандарт доказывания «вне разумных сомнений»¹⁹². Любое связанное с должником лицо при установлении своих требований в реестре требований кредиторов должно пройти сквозь «решето и сито» «теста на мнимость» и «теста на субординацию»¹⁹³. Поэтому контролирующим должника лицам целесообразно позаботиться о максимально точной фиксации обстоятельств предоставления соответствующего финансирования. Сведения о том, на какие цели были использованы соответствующие денежные средства, а также об имущественном положении должника в этот момент необходимо зафиксировать и сохранить на случай возникновения в последующем споров.

Итак, можно отметить, что и здесь российский правопорядок проделал существенные шаги в пользу защиты интересов независимых кредиторов. Однако связанные с должником лица имеют потенциальный шанс преодолеть оба изложенных теста, что создает почву для третьего рубежа столкновения интересов внешних и внутренних кредиторов, а именно – голосование на собраниях кредиторов.

Отличительной особенностью российского банкротного права на сегодняшний день является довольно существенное влияние конкурсных кредиторов на принятие ключевых решений в деле о несостоятельности¹⁹⁴. Глобально существует также модель, когда влияние кредиторов на процедуру

¹⁹² В частности, хорошо видно, как в некоторых делах связанные с должником лица не преодолевают даже «тест на мнимость» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 17.06.2020 № 310-ЭС18-12776(2) по делу № А68-7860/2016).

¹⁹³ Следует обратить внимание, что в руководстве ЮНСИТРАЛ также не исключается необходимость особого отношения к требованиям связанных с должником лиц, в том числе в части лишения их права голоса по выбору управляющего (см.: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York. 2005. P. 262, 263, 266, 274–276).

¹⁹⁴ В частности, к компетенции собрания кредиторов отнесены принятие в деле таких судьбоносных решений, как определение порядка продажи имущества должника (п. 1.1 ст. 139 Закона о банкротстве) и выбор арбитражного управляющего или саморегулируемой организации, из членов которой арбитражным судом утверждается арбитражный управляющий (абзац 6 п. 2 ст. 12 Закона о банкротстве).

минимально и они играют маргинальную роль – все ключевые решения принимает управляющий, а его назначение отнесено к компетенции суда. Такая модель, конечно, может быть эффективна при условии обеспечения должного уровня добросовестности, профессионализма, а главное, независимости управляющего¹⁹⁵. Ситуация в России, возможно, обусловлена именно этим – нет уверенности, что управляющие будут действительно вне более жесткого контроля кредиторов действовать в их интересах.

В целом же российское регулирование можно отнести к правовым порядкам с сильнейшим влиянием кредиторов на процедуру¹⁹⁶. Это обуславливает и большую роль собрания кредиторов. Обсуждая потенциальный конфликт интересов внешних и внутренних кредиторов при голосовании на собраниях, необходимо различать голосование за реабилитационную процедуру (план реструктуризации) и голосование по иным вопросам. На сегодняшний день единственной работающей реабилитационной процедурой, как уже отмечалось, является мировое соглашение. Особых правил относительно голосования связанных с должником лиц за такую процедуру в Законе о банкротстве не предусмотрено. Между тем в мировой практике, как правило, они либо вовсе не голосуют за реабилитационную процедуру, либо голосуют в рамках обязательно формируемого соответствующего класса кредиторов¹⁹⁷. Иначе возможны манипуляции при голосовании за такой план в ущерб внешним кредиторам связанными с должником лицами, особенно если последние составляют большинство. Формирование классов кредиторов при голосовании за

¹⁹⁵ См.: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York. 2005. P. 191.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ См.: *Stanghellini L., Mokal R., Paulus C.G., et al.* Best Practices in European Restructuring – Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law. Milan, Wolters Kluwer. 2018. P. 189; UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York. 2005. P. 223; Директива ЕС о механизмах превентивной реструктуризации от 20.06.2019 (*Directive (EU) 2019/1023 of European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency)*) (далее – Директива ЕС) позволяет лишить связанных с должником кредиторов права голоса при голосовании за план реструктуризации, что отнесено к компетенции стран-участниц (п. 3 ст. 9).

реабилитационные процедуры обусловлено необходимостью выслушивать позиции различных кредиторов, объединенных общими экономическими интересами. То есть для банкротства интересна не только позиция каждого отдельного кредитора, но и позиция кредиторов исходя из их экономической, социальной и иной подоплеку взаимоотношений с должником.

ВС РФ, столкнувшись с такой проблемой в условиях отсутствия регулирования в законодательстве, прибег к такому часто используемому им приему, как перенос на связанного с должником лица бремени доказывания обоснованности плана¹⁹⁸. Понятно, что на самом деле перенос бремени доказывания – это часто предопределение того, кто проиграл спор. Это определенная подмена, и в норме решение должно быть следующее: связанные с должником кредиторы не должны иметь право голоса до возможных изменений законодательства, связанных с формированием классов кредиторов при голосовании за реабилитационную процедуру.

Если в реабилитационных процедурах возможно решение, когда связанные с должником кредиторы будут иметь право голоса в рамках соответствующего класса кредиторов, то при голосовании по иным вопросам компетенции общего собрания кредиторов решение должно быть однозначным – такие кредиторы не должны иметь право голоса¹⁹⁹.

На сегодняшний день особую остроту вызывает конфликт интересов при голосовании по таким вопросам, как избрание конкурсного управляющего и определение порядка продажи имущества должника.

¹⁹⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 17.05.2016 № 305-ЭС16-1045 по делу № А40-95123/2014.

¹⁹⁹ Как, в частности, отмечается в докладе Азиатского банка развития: «При любой системе голосования важно убедиться, чтобы правом голоса не манипулировали и чтобы права подлинных кредиторов не нарушались и не ущемлялись правом голоса лиц, связанных с должником. Их обычно называют инсайдерами – это лица, которые имеют тесные связи и отношения с должником, его директорами, менеджерами, владельцами и участниками (акционерами). Закон должен гарантировать, что права таких коммерческих кредиторов не были нарушены, иначе они будут полностью разочарованы в процедуре.» (Law and Policy Reform at the Asian Development Bank. Asian Development Bank. P. 43. URL: <http://www.asianlii.org/asia/other/ADBLPRes/2000/1.pdf> (дата последнего обращения: 19.07.2017)).

ВС РФ в п. 12 Обзора от 29.01.2020 отметил, что связанные с должником лица не должны голосовать по вопросу избрания конкурсного управляющего, поскольку они имеют общий с должником интерес, отличный от интереса независимых кредиторов. Кроме того, такой вывод был подкреплён исходя из телеологического толкования п. 2 ст. 126 Закона о банкротстве, в соответствии с которым с даты принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства прекращаются полномочия руководителя должника, иных органов управления должника и собственника имущества должника – унитарного предприятия. Очевидно, что законодатель считает, что с момента введения конкурсного производства возможность влияния на ход процедуры владельцев бизнеса должна быть исключена и перейти в руки независимого управляющего (п. 1 ст. 129 Закона о банкротстве). Если связанные с должником кредиторы будут иметь право голоса по вопросам избрания конкурсного управляющего, цели приведенной нормы не будут достигаться.

Следует обратить внимание на то, что отсутствие права голоса не ставится в зависимость от субординации требований таких кредиторов (прохождения «теста на субординацию»)²⁰⁰.

На этом российская судебная практика пока остановилась в своем пути, не решившись пойти дальше. Более того, ВС РФ сформулировал довольно небесспорный вывод о том, что «...само по себе нахождение в реестре требований

²⁰⁰ Это довольно нетипичное решение, так как большинство правопорядков, как правило, исходят из того, что если требования кредитора не субординированы, то ограничивать его право голоса на собраниях кредиторов не имеется оснований (Германия, Австрия). В то же время в отдельных случаях в Германии конкретный кредитор может быть ограничен в праве голоса судом (*Stimmrechtsverbot*), если будет выявлен конфликт интересов (*Interessenkollision*) (см.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 77. Rn. 11. S. 878, 879 (автор комментария – *R. Preß*)). Это случаи, когда существует риск получения кредитором особого преимущества в результате такого голосования. Вместе с тем, в отличие от российского права, в Германии конкурсные кредиторы не могут предлагать кандидатуру управляющего, поскольку он утверждается судом самостоятельно из предварительных списков и должен быть независим как от кредиторов, так и от должника (см.: *Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht*. 8, überarbeitete Auflage. Tübingen, 2017. S. 29, 30). Некоторым правопорядкам (Литва, Латвия), однако, известен подход, в соответствии с которым право голоса кредиторов аффилированных лиц ограничивается, но субординация требований таких кредиторов не предусматривается (см.: *Schihalejev M. Restrictions on the participation of debtor-related creditors in bankruptcy proceedings: is there a need for a new approach in Estonian law? International Comparative Jurisprudence*. 2018. Vol. 4. No 1. P. 52–65).

кредиторов аффилированного с должником лица не влечет для независимых кредиторов негативных последствий и не является противозаконным...»²⁰¹. Однако эту позицию, на наш взгляд, следует понимать ограничительно, поскольку в деле было установлено, что количество голосов связанного с должником кредитора в результате покупки права требования в процедуре составляет не более 10 %²⁰². В таком случае негативные последствия для независимых кредиторов, действительно, могут быть сведены к минимуму. Но если число голосов составляет 50 % и более, то такого кредитора следует лишать права голоса в процедуре по всем вопросам повестки общего собрания кредиторов.

Контролирующие должника лица, имеющие обязательственные требования к должнику, не должны голосовать по вопросу определения порядка продажи имущества должника, так как и в этом случае возможны манипуляции в ущерб интересам сообщества внешних кредиторов посредством различных уловок (формирования лотов, правил публикаций о торгах и т. п.)²⁰³. Стоит ли говорить, что от успешной реализации имущества должника напрямую зависит удовлетворение требований независимых кредиторов, поэтому допущение возможности голосования за определение порядка продажи связанных с должником кредиторов, которые имеют очевидный конфликт интересов, существенно снижает эффективность процедуры торгов²⁰⁴.

Таким образом, на третьем рубеже столкновения интересов внешних и внутренних кредиторов – голосовании на собраниях кредиторов – российский

²⁰¹ Определение СКЭС ВС РФ от 20.08.2020 № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017.

²⁰² См.: *Шайдуллин А.И.* Субординация текущих требований и требования аффилированного лица, приобретенного им у независимого кредитора в процедурах банкротства. О деле, переданном на рассмотрение Верховного Суда РФ. // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/02/subordinaciya_tekuschih_trebovanij_i_trebovaniya_affilirovannogo_lica_priobreyonnogo_im_u_nezavisim?fbclid=IwAR39XBpu4O-tCENphyeVjzqaP3EуAFOPvvvvaT0c3ir_nSiAqoa8-Xd_ueM (дата последнего обращения: 02.08.2020).

²⁰³ См., напр.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 21.07.2016 по делу № А60-10706/2015; Второго арбитражного апелляционного суда от 09.08.2016 по делу № А28-10770/2014.

²⁰⁴ И.В. Разумов отмечает, что в целом лишение контролирующих должника лиц права голоса желательно, но это нельзя определить через судебное толкование (см.: *Разумов И.В.* «Институт банкротства экономически неэффективен»: интервьюеры А.Н. Верещагин, В.Б. Румак // Закон. 2020. № 9. С. 8–20).

правопорядок остановился пока на полпути: ограничив права голоса связанных с должником кредиторов по вопросу выбора конкурсного управляющего, не решился пойти дальше. Полагаем, что это вопрос лишь времени, когда придется довести данную проблему до ее логического решения и однозначно разрешить конфликт в пользу подлинных кредиторов.

К сожалению, половинчатое решение предлагается и в законопроекте о реструктуризации в банкротстве (далее – Законопроект)²⁰⁵. Прежде всего, Законопроект предлагает однозначно исключить влияние кредиторов, в том числе внешних, на процесс назначения управляющего, перейдя полностью на случайную выборку (ст.ст. 44.1, 44.2, 45 Закона о банкротстве в редакции Законопроекта). Кроме того, в абзаце 2 п. 1 ст. 12 Закона о банкротстве предусмотрено, что кредиторы, являющиеся заинтересованными лицами по отношению к должнику, не имеют права голоса на собрании кредиторов, за исключением случаев, предусмотренных п. 2.1 ст. 15 и п. 2 ст. 150 Закона о банкротстве (в редакции Законопроекта). Если кредитор при заявлении требования скрыл факт своей заинтересованности по отношению к должнику, то он лишается права голоса полностью.

Прежде всего исключение касается голосования за заключение мирового соглашения: связанные с должником кредиторы голосуют в рамках отдельного класса кредиторов, связанных с должником. При этом предусмотрено три класса кредиторов: 1) кредиторы, обеспеченные залогом, 2) внешние кредиторы и 3) кредиторы, связанные с должником. Все классы кредиторов должны одобрить соглашение большинством голосов, возможность преодоления несогласного класса кредиторов (*cross class cram-down*) не предусмотрена.

При голосовании по иным вопросам, в том числе об утверждении плана реструктуризации и порядка продажи имущества должника, связанные с должником кредиторы также голосуют в рамках отдельного класса кредиторов,

²⁰⁵ См.: проект федерального закона № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства)» (дата последнего обращения: 16.02.2022).

но в этом случае предусмотрено лишь два класса кредиторов: 1) связанные с должником кредиторы и 2) внешние кредиторы. Указанные классы кредиторов должны одобрить соглашение большинством голосов, возможность преодоления позиции несогласного класса кредиторов (*cross class cram-down*) тоже не предусмотрена. Более того, в данном случае указано, что если число голосов связанных с должником кредиторов меньше половины от общего числа всех кредиторов, то правила о голосовании по классам не применяются.

Голосование по классам за реабилитационную процедуру можно в целом поддержать при условии возможности преодоления несогласного класса кредиторов²⁰⁶, поскольку законодательство большинства стран устанавливает, что в таком случае их мнение следует учитывать. Однако данный порядок голосования едва ли может быть поддержан при голосовании за порядок продажи имущества должника: в этом случае влияние контролирующих должника лиц должно быть исключено. Законопроект в целом не допускает ситуации, когда такие решения будут приниматься связанными с должником лицами самостоятельно, что само по себе хорошо, но не исключает возможности блокирования решения внешних кредиторов, сохраняя тем самым почву для конфликта интересов. Отсутствие возможности преодоления позиции несогласного класса кредиторов (*cross-class cram-down*) и вовсе может завести голосование в тупик.

Таким образом, полагаем, что при установлении обязательственных требований контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности следует учитывать, что такие кредиторы могут возбуждать дело о банкротстве, но не могут предлагать временного управляющего. При формировании требований контролирующих лиц следует разделять проверку их обоснованности (реальность возникновения соответствующих обязательственных отношений) и понижение в очередности. При установлении таких требований в реестре кредиторов к ним предъявляются особые требования в части предмета и стандарта доказывания.

²⁰⁶ Например, согласно Директиве ЕС голосование кредиторов за план реструктуризации должно осуществляться по классам кредиторов (п. 2 ст. 9 Директивы ЕС). См. об этом подробнее § 5 главы 3 настоящей работы.

Контролирующие должника лица не должны иметь право голоса на общем собрании кредиторов.

§ 3. Понятие и правовые основания субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственного общества

Этимологически слово «субординация» (*subordinatio*) означает «подчинение», т. е. понижение в иерархии (очередности) реестра требований кредиторов одних кредиторов в отношении других.

Принято различать два основных вида субординации: договорную и обязательную (законную)²⁰⁷. Под договорной субординацией понимается соглашение, в силу которого одна из сторон (старший кредитор) имеет право потребовать от другой стороны, т. е. должника, исполнить свое обязательство перед ним раньше, чем обязательство перед младшим или субординированным кредитором²⁰⁸. Такое соглашение может заключаться как исключительно отдельными кредиторами между собой, так и с участием должника (внутренняя субординация). Кроме того, возможна абсолютная договорная субординация по соглашению кредитора с должником²⁰⁹.

В российском праве первые две вышеупомянутые модели договорной субординации (только между кредиторами и между кредиторами с участием должника) могут быть реализованы в рамках межкредиторского соглашения (ст. 309.1 ГК РФ). Однако видится, что никаких препятствий для абсолютной

²⁰⁷ См.: *Lazauskaitė R., Petroševičienė O.* The doctrine of subordination of shareholder loans as safeguard of creditors' rights and its development in Lithuania. *International Journal of Development and Sustainability*, 2(3), 2013. P. 1799–1801.

²⁰⁸ См.: *Wood P.R.* Project finance, securitisations, subordinated debt. London: Sweet and Maxwell. 2007. P. 177.

²⁰⁹ В Германии, например, такой случай специально урегулирован в § 39 Положения Германии о несостоятельности, где указано, что договорная субординация требования в банкротстве возможна на базе соглашения должника и кредитора в той мере, в которой требование, не подлежащее субординации (удовлетворяемое до субординированных кредиторов), становится в субординированную очередь. См.: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (FK-InsO)*. § 39. 7. Auflage. München. 2012. Rn. 14–15. S. 534 (автор комментария – *S. Schumacher*).

субординации требований кредитора на базе его соглашения с должником также не имеется.

Между тем в п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» разъяснено, что соглашение о порядке удовлетворения однородных требований кредиторов к должнику создает обязательства между кредиторами, но не меняет порядок проведения процедур и очередность удовлетворения требований кредиторов, установленные Законом о банкротстве. Иными словами, в данном случае фактически подчеркивается, что договорная субординация в банкротстве не применяется. По крайней мере, из этого с высокой вероятностью следует, что такое соглашение не связывает самого должника (конкурсного управляющего), даже если должник был его стороной.

Вместе с тем в практике ВС РФ есть ряд дел, в которых он вопреки вышеупомянутому разъяснению признает допустимость действия межкредиторского соглашения при банкротстве (договорная субординация). Так, в первом деле²¹⁰ в кредитных договорах должника с банком содержалось условие о том, что требования участников группы компаний должника перед банком не субординируются. Исходя из этого, ВС РФ отмечает, что «... включение такого условия может рассматриваться как действия, направленные на заключение впоследствии соглашения между кредиторами о порядке удовлетворения их требований к должнику (ст. 309.1 ГК РФ). Договорившись об этом, банк (и, как следствие, его правопреемник) согласился с тем, что требования участников группы компаний должника могут быть ему противопоставлены без возражений по мотиву необходимости понижения их очередности. При этом не имеется каких-либо оснований полагать, что данное условие договора не применяется в процедуре банкротства. Напротив, экономические мотивы урегулирования отношений подобным образом обусловлены, в первую очередь, возможным банкротством

²¹⁰ См.: определение СКЭС ВС РФ от 04.02.2019 № 304-ЭС18-14031 по делу № А81-7027/2016.

заемщика в будущем...»²¹¹. В данном случае стороны договорились о не субординации требований участника группы компаний, и ВС РФ указал, что такое соглашение имеет силу для должника и применяется в банкротстве.

В рамках второго дела²¹² было установлено, что в обеспечение исполнения обязательств должника по договору кредитной линии банком был заключен договор залога векселей, эмитированных самим же должником, с компанией, также являющейся кредитором должника. ВС РФ в такой ситуации указал, что «...подобное структурирование отношений предполагает, что долг перед компанией по векселю не будет уплачен ранее долга перед банком, в результате чего банк фактически начинает контролировать долговую нагрузку на должника со стороны иных кредиторов (векселеполучателей), предоставивших обеспечение. Соответственно, гарантия исполнения обязательства по кредиту увеличивается в связи с тем, что внутри отношений банка и выдавшего обеспечение кредитора (залогодателя) удовлетворение из относительно ограниченного имущества должника будет предоставлено сначала банку, а затем иным кредиторам. Следовательно, требование залогодателя фактически субординируется по отношению к требованию банка (применительно к правилам ст. 309.1 Гражданского кодекса Российской Федерации)»²¹³.

Таким образом, изначально негативное отношение судебной практики к договорной субординации начинает корректироваться в пользу ее допустимости при условии, если тем самым не нарушаются права иных кредиторов должника.

Доктрина обязательной (законной) субординации²¹⁴ означает, что требования кредитора понижаются в очередности удовлетворения правопорядком против его воли исходя из каких-либо политико-правовых причин. По законодательству России, помимо прочего, субординируются по отношению ко всем иным кредиторам должника с помещением таких требований в отдельную

²¹¹ Там же.

²¹² См.: определение СКЭС ВС РФ от 13.03.2020 № 308-ЭС19-17398(2) по делу № А32-27828/2015.

²¹³ Там же.

²¹⁴ Далее, если иное прямо не указано в тексте настоящей работы, под термином «субординация» понимается обязательная (законная) субординация.

подчиненную очередность в рамках дела о банкротстве требования опоздавших кредиторов, реституционные требования контрагентов по сделке, у которой имеются признаки, установленные п. 2 ст. 61.2 и п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве, кредиторов из первоначального предоставления, санкций и требований о взыскании упущенной выгоды и т. д.

Впервые в российском праве субординация была закреплена в п. 3.1. Обзора от 29.01.2020, в котором указано, что при определенных условиях требования контролирующих должника и аффилированных с ним лиц помещаются в отдельную очередь субординированных требований – «предшествующую распределению ликвидационной квоты». Напомним, что ранее действовавшая судебная практика исходила из переквалификации требований контролирующих лиц, что не является субординацией в истинном смысле слова²¹⁵.

Если договорная субординация – это свободная воля кредиторов, заключивших соответствующее межкредиторское соглашение, то субординация применяется в силу закона вне зависимости от воли кредиторов (*ex officio*). В этой связи возникает чрезвычайно важный вопрос: насколько обосновано такое понижение в очередности?

В российской и зарубежной доктрине развернулась широкая дискуссия в поиске *ratio legis* идеи необходимости субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц.

Как отмечается в зарубежной литературе, американская доктрина, в отличие от немецкой, особо не погружалась в поиск политико-правовых обоснований субординации, объясняя ее более практичными и прагматичными мотивами²¹⁶.

Рассмотрим основные доводы, которые приводятся в пользу необходимости субординации, а затем – ключевые критические замечания против такого решения.

1. Аргументы в пользу субординации:

1.1. Ответственность за последствия финансирования (Finanzierungsfolgenverantwortung).

²¹⁵ См.: определение СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014.

²¹⁶ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 148.

Этот аргумент (или политико-правовая идея) является наиболее популярным в литературе и судебной практике Германии (особенно до принятия в 2008 г. Закона Германии о модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и о борьбе со злоупотреблениями (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*) (далее – Закон о модернизации))²¹⁷. В частности, ВС Германии проиллюстрировал данную идею следующим образом: «...это ответственность участника за надлежащее финансирование бизнеса, которое позитивно не обязывает участника компенсировать недостаточную капитализацию общества во время кризиса, но предполагает, что участник не может фактически предоставлять в наименее рискованной форме финансирования замышленную им финансовую помощь, вместо предоставления в виде увеличения объективно необходимого собственного капитала, в ущерб кредиторам...»²¹⁸. Иными словами, если контролирующее лицо довело хозяйственное общество до кризиса, то оно не может компенсировать свои неудачи путем предоставления займов и т. п.

Отмечается, что сама по себе такая обязанность, будучи никак не формализованной, следует из «неписаных правил надлежащего финансирования бизнеса» («*ungeschriebene Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung*»). Таким образом, при наступлении кризиса общества участник должен либо ликвидировать бизнес, либо увеличить собственный капитал, т. е. использовать рискованный способ финансирования (*Risikokapital*). Законодатель не допускает возможности выбора участником третьего пути – финансирования посредством займов и иных гражданско-правовых сделок. Однако эта теория не позволяет прямо ответить на вопрос о том, почему законодатель считает третий путь предосудительным.

К. Шмидт считает, что это вытекает из соответствующей общей поведенческой обязанности участника (*allgemeine Verhaltenspflichten der*

²¹⁷ Аргумент довольно часто звучал в решениях ВС Германии (см., напр.: BGH Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83).

²¹⁸ BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83.

Gesellschafter), которая в законодательстве прямо не закреплена²¹⁹. Этот аргумент выводит исключение из принципа свободы финансирования компании путем обращения к неписаным правилам и общим поведенческим обязанностям участника. В немецкой литературе указывают, что по умолчанию участник свободен в выборе инструмента финансирования своей компании (*Finanzierungsfreiheit grundsatz*)²²⁰ – как в целом по вопросу о необходимости финансирования общества (в том числе размера), так и по вопросу выбора инструмента финансирования. В данном случае предполагается, что такая свобода отсутствует при финансировании в условиях кризиса общества²²¹.

Именно за это обнаружившееся почти сразу слабое место данная теория подверглась критике, поскольку она не дает объяснения феномену капиталозамещения, а имеет описательный характер (*beschreibender Natur*)²²². Х. Эйденмюллер называет эту теорию «простым утверждением»²²³.

Одним из основных идеологов этой теории в Германии является Р. Борк. Однако его позиция (как и других сторонников этой идеи) пошатнулась после принятия Закона о модернизации в 2008 г., когда условие кризиса общества было исключено из закона, поскольку вышеуказанное объяснение не совсем подходило в условиях измененного законодательства²²⁴. Тем не менее Р. Борк вышел из сложившейся ситуации, отметив, что теперь в законодательстве закреплена, с его точки зрения, неопровержимая презумпция наличия кризиса (*praesumptio iuris et de iure*), если общество финансируется посредством займов контролирующих лиц. По его мнению, законодатель отказался от категории кризиса общества только для

²¹⁹ См.: *Schmidt K.* Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts? In: *GmbH-Rundschau*. 2005. S. 797, 798.

²²⁰ См.: *Baumbach A., Hueck A.* GmbHG § 5 Stammkapital. Geschäftsanteil, GmbH-Gesetz. 21. Auflage. München. C.H. Beck. 2017. S. 5–6 (автор комментария – *Fastrich L.*); *Roth G.H., Altmeyden H.* GmbHG § 30. 8. Auflage. München. C.H. Beck. 2015. S. 18 (автор комментария – *Altmeyden H.*).

²²¹ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 75.

²²² См.: *Cahn A.* Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz. Die Aktiengesellschaft. 2005. S. 217, 218.

²²³ См.: *Eidenmüller H.* Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz In: *Festschrift fuer Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. Band II. München. C.H. Beck. 2007. S. 49–54.

²²⁴ См.: *Huber U.* Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda. In: *Festschrift Priester*. Köln. 2007. S. 259–284.

того, чтобы упростить правоприменение и избавить суды от необходимости проверять, находилось общество в кризисе или нет на момент предоставления займа. Р. Борк считает, что это основной регулятивный мотив (*Regelungsmotiv*) законодателя²²⁵. Он объясняет это следующим образом: «В случае если корпорация нуждается в деньгах (финансировании), обычно она получает ее на рынке. Общество, получая заем у участника корпорации (или у аффилированного лица), а не на рынке, тем самым создает неопровержимую презумпцию того, что корпорация находится в «кризисе» и что ей срочно необходим собственный капитал [*Eigenkapital* – А.Ш.], и заем участника поэтому заменяет этот собственный капитал»²²⁶. Аналогичного мнения придерживаются Х. Альтмеппен²²⁷, У. Хаас²²⁸, Г. Хельцле²²⁹.

Приведенные аргументы в целом исходят из единой посылки, что законодатель намерен предотвратить заемное финансирование контролирующими лицами фактически несостоятельного общества. Однако они довольно часто подвергаются критике, в том числе в основных комментариях к Положению Германии о несостоятельности, поскольку их считают достаточно искусственно сконструированными²³⁰. Представляется, что отстаиваемая Р. Борком идея неопровержимой презумпции является довольно странной, поскольку неясен ее смысл, если она не может быть опровергнута. В целом создается впечатление попытки «подгона» законодательного регулирования под конкретную идею, а не наоборот.

²²⁵ См.: *Bork R.* Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts? In: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 2007. S. 250–257; *Hamburger Kommentar zur InsO*. Münster, 2012. § 39. Rn. 19.

²²⁶ *Bork R.* Op. cit. S. 250.

²²⁷ См.: *Altmeyden H.* Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis. In: *Neue Juristische Woche*. 2008. S. 3601–3607; *Hamburger Kommentar zur InsO*. Münster, 2012. § 39. Rn. 19; *Roth G.* *Altmeyden H.* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 7. Auflage. München. C.H. Beck. 2012.

²²⁸ См.: *Haas U.* Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG. *ZInsO*. 2007. S. 617–629.

²²⁹ См.: *Hölzle G.* Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG? In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, S. 1939–1948.

²³⁰ См.: *Hamburger Kommentar zur InsO*. Münster. 2012. § 39. Rn. 19.

К. Шмидт, соглашаясь с тем, что идея неопровержимой презумпции несостоятельна, в обоснование своей аргументации говорит, что контролирующие лица ближе остальных находятся к обществу-заемщику (*näher dran*) и в силу своего положения являются «прирожденными инвесторами» своего общества («*geborenen Investoren*»)²³¹. На это ему отвечали тем, что по его логике контролирующие лица должны отвечать за любую недостаточную капитализацию, что подорвало бы вовсе идею ограниченной ответственности²³². Таким образом, К. Шмидт объясняет субординацию займов довольно расплывчатым тезисом близости к должнику²³³.

Многие ученые считают, что эти аргументы в Германии могли использоваться только в условиях дореформенного (до 2008 г.) регулирования, т. е. при наличии критерия кризиса. В Австрии согласно пояснительным материалам к Закону о замещении капитала данная идея стала одним из основных мотивов для закрепления в законодательстве соответствующих правил²³⁴.

Но вместе с тем примечательно, что ВС Германии в 2013 г. указал, что новое регулирование гармонирует с идеей ответственности за последствия финансирования (*Finanzierungsfolgenverantwortung*)²³⁵. Более того, ВС Германии в своей более современной практике (2019 г.) объясняет это следующим образом: «Финансирование общества для осуществления основной деятельности участником (акционером) за счет собственных средств косвенно приносит ему пользу благодаря его положению в качестве участника (акционера) такого общества. Если бы такой участник (акционер) осуществлял эту деятельность сам, то вложенные им в бизнес средства были бы потеряны в случае его неплатежеспособности. § 39 абзац 1 Положения Германии о несостоятельности

²³¹ См.: *Schmidt K.* Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. In: *GmbH-Rundschau*. 2009. S. 1009.

²³² См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 156.

²³³ Ibid. S. 1009, 1016.

²³⁴ См.: Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 – GesRÄG 2013) URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II_02356/index.shtml (дата последнего обращения: 22.08.2020).

²³⁵ См.: BGH Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12.

предписывает, что то же самое происходит и в случае несостоятельности «его» общества, постольку и в той мере, в какой участник (акционер) финансирует основную деятельность общества, и если соответствующее финансирование не было истребовано им за периодами сроков для оспаривания. Таким образом, участник (акционер) несет ответственность за последствия финансирования [*Finanzierungsfolgenverantwortung* – А.Ш.], а также в результате сохраняется баланс рисков между участниками (акционерами) и другими [независимыми – А.Ш.] кредиторами...»²³⁶.

В целом похожей идеологии придерживается и ВС РФ в п. 3 Обзора от 29.01.2020, в котором разъясняется, что в условиях имущественного кризиса контролирующее лицо должно подать заявление о собственном банкротстве либо увеличить собственный капитал, иначе риски финансирования в виде субординации будут переложены на такое лицо. Аналогичный упрек здесь возможен и в адрес ВС РФ: неясно, чем обусловлена такая предписываемая контролирующему лицу модель поведения. В ст. 9 Закона о банкротстве она прямо не предусмотрена, в отличие, например, от правил о субсидиарной ответственности в случае неподдачи заявления о собственном банкротстве (ст. 61.12 Закона о банкротстве). ВС РФ фактически выводит ее путем толкования. Иначе говоря, ВС РФ так же, как в Германии, формулирует некие поведенческие обязанности контролирующего лица в условиях имущественного кризиса (ликвидировать или финансировать, принимая риски на себя), основания которых остаются не до конца очевидными, а потому уязвимы к критике.

1.2. Стимулирование более раннего открытия процедуры.

В Австрии в пояснительных материалах к Закону о замещении капитала подчеркивается, что «...эти положения косвенно направлены на обеспечение своевременного открытия процедур несостоятельности. Контролирующее лицо, прежде чем предоставлять заем (кредит), будет тщательно проверять, насколько высоки шансы санации общества, если введение процедуры несостоятельности

²³⁶ BGH Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGH Urt. v. 14.02.2019 – IX ZR 149/16.

не даст права пропорционального удовлетворения своих требований...»²³⁷. Аналогичный по существу аргумент использовался также ВС Германии²³⁸.

Таким образом, косвенно стимулируется более ранняя подача заявления о собственном банкротстве²³⁹. Иначе, как отмечает ВС Германии, фактически продлевается борьба с неизбежной «смертью» (*Verlängerung des «Todeskampfs»*)²⁴⁰. Известная аксиома банкротства звучит так: чем позже будет возбуждено дело о банкротстве при появлении соответствующих оснований, тем меньше шансов у независимых кредиторов на удовлетворение своих требований. Это может объясняться снижением ликвидности имущества за время безосновательного продолжения деятельности, увеличением обязательств перед кредиторами, появлением времени для попыток реализации мошеннических операций и т. д.

Обращает на себя внимание интересный контрдовод В. Мейлике на указанный аргумент: «...цель своевременного открытия процедур несостоятельности была бы достигнута с бóльшим успехом, если бы не было субординации требований участников (контролирующих лиц) при банкротстве. Действительно, если бы участник-кредитор, который признает неудачу в санации общества путем предоставления займа, был бы признан равным кредитором, у него существовал бы большой интерес к подаче заявления о несостоятельности, чтобы сохранить для себя все возможное. Таким образом, он защитил бы конкурсную массу для всех, в том числе для внешних кредиторов. Субординация требований препятствует этому и побуждает участника-кредитора идти ва-банк, поскольку, подав заявление о собственном банкротстве, он ничего не сможет сэкономить

²³⁷ Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

²³⁸ См.: BGH Urt. v. 16.10.1989 – Az. II ZR 307/88.

²³⁹ Как очень точно отмечает Г.Ф. Шершеневич: «...редко встречаются случаи, когда лицо, находящееся в таком положении, прямо и добросовестно откроется своим кредиторам. Напротив, большинство обнаружит стремление отвлечь наступление страшного события всевозможными средствами. Начинается борьба из-за существования...» (*Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М.: Статут, 2000. С. 264–230*).

²⁴⁰ См.: BGH Urt. v. 16.10.1989 – Az. II ZR 307/88, BGH Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91.

и, следовательно, ему нечего терять, если заявление не будет подано вовремя...»²⁴¹. Его позиция между тем осталась в меньшинстве в Германии. Нам этот аргумент также не кажется убедительным, поскольку стимул сохранения для себя возможности участия в деле о банкротстве с неясным количеством внешних кредиторов и туманными перспективами получения удовлетворения едва ли будет иметь действенный эффект по сравнению с стимулом попытаться спастись путем предоставления дополнительного финансирования или попросту вывести активы из-под взыскания кредиторов.

Отмечает этот аргумент также С.Л. Будылин, указывая, что главным последствием введения правил о понижении в очередности займов участников юридического лица является ускоренное банкротство финансово неустойчивых компаний²⁴². И.В. Кокорин подчеркивает, что отсрочка подачи заявления о банкротстве приведет к общему нарастанию кредиторской задолженности²⁴³. Субординация лишает участников стимула преследовать неэффективные или слишком рискованные попытки восстановить прибыльность²⁴⁴.

Вместе с тем, в частности, М. Гельтер и Ю. Рот по результатам своих исследований приходят к выводу, что, несмотря на определенные стимулы, которые привносят правила субординации займов, последние влекут как «ошибки первого типа» («*type I error*») – продолжение существования неэффективных компаний, так и «ошибки второго типа» («*type II error*») – ликвидация эффективных компаний²⁴⁵.

И.В. Разумов в этой связи обращает внимание на то, что «... нужно понимать, что полезно для экономики России. Если ей полезнее финансирование в кризис, то законодатель должен ограничить субординацию в каких-то случаях, освободить финансирующее лицо от соответствующих рисков. Если же мы считаем наиболее

²⁴¹ Meilicke W. Op. cit. S. 225–236.

²⁴² См.: Будылин С.Л. Субординация займов акционеров: Так говорил Заратустра // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2018/4/24/subordinaciya_zajmov_akcionerov_tak_govoril_zaratustra (дата последнего обращения: 11.08.2020).

²⁴³ См.: Кокорин И.В. Указ. соч.

²⁴⁴ Там же.

²⁴⁵ См.: Gelter M. Roth J. Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective. 2007. Journal for Institutional Comparisons. Vol. 5. № 2. P. 40–47.

типичной ситуацию, когда финансирование в кризис не приводит к восстановлению платежеспособности, собственник довольно часто приходит к выводу, что вкладывать дальше бессмысленно и надо забрать то, что было вложено раньше, противопоставив свое требование кредиторам, и эта ситуация наносит ущерб экономике в целом, то законодатель должен пойти по пути выбора модели рисков либо полной субординации...»²⁴⁶.

В целом соглашаясь с этим тезисом, надо отметить, что установить то, «что полезно для экономики России», крайне затруднительно, поскольку достоверной статистики восстановления платежеспособности в случае финансирования общества контролирующими лицами не имеется (и вряд ли ее можно получить).

Более того, понижение в очередности не запрещает попытки спасения бизнеса, поэтому если он действительно эффективен, то крайне маловероятно, что субординация всерьез способна отпугнуть контролирующее лицо, учитывая высокий уровень оптимизма любого коммерсанта, поэтому она не исключает полезность финансирования хозяйственного общества. Субординация создает лишь дополнительные риски для спасения бизнеса, а значит, это должно заставить контролирующее лицо более тщательно проверять, насколько высоки шансы санации общества, и сдерживать его от необоснованных попыток спасения. На наш взгляд, предложения возложить на суд необходимость оценить, насколько бизнес был эффективным, как предлагают некоторые ученые, нельзя поддерживать, так как это абсолютно неподъемная задача²⁴⁷.

В п. 3 Обзора от 29.01.2020 разъясняется, что субординация обусловлена тем, что контролирующее лицо, которое пытается вернуть подконтрольное общество, пребывающее в состоянии имущественного кризиса, к нормальной предпринимательской деятельности посредством предоставления ему компенсационного финансирования, принимает на себя все связанные с этим риски, которые не могут перекладываться на других кредиторов (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

²⁴⁶ Разумов И.В. Указ. соч.

²⁴⁷ См.: Verse D.A. Shareholder Loans in Corporate Insolvency – A New Approach to an Old Problem. German Law Journal. 2008. P. 1115.

Таким образом, довод ВС РФ состоит в том, что контролирующие лица, которые имеют возможность влиять на развитие бизнеса, в случае доведения общества до кризисной ситуации не должны компенсировать недостаточность капитала путем предоставления займов, а должны либо подать заявление о его банкротстве (п. 1 ст. 9 Закона о 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.

Учитывать этот аргумент крайне важно, поскольку, например, именно основываясь на нем, ВС РФ справедливо отмечает, что правила о субординации не подлежат применению в делах о банкротстве физических лиц²⁴⁸.

Однако в ситуации глобальных метаморфоз в экономике, например, таких, как ограничительные меры, связанные с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19), введением международных санкций, этот аргумент может отступать, поскольку стимулирование быстрого открытия процедур в таком случае нежелательно для правопорядка²⁴⁹. Наоборот становится актуальным поддержание ликвидности компаний²⁵⁰.

В России о стремлении максимально поддержать компании свидетельствует введение моратория, в том числе в части обязанности подачи заявления

²⁴⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 26.07.2021 № 305-ЭС21-4424 по делу № А40-301015/2019.

²⁴⁹ В частности, в Австрии в рамках пакета мер, принятых 04.04.2020, было предусмотрено, что займы участников не субординируются в соответствии с Законом о замещении капитала, если: (1) заем предоставляется с 01.04.2020 по 30.06.2020 и (2) на срок не более 120 дней (URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2020_I_24/BGBLA_2020_I_24.pdfsig, дата последнего обращения: 20.05.2020). Аналогично в Германии займы участников не субординируются в делах о несостоятельности должников, заявление о возбуждении которых были поданы до 30.09.2020 в связи с пандемией COVID-19 (URL: <https://bankruptclub.ru/2020/04/04/закон-о-моратории-германия>, дата последнего обращения: 20.05.2020).

²⁵⁰ См.: *Gurrea-Martínez A.* Op. cit.; *Курбанов Б.* Законопроект о моратории на банкротство: несколько замечаний по существу // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/30/zakonoproekt_o_moratorii_na_bankrotstvo_neskolko_zamechanij_po_suschestvu?fbclid=IwAR2jPmClSd_RtWdKWoc3IVMk3OU6TxJuSCyTtqd1Zgh-VIL_AinKBPDm14Ho (дата последнего обращения: 20.05.2020).

о собственном банкротстве²⁵¹. Однако законодатель не исключает возможности подачи в период действия такого моратория заявления должника о признании его банкротом. Поэтому полагаем, что данные положения направлены на то, чтобы обеспечить возможность поддержания нормальной деятельности общества, которое действительно пострадало в связи чрезвычайными обстоятельствами, послужившими основанием для введения моратория, а также реализации им экономически обоснованного плана по преодолению возникшей неплатежеспособности в связи с такими обстоятельствами²⁵².

Из этого исходит и ВС РФ, отмечая в п. 12 постановления Пленума ВС РФ от 24.12.2020 № 44 «О некоторых вопросах применения положений ст. 9.1 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», что исходя из цели введения моратория, положений пп. 1 п. 3 ст. 9.1 Закона о банкротстве по делам о банкротстве, возбужденным в трехмесячный срок, очередность удовлетворения требования о возврате финансирования, предоставленного должнику контролирующим его лицом в период действия моратория, не понижается, а определяется по общим правилам ст. 134 Закона о банкротстве. Помимо прочего, ВС РФ в данном случае специально подчеркивает, что требования контролирующих лиц не субординируются, если дело возбуждено в трехмесячный срок после истечения срока моратория, т. е. если имущественный кризис и банкротство были вызваны именно обстоятельствами, послужившими основанием для введения моратория.

Хотя мы в целом согласны с изложенным аргументом, нам кажется, что не следует слепо концентрироваться лишь на стимулах, порождающих

²⁵¹ Например, Правительством РФ приняты постановления от 03.04.2020 № 428 «О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов в отношении отдельных должников», от 28.03.2022 № 497 «О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлениям, подаваемым кредиторами». В период действия указанных мораториев согласно пп. 1 п. 3 ст. 9.1 Закона о банкротстве приостанавливаются обязанности должника и иных лиц, предусмотренные ст. 9 и п. 1 ст. 213.4 Закона о банкротстве.

²⁵² См.: *Куготова Е.Д.* Субординация требований кредиторов должника по сделкам, совершенным в условиях моратория на возбуждение дел о банкротстве // Реформирование института несостоятельности (банкротства) в современной России: проблемы правовой эффективности: монография, коллектив авторов. / МГУ им М.В. Ломоносова; отв. ред. С.А. Карелина, И.В. Фролов. М.: Юстицинформ, 2021. С. 194–209.

соответствующее регулирование. В реальности контролирующие лица (предприниматели) подвержены эффекту «сверхоптимизма»²⁵³, поэтому введение правил о понижении в очередности требований контролирующих лиц может не привести, как это подразумевается в теории, к качественным сдвигам в вопросе своевременности открытия процедур несостоятельности. Поэтому это важный аргумент, но, как представляется, не ключевой. Иначе пришлось бы признать, что если эмпирические данные не подтверждают тезис о том, что правила о понижении в очередности обязательственных требований контролирующих лиц приводят к улучшению ситуации в части своевременности возбуждения дел о банкротстве, то от них следует отказаться.

Итак, суть аргумента заключается в том, что субординация обязательственных требований контролирующих должника лиц будет способствовать раннему открытию процедур несостоятельности. Эта цель достигается в силу того, что при субординации требований контролирующих лиц последние, учитывая возможную потерю средств, не станут рисковать напрасно. Из этого основания могут быть выведены исключения в ситуации глобальных метаморфоз в экономике, когда правопорядок заинтересован в максимальной поддержке продолжения деятельности всех предприятий.

1.3. Перенос финансовых рисков на кредиторов.

Этот аргумент использовался, в частности, в Германии в пояснительных материалах к законопроекту от 15.12.1977 «О внесении изменений в Закон об обществах с ограниченной ответственностью и другие торговые законы»²⁵⁴, где было указано, что кредитор-контролирующее лицо не может переносить риски капитализации своего общества на кредиторов последнего (*Risiko nicht durch eine Darlehensgewährung auf die Gesellschaftsgläubiger abwälzen*) и «соперничать» в конкурсных процедурах наравне со всеми кредиторами. ВС Германии также

²⁵³ См.: *Kapranetov A.G.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 70–73.

²⁵⁴ См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 15.12.1977. BT-Drucksache 8/1347. S. 39. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/08/013/0801347.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

отмечает, что такое лицо не должно подобным образом спекулировать в ущерб кредиторам за их спиной на основе своей лучшей информированности²⁵⁵.

Аргумент, по существу, заключается в том, что, предоставляя займы, контролирующее лицо извлекает выгоду путем перераспределения рисков в свою пользу в ущерб кредиторам. В случае внесения собственного капитала контролирующее лицо при успешности бизнеса может получить неограниченную прибыль (в виде дивидендов и т. д.), а в случае провала будет удовлетворяться в последнюю очередь и фактически ничего не получит. Внешнее финансирование дает теоретическую возможность изменить ситуацию. В результате контролирующее лицо сможет претендовать на активы общества наравне со всеми. Для третьих лиц-кредиторов увеличение их количества не является благоприятным обстоятельством, поскольку в результате пропорционально уменьшаются их шансы на получение вложенных средств. При этом еще более несправедливой выглядит ситуация в связи с тем, что контролирующее лицо, которое должно 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 них²⁵⁶.

Так, Апелляционный суд второго округа США (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*) рассуждает следующим образом: «Как контролирующие лица, так и кредиторы любого юридического лица рискуют провалом последнего, но при этом следует понимать, что их риски различны. Контролирующее лицо должно проигрывать в первую очередь, но взамен оно получают все выигрыши, если бизнес будет успешным. Кредиторы же получают только фиксированный доход, предусмотренный в договоре, но при распределении активов удовлетворяются в преимущественном по сравнению с участниками порядке. В этом состоит оптимальный баланс...»²⁵⁷. Вместе с тем, как отмечает суд: «...если контролирующие лица будут иметь возможность предъявлять свои требования при

²⁵⁵ См.: BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83.

²⁵⁶ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 183.

²⁵⁷ In *RE v. Loewer's Gambrinus Brewery Co.*, 167 F.2d 318 (2d Cir.1948).

банкротстве наравне с иными кредиторами, то они смогут использовать свое контролирующее влияние для того, чтобы в случае успеха бизнеса забрать все выигрыши, которые могут быть получены за счет их взносов, однако если бизнес провалится, они будут подвергать себя рискам, характерным только для кредиторов. Это несправедливо по отношению к внешним кредиторам независимо от того, знают ли они, что контролирующие лица корпорации-должника обладают этой властью: каждый кредитор справедливо полагает, что его риск измеряется общими требованиями иных кредиторов, и под кредиторами понимает только тех, кто, как и он, имеет оговоренную фиксированную сумму прибыли. Делить активы банкрота наравне с теми, кто имел все возможности извлечь неограниченную прибыль, означает переносить на кредиторов дополнительные риски...»²⁵⁸.

Полагаем, что этот довод является одним из самых весомых в пользу понижения в очередности займов. В российском праве он также имеет своих сторонников. Так, О.Р. Зайцев и Р.Т. Мифтахутдинов считают, что понижение в очередности займов участников юридических лиц является следствием справедливого распределения рисков между внешними и внутренними кредиторами, а не санкцией за их поведение²⁵⁹.

Аналогичный аргумент звучал в решениях ВС Австрии²⁶⁰. Он был использован и ВС РФ²⁶¹.

²⁵⁸ In RE v. Loewer's Gambrinus Brewery Co., 167 F.2d 318 (2d Cir.1948).

²⁵⁹ См.: Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-praktichesky_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruushih_kompaniu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii/ (выступление О.Р. Зайцева см. Часть 1. с 5:53 – 13:30, Р.Т. Мифтахутдинова – Часть 1. с 13:30 – 19:57; 37:30 – 38:30) (дата последнего обращения: 30.04.2019).

²⁶⁰ См.: OGH Urt. v. 08.06.2005 – 7 Ob 288/04k.

²⁶¹ Так, в определении СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014 отмечается, что «... на... участника подлежит распределению риск банкротства контролируемого им лица, вызванного косвенным влиянием на неэффективное управление последним...». Однако следует заметить, что ВС РФ акцентирует внимание на неэффективном управлении юридическим лицом. Более того, ВС РФ в п. 3 Обзора от 29.01.2020 также говорит о недопустимости переноса рисков на независимых кредиторов, правда только в условиях имущественного кризиса, отмечая, что контролирующее лицо, избравшее модель поведения,

1.4. *Теория участия в возможностях и рисках предпринимательской деятельности (Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken).*

К. Кролоп полагает, что предоставление займов участниками влечет необоснованное распределение возможностей и рисков между участниками и третьими лицами²⁶². С его точки зрения, контролирующее лицо при предоставлении займа своему обществу имеет больше возможностей и шансов, в отличие от иных внешних кредиторов²⁶³²⁶⁴.

Кроме того, у участника имеется возможность влиять на дальнейшую судьбу компании, поскольку он посредством корпоративных процедур принимает управленческие решения, от которых зависит ее развитие, и в случае успеха как владелец бизнеса извлекает из него наибольшие выгоды.

Таким образом, в силу своего преимущественного положения контролирующее лицо с точки зрения оказываемого влияния на бизнес, возможностей по получению информации должен удовлетворяться после остальных кредиторов, не имеющих их.

1.5. *Создание видимости платежеспособности общества.*

Еще одним аргументом, который также звучал в решениях ВС Германии, является то, что посредством предоставления займов контролирующее лицо создает ложную видимость достаточности капитала у общества. Считается, что

отличную от предписанной Законом о банкротстве, принимает на себя все связанные с этим риски, в том числе риск утраты упомянутого финансирования на случай объективного банкротства, так как данные риски не могут перекладываться на независимых кредиторов.

²⁶² См.: *Krolop K.* Op. cit.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ В частности, у участника есть весомое информационное преимущество, вытекающее из его позиции инсайдера, которое он может использовать, в том числе для досрочного истребования суммы кредита до открытия производства по делу о несостоятельности. При этом одни лишь информационные возможности не могут оправдывать субординацию требований участников (см.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 86; BGH Urt. v. 17.02.2011 – IX ZR 131/10; видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-praktichesky_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruushih_kompaniu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii/ (выступление А.А. Кузнецова см. Часть 1. С 21:55 – 26:28) (дата последнего обращения: 30.04.2019)).

отсутствие публичности такого финансирования затрудняет объективную оценку своего риска кредиторами при вступлении в правовые отношения с должником²⁶⁵. В результате это может спровоцировать кредиторов вступить в новые обязательства с должником, чего при прочих обстоятельствах (при отсутствии такой видимости) они бы делать не стали. Как справедливо отмечает Г.Ф. Шершеневич, в условиях кризиса должники, как правило, делают все, чтобы «не показать третьим лицам недостатка имущественных средств»²⁶⁶. Этому взгляда, в частности, придерживаются и М. Люттер, П. Хоммельхофф²⁶⁷.

Эти доводы также подверглись критике²⁶⁸. Она заключалась в том, что предоставление займа едва ли способно ввести кредиторов в заблуждение, поскольку займы общества в бухгалтерском балансе учитываются как пассивы²⁶⁹. В результате пассивы лишь увеличиваются, хотя происходит приток капитала. Довольно сомнительно также то, что все кредиторы (за исключением, пожалуй, банков) при заключении сделки проверяют бухгалтерский баланс и финансовое положение компании. Сведения о размере уставного капитала кредитор при необходимости может свободно запросить в реестре. Более того, если финансовое положение общества ухудшилось, а кредиторы об этом знают, то они чаще всего не могут разорвать на этом основании существующие обязательства (например, по договору купли-продажи, аренды и т. д.). Таким образом, считается, что в данном случае не возникает достаточного основания для доверия кредиторов²⁷⁰.

Вместе с тем этот аргумент был озвучен и ВС РФ. Так, им отмечается, что «...когда же мажоритарный участник (акционер) осуществляет вложение средств с использованием заемного механизма, финансирование публично не раскрывается. При этом оно позволяет завуалировать кризисную ситуацию, создать перед кредиторами и иными третьими лицами иллюзию благополучного положения дел

²⁶⁵ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 25.

²⁶⁶ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч.

²⁶⁷ См.: *Lutter M. Hommelhoff P.* Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH. ZGR, 1979. S. 31–66.

²⁶⁸ См.: *Cahn A.* Op. cit. S. 217–221.

²⁶⁹ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 83–84.

²⁷⁰ Ibid.

в хозяйственном обществе...»²⁷¹. Более того, этот аргумент повторялся ВС РФ неоднократно: развивая свой тезис, ВС РФ подчеркивает: «Когда должник находится в состоянии имущественного кризиса, приобретение права требования у независимого кредитора позволяет отсрочить погашение долга, вводя третьих лиц в заблуждение относительно платежеспособности должника и создавая у них иллюзию его финансового благополучия, что исключает необходимость подачи заявлений о банкротстве. В такой ситуации контролирующее либо аффилированное лицо принимает на себя риск того, что должнику посредством использования компенсационного финансирования в конечном счете удастся преодолеть финансовые трудности и вернуться к нормальной деятельности...»²⁷².

Иными словами, ВС РФ прямо говорит, что аргументом в пользу субординации является создание у кредиторов ложной иллюзии о финансовом благополучии, т. е. нарушение обязанности по публичному информированию третьих лиц об имущественном кризисе. Нам представляется, что этот аргумент неверный. Если следовать до конца указанному аргументу получается, что если кредиторы знали или должны были знать о наличии признаков имущественного кризиса должника, то требования контролирующего лица не должны субординироваться по отношению к этим независимым кредиторам. Это напоминает логику исключения возможности привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности за неподачу заявления о собственном банкротстве. Вместе с тем если такая субсидиарная ответственность контролирующего лица действительно исходит из того, что умолчание о возникновении банкротства могло привести к обману контрагентов, которые вступили в обязательства с должником, когда он заведомо не мог удовлетворить их требования²⁷³, то субординация не связана с таким упреком. Само по себе знание независимых кредиторов о признаках имущественного кризиса не может поставить

²⁷¹ Определении СКЭС ВС РФ от 12.02.2018 № 305-ЭС15-5734(4,5) по делу № А40-140479/2014.

²⁷² Определение СКЭС ВС РФ от 20.08.2020 № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017. Схожие доводы приведены в определении СКЭС ВС РФ от 29.06.2021 № 305-ЭС20-14492(2) по делу № А40-192270/2018.

²⁷³ См.: определение СКЭС ВС РФ от 21.10.2019 № 305-ЭС19-9992 по делу № А40-155759/2017.

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.

1.6. Запрет совмещать позицию участника и кредитора должника.

В. Серватиус утверждает, что причина специального регулирования займов участников в банкротстве заключается в том, что двойная роль (*Doppelrolle*) участника не может быть одобрена законодателем²⁷⁴. С его точки зрения, такая роль несовместима с целями процедур банкротства в соответствии с § 1 Положения Германии о несостоятельности. В связи с этим он считает вполне логичным, что участники, имеющие контроль над компанией, не могут удовлетворяться как внешние кредиторы. Таким образом, он в принципе отрицает возможность контролирующего лица быть равноправным кредитором своего общества.

Действительно, в данном случае если допускать участие контролирующих лиц в деле о банкротстве в качестве равных кредиторов, то они получают возможность «примерять на себя одежду» принципиально различных категорий участников дела о банкротстве – владельцев бизнеса и их кредиторов, интересы которых в норме противостоят друг другу. Поэтому в такой ситуации могут страдать интересы иных независимых кредиторов, поскольку, несмотря на то, что контролирующее лицо «рядится в одежду» внешнего кредитора, в сущности, он остается внутренним кредитором и будет преследовать интересы, присущие ему.

Данная теория фактически исходит из невозможности создания полноценной обязательственной связи между контролирующим лицом и подконтрольным хозяйственным обществом. Нам представляется это не вполне верным, поскольку наличие корпоративной связи само по себе не лишает оснований для возникновения обязательства. Иное привело бы к тому, что контролирующее лицо

²⁷⁴ См.: *Servatius W. Gläubigereinfluss durch Covenants: Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung Habilitation. München. Mohr Siebeck. 2008.*

всегда должно финансировать общество лишь посредством вкладов в капитал. Это противоречит идее свободы выбора способа финансирования, о который мы говорили ранее.

В то же время следует признать, что в некоторых случаях специфика формы обязательства в отношениях контролирующего лица и хозяйственного общества в известной степени может существовать, учитывая фиктивный характер юридического лица, и то, что любая фикция имеет свои пределы. Если взять самую простую ситуацию, когда единственный участник является также директором общества, то фактически распоряжаться предоставленными займы средствами будет ровно тот же человек, который заем выдал, поскольку вопреки формальному переходу права собственности все возможности по распоряжению деньгами останутся у займодавца. У заемщика фактически нет никакой воли ни в вопросе получения займа и определения условий, ни в вопросе его возврата. Таким образом, необходимость в создании правовой связи отсутствует, поскольку у участника и компании уже есть правовая связь в корпоративной форме (*causa societatis*)²⁷⁵, которая обеспечивает намного большее доверие и которую обязательство в этом случае неспособно усилить. Иначе говоря, договор займа не может отменить и игнорировать предшествующие ему корпоративные отношения, которые неизбежно искажают его чистую обязательственную природу. Более того, тезис об удобстве финансирования посредством займа имеет в данной ситуации ограниченное значение, поскольку единственному участнику не требуется согласования своей воли с иными участниками хозяйственного общества.

На наш взгляд, данный аргумент может иметь убедительную силу только в ситуации, когда контролирующее лицо – это единственный участник хозяйственного общества. В ситуации, когда имеется несколько участников (контролирующих лиц) и только один из них дает заем хозяйственному обществу, такую обязательственную связь следует признавать хотя бы для того, чтобы закрепить право одного из участников на фиксированный размер прибыли до ее разделения по правилам корпоративного права о распределении дивидендов и на

²⁷⁵ См.: *Schulze De la Cruz. Op. cit. S. 84.*

гарантию возврата суммы его займа. Иначе контролирующее лицо, предоставившее финансирование своему обществу, ставится в худшее положение по сравнению с участником, не предоставившим ничего, вопреки своей воле.

Кроме того, как справедливо отмечается в литературе, «... статус акционера не должен и не ведет к ограничению его прав как кредитора. Не существует нормы права, запрещающей обладателю акций (долей), даже контролирующему или единственному акционеру (участнику), предоставлять деньги своей компании и предъявлять претензии к ней как к должнику...»²⁷⁶. Однако наличие корпоративной связи может обуславливать особый порядок распределения предпринимательских рисков.

1.7. Запрет злоупотребления принципом ограниченной ответственности.

Этой точки зрения придерживаются У. Хубер и М. Хаберзак²⁷⁷. Они являются активными участниками реформы законодательства Германии 2008 г. (в частности, они предложили основные положения этой реформы в рамках Юристената²⁷⁸) и считают, что основной предпосылкой для понижения в очередности контролирующих лиц служит злоупотребление принципами разделения имущества участника и общества (*Trennungsprinzip*) и ограниченной ответственности (*Missbrauch der Haftungsbeschränkung*). Отмечается, что такой подход представляет собой плату за привилегию ограниченной ответственности²⁷⁹. Т. Тилманн полагает, что «...любой, кто извлекает все плоды из бизнеса и в руках которого сосредоточена судьба компании, должен нести бóльшие риски, чем внешние третьи лица...»²⁸⁰.

²⁷⁶ *Bernard A. Riemer*. Claims Against Bankrupt Corporations Based On Advances by Controlling Stockholders or Parent Corporations, 73 COM. L.J. 1968. P. 273.

²⁷⁷ См.: *Habersack M.* Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung. In: ZIP. 2007. S. 2145–2153; *Huber U., Habersack M.* GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. In: Betriebs-Berater. 2006. S. 1–7.

²⁷⁸ Съезд юристов в Германии.

²⁷⁹ *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 39. Rn. 19a. S. 549 (автор комментария – *M. Lüdtke*); *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 188.

²⁸⁰ *Tillmann T.* Der Entwurf des «MoMiG» und die Auswirkungen auf die Gesellschafterfremdfinanzierung – Verstrickte und privilegierte Darlehen. In: GmbH-Rundschau. 2006. S. 1289–1295.

У. Хубер и М. Хаберзак указывают, что подтверждением их тезиса является тот факт, что закон (§ 39 Положения Германии о несостоятельности) ограничивает субъективную сферу применения только участниками юридического лица. Кроме того, при финансировании общества посредством займов правила о пополнении и поддержании размера уставного капитала не достигают своей цели. Поскольку третьи лица удовлетворяются только за счет активов общества как следствие ограниченной ответственности, участник юридического лица не должен конкурировать с кредиторами при распределении этих активов. Таким образом, с точки зрения У. Хубера и М. Хаберзака, привилегия участников в виде исключения личной ответственности по долгам общества оправданна только при условии, если активы, предоставленные ими (прежде всего в виде уставного капитала), будут служить для удовлетворения требований внешних кредиторов. Участники (контролирующие лица) должны нести риски управляемой ими компании, по крайней мере, в размере предоставленного финансирования. В противном случае, становясь на место кредитора, они эксплуатируют свое общество, пытаясь нивелировать принцип ограниченной ответственности²⁸¹. По существу, если контролирующие лица финансируют займами и пытаются конкурировать за имущество общества наравне с иными кредиторами, то предполагается такое злоупотребление²⁸².

Иными словами, У. Хубер и М. Хаберзак довольно сдержанно относятся к дальнейшему распространению норм о капиталозамещении на связанных лиц²⁸³. По их мнению, применение правил о капиталозамещении допустимо только в договорных концернах (*Vertragskonzern*) и акционерном интеграционном концерне (*aktienrechtlichen Eingliederungskonzern*), а сама по себе возможность контролирующего влияния на принятие решений дочерним обществом не может оправдывать капиталозамещение. Теория У. Хубера и М. Хаберзака

²⁸¹ См.: *Huber U., Habersack M. GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen*. In: *Betriebs-Berater*. 2006. S. 1–7.

²⁸² См.: *Gehrlein M. Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikation*. In: *Betriebs-Berater (Beilage)*. No. 3. 2011. S. 3–8.

²⁸³ См.: *Huber U., Habersack M. Op. cit.*

воспринималась в литературе довольно скептически. Например, было неясно, почему злоупотребление участниками ограниченной ответственностью юридического лица не влечет отказа в этой привилегии (что было бы наиболее логичным следствием) и «проникающей ответственности»²⁸⁴. Кроме того, теория критикуется за излишнюю метафоричность (*Metaphorik*) и высокую абстрактность рассуждений (*hohem Abstraktionsniveau*)²⁸⁵. Аналогичной по существу позиции придерживался Имперский суд Германии²⁸⁶.

Е.Д. Суворов полагает, что следствием принципа ограниченной ответственности является то, что контролирующие лица должны нести риск потери только тех средств, которые вложены в уставный капитал, при условии внесения ими достаточных активов для ведения основной деятельности²⁸⁷.

В российской судебной практике наиболее близкие к обсуждаемой идее мотивы были изложены в определении Арбитражного суда Красноярского края от 10.09.2014 по делу № А33-16866/2013. Так, суд отмечал, что «...следствием предусмотренной законодателем презумпции ответственности учредителей (участников) должника перед кредиторами, в том числе и принадлежащим им имуществом, является отсутствие права учредителей (участников) на предъявление своих требований к кредитору для включения в реестр на общих основаниях, то есть наравне с другими кредиторами, в силу особенности правового статуса по отношению к должнику...».

1.8. Формирование «искусственной» подконтрольной задолженности.

В российской правоприменительной практике довольно актуальным, на первый взгляд, является аргумент о том, что отсутствие правил о понижении

²⁸⁴ См.: *Schmidt K.* Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. In: GmbH-Rundschau. 2009. S. 1013.

²⁸⁵ См.: *Thole C.* Op. cit. S. 513.

²⁸⁶ См.: RG. Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37.

²⁸⁷ См.: Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-praktichesky_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovany_kontroliruushih_kompaniu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii/ (выступление Е.Д. Суворова. Часть 1. С 27:14 – 35:35) (дата последнего обращения: 30.04.2019).

в очередности требований контролирующих лиц создает плодородную почву для злоупотреблений, которые на практике не всегда удастся выловить иными инструментами. Недобросовестные контролирующие лица, прекрасно понимая, что бизнес движется к своему концу (банкротству), могут формально «прокрутить»²⁸⁸ денежные средства в обществе, раздувая тем самым «пузырь» в виде мажоритарного требования при банкротстве. Очевидно, что это приводит к злоупотреблениям и нарушению прав и законных интересов остальных кредиторов (путем заключения мировых соглашений в ущерб внешним кредиторам и т. д.)²⁸⁹. Как справедливо отмечает А.Г. Карапетов, доказать такие злоупотребления в российских процессуальных реалиях нередко достаточно сложно²⁹⁰. Правила о понижении в очередности займов на корню подрывают такие мошеннические схемы²⁹¹.

Использовал этот аргумент также ВС РФ, отмечая, что включение требований контролирующих лиц в реестр фактически позволяет «... создать подконтрольную фиктивную кредиторскую задолженность для последующего уменьшения процента требований независимых кредиторов при банкротстве...»²⁹².

Однако в данном случае легко предугадать и основное возражение: применение правил о понижении в очередности требований контролирующих лиц является довольно грубым средством, которое вылавливает не только

²⁸⁸ ВС РФ говорит об «искусственном кругообороте денежных средств» (см.: определение СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014).

²⁸⁹ См.: постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.01.2016 по делу № А56-46691/2012, от 09.04.2015 по делу № А56-13368/2009. См. также: *Морозов С.А.* Сам себе кредитор: статус кредитора, аффилированного с должником, в деле о банкротстве // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2016/07/19/sam_sebe_kreditor_status_kreditora_affilirovannogo_s_dolzhnikom_v_dele_o_bankrotstve (дата последнего обращения: 24.08.2018).

²⁹⁰ См.: *Карапетов А.Г.* Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2018/7/3/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата последнего обращения: 13.01.2020).

²⁹¹ См.: *Будьлин С.Л.* Указ. соч.

²⁹² Определение СКЭС ВС РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015.

мошеннические действия, но и вполне добросовестные²⁹³. Между тем при выборе регуляторной стратегии необходимо, безусловно, учитывать наиболее распространенные паттерны поведения. Возникает вопрос: оказывается ли большинство займов контролирующих лиц на практике результатом мошеннических действий или нет? Так, на большое количество злоупотреблений, совершаемых в России в целях создания подконтрольной кредиторской задолженности и контролируемого банкротства, указывает И.В. Кокорин²⁹⁴. К сожалению, ответ на приведенный вопрос с необходимой степенью точности сформулировать, с нашей точки зрения, не удастся, поскольку соответствующую информацию нельзя верифицировать статистическими или иными объективными данными²⁹⁵. Каждый практикующий юрист по-разному оценивает степень распространенности таких злоупотреблений. Это существенно замутняет степень актуальности обсуждаемого аргумента при политико-правовом анализе.

Кроме того, довод о стремлении сформировать подконтрольную фиктивную задолженность фактически исходит из презумпции недобросовестности участников и контролирующих лиц (в противоречии со ст. 10 ГК РФ) и, по существу, исчерпывается следующей цепочкой рассуждений: а) кредитор, заявившийся в деле о банкротстве, является участником (или контролирующим лицом) должника; б) по тем или иным основаниям у него имеется пул требований к должнику; в) следовательно, он должен доказывать, что намерений создать подконтрольную задолженность у него не было (суды при этом отмечают, что

²⁹³ См.: Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-praktichesky_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruushih_kompaniu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii/ (выступление Ю.В. Тая см.: Часть 1. с 39:20 – 51:40) (дата последнего обращения: 30.04.2019).

²⁹⁴ См.: Кокорин И.В. Указ. соч.

²⁹⁵ См.: Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-praktichesky_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruushih_kompaniu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii/ (см.: с 55:07 – 57:16) (дата последнего обращения: 30.04.2019).

отсутствие статуса мажоритарного кредитора такие намерения не опровергает²⁹⁶). Наличие обозначенных признаков на практике фактически оценивается на уровне интуиции судей исходя из обстоятельств дела. Очевидно, что подобный подход не дает участникам оборота никаких понятных правил, не говоря уже о том, что совершенно неясно, на каком основании вводится презумпция недобросовестности участников (контролирующих лиц), если считать обсуждаемый довод главным аргументом в пользу субординации.

2. Аргументы против субординации:

Аргументы против понижения в очередности требований контролирующих лиц фокусируются в основном на тех стимулах, которые порождает такое регулирование²⁹⁷.

В частности, отмечается, что получение займов от контролирующих лиц влечет существенно меньше транзакционных издержек. Такому лицу намного легче попытаться спасти компанию путем предоставления займов. Ведь чтобы получить финансирование из внешних источников, нужно потратить время и много ресурсов на поиск инвестора, переговоры, структурирование сделки и т. д. При этом, естественно, кредитоваться придется под более высокий процент и с существенным обеспечением. Увеличение уставного капитала, как ранее подчеркивалось, является также довольно громоздкой процедурой.

Понижение в очередности требований контролирующих лиц фактически дестимулирует последних пытаться спасти компанию, используя займы. Так, в Швейцарии отказались от закрепления в законодательстве норм о субординации по немецкому образцу, прямо указывая в пояснительных материалах, что такое регулирование может усложнить санацию компании²⁹⁸. Соответственно, у организации сокращается круг потенциальных инвесторов.

²⁹⁶ См., напр.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.12.2018 по делу № А41-26907/2017.

²⁹⁷ См.: *Engert A.* Die ökonomische begründung der grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung // *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 2004. S. 813.

²⁹⁸ «...Solche Regelung könnte die Sanierung von Gesellschaften erschweren» (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001. (1.3.6.). URL: https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/index_16.html).

Т. Фишер приходит к выводу, что кредитование компании контролирующим лицом в случае успеха приносит пользу как ему самому, так и кредиторам, однако риски несет только оно. При этом такое финансирование может вовсе не наносить какого-либо вреда кредиторам, а стимулы кредитовать у контролирующего лица пропадают. Автор предлагает не субординировать требования контролирующих лиц, если будет доказано, что интересам кредиторов вред не причинен (*Exkulpationslösung*)²⁹⁹.

В немецкой литературе значительно меньше противников субординации требований участников. Наиболее серьезной работой, в которой было последовательно подвергнуто критике немецкое регулирование понижения в очередности требований контролирующих лиц, является диссертационное исследование К. Бука³⁰⁰. В дальнейшем его основные замечания также были изложены В. Мейлике в одной из немногих в своем роде публикаций с говорящим названием «Правила о замене собственного капитала – немецкое ошибочное развитие». Так, В. Мейлике отмечает: «... практикующий юрист и его клиенты, которые занимаются предпринимательской деятельностью, никогда не понимали, почему нормы о капиталозамещении Германии направлены на то, чтобы помешать участникам предоставлять заем своей компании на условиях, на которых не представляется возможным привлечь финансирование от третьих лиц, и почему в качестве санкции за нарушение этого запрета требование акционера при банкротстве должно удовлетворяться после всех других кредиторов...»³⁰¹. При этом он говорит, что аргументация сторонников субординации излишне фокусируется только на тех делах, в которых попытка санации не увенчалась успехом и, более того, причинила ущерб кредиторам (*kranken Fälle*), которых в реальной жизни существенно меньше³⁰². «С точки зрения практикующего юриста, – указывает В. Мейлике, – кажется не соответствующим реальной жизни

²⁹⁹ См.: *Fischer Th.R. Gläubigerschutz durch eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen? Regulierung und Unternehmenspolitik Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse. Wiesbaden. 1996. S. 179–195.*

³⁰⁰ См.: *Buck Ch. Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken. Dissertation. Stuttgart. 2005.*

³⁰¹ *Meilicke W. Op. cit. S. 225–236.*

³⁰² *Ibid.*

предположение о том, что предоставление займа участниками во время кризиса общества регулярно или даже в определенное число раз служит продлению кризиса и нанесению вреда кредиторам. Во всяком случае, после неудачи [наступления кризиса – А.Ш.] обычно никто необдуманно не бросает живые деньги на ветер...»³⁰³.

Поэтому, как рассуждают вышеотмеченные авторы, предоставление займа контролирующим лицом во время общей некредитоспособности общества обычно является серьезной попыткой санации. Такой заем открывает для общества возможность восстановиться. От заемных средств извлекают пользу даже, в первую очередь, внешние кредиторы, поскольку они приобретают гипотетическую возможность удовлетворить свои требования в полном объеме, в то время как в случае неудачи попытки спасения они теряют свои и без того уже обесцененные требования³⁰⁴. При этом контролирующее лицо изначально ставит на карту живые деньги. Идея субординации требований при банкротстве излишне концентрируется только на рисках. Как правило, для кредиторов возможность санации, обеспечиваемая займами контролирующих лиц, более выгодна, чем немедленная ликвидация. Как отмечает А. Кан: «... достаточно часто кредиторы были бы в еще худшем положении, если бы акционеры не предоставили компании дополнительные деньги и просто продолжали вести бизнес до тех пор, пока средства, предоставленные кредиторами, не будут исчерпаны...»³⁰⁵.

Более того, становится еще более очевидным отсутствие нарушения интересов кредиторов в результате предоставления займа, если посмотреть на соответствующую хронологию событий: тот факт, что контролирующее лицо предоставляет деньги в качестве займа, не ухудшает квоту удовлетворения внешних кредиторов, поскольку она первоначально увеличивается в результате притока дополнительного капитала. Только когда новый заем будет израсходован и в результате уменьшится соответственно конкурсная масса, кредиторы могут

³⁰³ *Meilicke W.* Op. cit. S. 225–236.

³⁰⁴ См.: *Gelter M. Roth J.* Op. cit. P. 45.

³⁰⁵ *Cahn A.* Equitable Subordination of Shareholder Loans? *European Business Organization Law Review*. Vol. 7. 2006. P. 297.

потерпеть ущерб ввиду предоставления займа участником (увеличения квоты кредиторов). Однако, как отмечает В. Мейлике: «... вопреки представлениям догматиков идеи субординации требований участников, такие дальнейшие потери нетипичны, поскольку в большинстве случаев это не является целью предоставления займа...»³⁰⁶. В. Мейлике в связи с этим довольно эмоционально пишет: «... совершенно абсурдно и унижительно предполагать, что участники (контролирующие лица), которые готовы путем предоставления займов принять участие в деятельности по санации общества, всегда или обычно намерены только продлить кризис общества и нанести дополнительный ущерб кредиторам...»³⁰⁷.

Таким образом, субординация требований, исходя из предполагаемого мотива защиты кредиторов, становится существенным недостатком финансирования внешним капиталом (с помощью займов и иных гражданско-правовых сделок, не основанных на корпоративных отношениях), что потенциально может повлечь негативные последствия в отношении тех, кто, казалось бы, должен быть защищен, – внешних кредиторов. Кроме того, подчеркивается, что «... участник-кредитор не заслуживает того, чтобы к нему относились хуже, чем к внешним кредиторам, поскольку попытка санации общества с использованием займов обычно не вредит внешним кредиторам, а наоборот – приносит им пользу...»³⁰⁸.

Итак, В. Мейлике считает, что субординация требований контролирующих лиц поражает не того, кого нужно, поскольку наказывает того, кто сделал попытку спасения общества. Более того, при субординации требований аффилированных лиц он полагает несправедливым то, что, по сути, в этом случае страдают миноритарии такого общества.

В литературе также отмечается, что неясно, почему к контролирующему лицу, который во время кризиса общества предоставил заем и обогатил

³⁰⁶ *Meilicke W.* Op. cit.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

конкурсную массу, следует относиться хуже, чем к тому, который ничего не предоставил³⁰⁹.

В. Мюльберт полагает, что понижение в очередности требований контролирующих лиц создает *ex ante* стимулы к тому, чтобы они шли на еще более серьезные риски, поскольку, учитывая неблагоприятные последствия при банкротстве, им по большому счету уже терять нечего³¹⁰.

С.Л. Будылин указывает, что главным экономическим эффектом нормы о субординации займов акционеров является, по существу, дестимулирование попыток акционеров спасти банкротящуюся компанию³¹¹. Поддерживает эту позицию Ю.В. Тай³¹².

А.Г. Карапетов рассуждает в следующем ключе. Обсуждаемый аргумент можно учесть и вывести заем из-под действия правила о понижении в очередности, если займодавец сможет убедительно доказать, что, во-первых, заем предоставлялся в ситуации острого дефицита свободных средств в корпорации, во-вторых, объективных оснований для немедленной инициации процедуры банкротства вместо попытки спасения корпорации не было, в-третьих, у займодавца имелись все разумные основания предполагать, что предоставление займа может поспособствовать исключению риска впадения корпорации в банкротство³¹³. Иными словами, участника следует вознаграждать

³⁰⁹ В связи с этим высказывается мнение, что следует наказывать не контролирующих лиц, которые рискнули и предоставили заем, а только менеджмент за недобросовестные действия по выводу активов и т. д. (см.: *Eidenmüller H. Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz In: Festschrift fuer Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Band II. München. C.H. Beck. 2007. S. 57–60*).

³¹⁰ См.: *Mülbert P.O. Op. cit. P. 42; Schulze De la Cruz. Op. cit. S. 94*.

³¹¹ См.: *Будылин С.Л. Указ. соч.*

³¹² См.: Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующих компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://www.m-logos.ru/publications/nauchno-prakticheskyy_kruglyy_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruyushih_kompaniyu_lic_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii (выступление Ю.В. Тая см. Часть 1. с. 39:20 – 51:40) (дата последнего обращения: 30.04.2019).

³¹³ См.: *Карапетов А.Г. Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2018/7/3/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t* (дата последнего обращения: 13.01.2020).

за потенциально полезную для иных кредиторов попытку спасения своей корпорации³¹⁴.

Вместе с тем следует заметить, что оценка *ex post* того, насколько обоснованна была попытка спасения бизнеса путем предоставления займов, – сложная задача, потому что во весь рост встает проблема, именуемая в рамках экономического анализа права искажением ретроспективного взгляда³¹⁵. Более того, вопрос обоснованности спасения компании – довольно непростое бизнес-решение, которое крайне трудно оценивать.

Как представляется, 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.

Противно чувству правовой справедливости равное отношение к тем, кто имеет на порядок больше возможностей по последующему принятию бизнес-решения по использованию соответствующих средств и получению бонусов в случае выигрыша, с теми, кто не имеет ни того, ни другого. Последний действительно доверяет как кредитор исполнители другой стороны – своего контрагента. Лица же контролирующие, как правило, предоставляют средства без обеспечения и т. п., поскольку рассчитывают сами распорядиться внесенными средствами³¹⁶. Наличие или отсутствие возможности контролировать использование вложенных в общество средств и получать неограниченную

³¹⁴ См.: Каранетов А.Г. Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2018/7/3/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата последнего обращения: 13.01.2020).

³¹⁵ См.: Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 83–84.

³¹⁶ Анализ судебной практики нижестоящих судов показывает, что займы контролирующих лиц зачастую беспроцентные и без какого-либо обеспечения.

прибыль как результат такого контроля, по существу, проводит некий водораздел между внутренними и внешними кредиторами.

Глобально у инвестора имеется в этом отношении два пути: кредитовать бизнес, где у него нет какого-либо корпоративного контроля и бенефициарного интереса (т. е. являться внешним кредитором), но в таком случае он может претендовать на возврат своих средств на равных началах с иными аналогичными кредиторами (или в приоритетном порядке как залоговый кредитор при наличии обеспечения), либо финансировать бизнес, в котором у него имеется прямой или косвенный корпоративный контроль и бенефициарный интерес (т. е. являться внутренним кредитором), осознавая то, что платой за наличие таких прав будет являться поражение в правах в случае неудачи (банкротства) (даже при наличии обеспечения исполнения обязательств). Возможность выбора способа финансирования, которая, безусловно, имеется у контролирующего лица, не может предоставлять ему опции в виде выбора между, условно говоря, «финансированием с рисками» и «финансированием без рисков» – они при наличии корпоративного контроля и бенефициарного интереса всегда должны предполагаться. При этом полагаем необходимым подчеркнуть, что субординация не связана с упреком в доведении компании до банкротства. Бизнес мог провалиться, в том числе и по объективным экономическим причинам. Поэтому мы полагаем несостоятельной следующую цепочку рассуждений: банкротство компании есть следствие неэффективного управления со стороны ее контролирующих лиц, поэтому они заслуживают своеобразного наказания – уступить иным (независимым) кредиторам.

Отвечая на аргументы противников субординации, нам представляется, что субординация обязательственных требований контролирующих лиц не препятствует возможности их реабилитации, что подтверждается, в частности, социологическим опросом, проведенным Фондом «Центр стратегических разработок»: только 28 % опрошенных респондентов-предпринимателей ответили, что субординация их требований в банкротстве принципиально влияет на решение о предоставлении финансирования подконтрольному обществу; 15 % – что это

совсем неважно; 57 % – что на такое решение влияют иные факторы³¹⁷. При этом в докладе также отмечается, что 85 % респондентов-предпринимателей указали, что, несмотря на риск субординации их требований, они тем не менее предоставили бы такое финансирование. Поэтому не следует, на наш взгляд, переоценивать тезис о том, что понижение в очередности требований контролирующих лиц стимулирует последних пытаться спасти компанию в условиях имущественного кризиса. Как доказывает данный опрос, 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.

Кроме того, тезис о том, что предоставление финансирования контролирующим лицом в форме заключения договора займа или совершения иной гражданско-правовой сделки не уменьшает квоты удовлетворения требований других кредиторов, если эти деньги не будут израсходованы, опровергается доводом о том, что именно контролирующее лицо определяет то, каким именно образом они будут потрачены и насколько эффективно. При этом если они действительно будут потрачены с пользой и общество выйдет из кризиса, контролирующее лицо в любом случае извлечет выгоду от последующей деятельности общества, т. е. успешная попытка спасения компании будет вознаграждена. Поэтому оно должно нести риски того, что его требования будут субординированы при банкротстве в целях защиты интересов внешних кредиторов от необоснованного уменьшения квоты их удовлетворения в случае провала попытки санации общества путем предоставления им финансирования.

³¹⁷ См.: Онлайн-эфир Фонда «Центр стратегических разработок»: «Банкротство. Реальная практика». URL: <https://www.youtube.com/watch?v=3BeEaVEwHX0> (с. 55:25 – 56:00) (дата последнего обращения: 30.05.2020).

Таким образом, полагаем, что главным аргументом в пользу субординации займов участников является то, что лицо, совмещающее корпоративный контроль и возможности извлечения из бизнеса неограниченной прибыли, не может конкурировать наравне с кредиторами, не имеющими таких возможностей.

§ 4. Модели субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ

Исходя из имеющихся за рубежом подходов к понижению в очередности обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, необходимо рассмотреть основные мыслимые их модели.

В российском праве наблюдались колебания относительно подхода, который должен быть принят во внимание при решении вопроса о субординации требований контролирующих лиц. ВС РФ сформулировал довольно противоречивые позиции на этот счет.

Так, в одном из дел, рассмотренном ВС РФ³¹⁸, субординация была осуществлена в связи с тем, что контролирующее лицо путем распределения прибыли и последующего взноса этих средств в качестве уставного капитала действовало с противоправной целью, и, соответственно, в его действиях имелись признаки злоупотребления правом. В данном случае мыслимы параллели с американской судебной практикой относительно переквалификации (аналога притворности в российском правопорядке) и «справедливой субординации» (аналога злоупотребления правом в российском правопорядке)³¹⁹.

В других делах ВС РФ исходит из того, что субординации подлежат обязательственные требования контролирующих лиц, предоставленные в «кризисной ситуации»³²⁰.

³¹⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014.

³¹⁹ См.: *Белоусов И.А.* Указ. соч.

³²⁰ См.: определения СКЭС ВС РФ от 21.02.2018 № 310-ЭС17-17994(1,2) по делу № А68-10446/2015, от 12.02.2018 № 305-ЭС15-5734(4,5) по делу № А40-140479/2014.

Арбитражный суд Красноярского края в упомянутом решении от 28.09.2020 по делу № А33-16866/2013 признал обязательственные требования контролирующих лиц внутрикорпоративными. Отмеченный подход наиболее близок к немецкой модели.

Кроме того, существенная часть судебной практики придерживается позиции о том, что понижать в очередности следует обязательственные требования контролирующих лиц, предоставленные на нерыночных условиях³²¹.

Изложенное свидетельствует о необходимости выработать оптимальную модель субординации займов участников юридических лиц с учетом опыта зарубежного права.

В качестве отправной точки ВС РФ в п. 2 Обзора от 29.01.2020 отметил, что само по себе наличие у кредитора контроля над должником не является основанием для понижения в очередности его требования. Таким образом, на первый взгляд кажется, что модель автоматической субординации требований контролирующих лиц (немецкая модель) была прямо отвергнута. В качестве общего правила была сформулирована австрийская модель субординации, предполагающая, что требования контролирующих лиц понижаются, если они возникли в условиях имущественного кризиса должника (п. 3 Обзора от 29.01.2020).

Вместе с тем ВС РФ сделал шаг в сторону более жесткой позиции, отметив, что невозвратом контролирующим лицом займа в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, равно как и отказ от реализации права на досрочное истребование займа, предусмотренного договором или законом (например, п. 2 ст. 811, ст. 813 ГК РФ), или подписание дополнительного соглашения о продлении срока возврата займа являются по существу формами финансирования должника, следовательно, подлежат субординации (п. 3.2 Обзора от 29.01.2020).

³²¹ См., напр.: постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21.12.2017 по делу № А45-27751/2015, Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 19.01.2018 по делу № А53-20523/2015.

Более того, ВС РФ предусмотрел, что займы, предоставленные в начальный период осуществления должником предпринимательской деятельности, также могут быть понижены в очередности (п. 9 Обзора от 29.01.2020). Последнее очень важно, поскольку иначе проблема номинальной недостаточной капитализации может остаться нерешенной, когда существенную долю инвестиций участников будут составлять займы, в то время как только небольшая часть будет внесена в виде собственного капитала.

Таким образом, в российском праве только формируются контуры оптимальной модели субординации требований контролирующих должника лиц в процедурах банкротства хозяйственных обществ. В этой связи следует рассмотреть основные теоретические модели субординации требований контролирующих должника лиц в делах о несостоятельности:

1. Модель субординации требований при наличии недобросовестности и противоправных действий со стороны контролирующего лица.
2. Модель субординации требований, возникших на основании обязательств, заключенных на нерыночных условиях (модель переквалификации).
3. Модель субординации требований, возникших в условиях кризиса хозяйственного общества.
4. Модель субординации требований, возникших в период подозрительности.
5. Модель автоматической субординации требований контролирующих лиц, возникших в результате финансирования хозяйственного общества.

Далее обсудим основные достоинства и недостатки каждой из указанных моделей.

1. Модель субординации обязательственных требований контролирующего должника лица при наличии недобросовестности и противоправных действий с его стороны.

Один из возможных подходов к правовому режиму реализации обязательственных прав контролируемыми лицами заключается в том, что их требования понижаются в очередности при условии выявления

недобросовестности и противоправности в их действиях. Субординация выступает неким наказанием в отношении контролирующих лиц как результат их противоправного умысла, направленного на причинение вреда кредиторам³²². Прежде всего, это, конечно же, создание условий для контролируемого банкротства, а именно – создание условий для того, чтобы контроль над процедурой банкротства был полностью сосредоточен в руках контролирующих лиц. Очевидно, что указанное обстоятельство приводит к злоупотреблениям и нарушениям прав и законных интересов остальных кредиторов. Злоупотребление может выражаться также в распределении прибыли и последующего ее вноса в качестве уставного капитала, в том числе в результате доведения общества до банкротства³²³. Недобросовестность может выражаться в умышленной недостаточной капитализации бизнеса.

Указанная модель характерна для США. Исторически доктрина субординации требований (*equity subordination*) контролирующих лиц начала развиваться в США в конце 30-х гг. XX в. В США банкротные суды традиционно рассматриваются как суды справедливости (*court of equity*), и возможность субординации требований кредиторов вопреки принципу равенства (*equal treatment of creditors*) является следствием широких возможностей таких судов решать споры в соответствии с требованиями справедливости (*broad equitable powers*)³²⁴. Как отмечается, посредством таких широких полномочий суды обеспечивают достижение главной цели процедуры банкротства – справедливого распределения имущества должника³²⁵.

³²² См.: *Levitin A.J.* Rough Justice? The Nature and Limits of Equitable Subordination. Working Paper, 2006. URL: <https://ssrn.com/abstract=900444> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

³²³ См.: определение СКЭС ВС РФ от 19.05.2017 № 308-ЭС17-1556(1,2) по делу № А32-19056/2014.

³²⁴ См.: *Gleick Harry S.* Subordination of Claims in Bankruptcy Under the Equitable Power of the Bankruptcy Court. *The Business Lawyer*. Vol. 16, No. 3. 1961. P. 611–625; *Nozemack M.* Making Sense Out of Bankruptcy Courts' Recharacterization of Claims: Why Not Use § 510 (c) Equitable Subordination? *56 Wash. & Lee L. Rev.* 689. 1999. P. 693; *Wagner. Raoul G.* Equitable subordination in the US and «Eigenkapitalersatz» in Austria – is there a need for codification? 2002. URL: <http://www.raoulwagner.com> (дата последнего обращения: 18.03.2021).

³²⁵ См.: *Sampsel v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215, 219 (1941), *Clarke v. Rogers*, 228 U.S. 534, 548 (1913). См. Также *Scott M. Browning.* No Fault Equitable Subordination: Reassuring Investors That Only Government Penalty Claims Are at Risk. *34 Wm. & Mary L. Rev.* 487. 1993. P. 490.

Первое дело, в котором требования контролирующего лица были субординированы, является дело «*Taylor v. Standard Gas & Electric Co*»³²⁶. Именно благодаря этому делу доктрина субординации требований контролирующих лиц также именуется как «*Deep Rock Doctrine*» (компанией банкротом была нефтяная компания *Deep Rock Oil Corporation*). Обстоятельства дела следующие. Компания *Standard* была материнской компанией должника, которая предоставила заем последнему. В суде было установлено, что компания *Deep Rock* не была достаточным образом капитализирована (*undercapitalized*), и вследствие этого была открыта процедура банкротства. Возник вопрос о порядке удовлетворения требований материнской компании. Верховный суд США (*Supreme Court of the United States*) (далее – ВС США) указал, что в действиях материнской компании имеются признаки недобросовестных действий в виде злоупотреблений при управлении компанией (*mismanagment*) и недостаточной ее капитализации (*undercapitalization*), субординировав требования такого кредитора.

Практически следом было рассмотрено второе дело «*Pepper v. Litton*»³²⁷. Компания *Litton* являлась единственным участником *Dixie Splint Coal Company*. В деле было установлено, что у этой компании имелось требование по отношению к последней, однако оно долгое время не было реализовано. После этого основные активы *Dixie* были выведены компанией *Litton* в пользу другой своей дочерней организации. Следом компания *Dixie Splint Coal Company* добровольно подала заявление о возбуждении дела о банкротстве. Суд отметил, что все действия компании *Litton* были направлены на причинение вреда кредиторам (прежде всего *Pepper*), в том числе предъявление своих требований при банкротстве с целью уменьшения квоты удовлетворения внешних кредиторов. Соответствующее возражение последовало от компании *Pepper*. Эти действия суд расценил как недобросовестные и субординировал требования контролирующего акционера.

³²⁶ См.: *Taylor v. Standard Gas & Electric Co* 306 U.S. 307 (1939).

³²⁷ См.: *Pepper v. Litton* 308 U.S. 295, 306-07 (1939).

Наконец, третье дело «*Comstock v. Group of Institutional Investors*» из так называемой «большой тройки» дел («*big three*»³²⁸) было основано на следующих обстоятельствах. Компания *Missouri Pacific Railway Company* предъявила свои требования против дочерней организации при банкротстве последней. Компания *Comstock* возражала против этого требования, имея в виду, что в действиях материнской компании имеются признаки недобросовестности. Суть возражения заключалась в том, что участник незадолго до распределения дивидендов предоставил заем практически в той же сумме для того, чтобы получить возможность распределить прибыль. Однако ВС США в данном случае не усмотрел признаков недобросовестного поведения. Суд отметил, что дивиденды были выплачены из полученных доходов обществом. ВС США подчеркнул, что то обстоятельство, что материнское общество является контролирующим лицом, не дает оснований для субординации требований, если оно действовало при этом добросовестно (*in good faith*).

Таким образом, приведенные решения являются базовыми для применения правил о субординации требований участников, однако конкретные критерии при этом не были до конца прояснены. Не было ясно также, какие действия могли быть признаны недобросовестными и при каких условиях³²⁹.

Апелляционный суд пятого округа США (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*) с учетом предыдущей прецедентной практики сформулировал условия субординации требований контролирующих лиц и изложил их в виде трех критериев, которые были впоследствии широко восприняты в судебной практике США)³³⁰: 1) наличие недобросовестных (несправедливых) действий (*inequitable conduct*); 2) действие причиняет вред кредиторам, или недобросовестный кредитор получает несправедливое преимущество (*unfair advantage*); 3) субординация не должна противоречить положениям Банкротного кодекса США.

³²⁸ «Taylor-Pepper-Comstock». См.: *Herzog A.S., Zweibel J.B.* The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy *Vanderbilt Law Review*. 1961. Vol. 15. No. 1. P. 108, 111.

³²⁹ См.: *Nozemack M.* Op. cit. P. 696.

³³⁰ См.: *Matter of Mobile Steel Co* 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977). См.: *Nyzio, Lydia E.* Mobile Steel and Beyond: Trends in Equitable Subordination. *South Carolina Law Review*: Vol. 37: Iss. 4, Article 5. P. 627–677.

Очевидно, что критерий недобросовестных действий является наиболее сложным. В литературе отмечалось, что точное определение этого критерия нельзя сформулировать³³¹. Кроме того, зачастую некоторые суды субординировали требования кредиторов даже в отсутствие этого критерия³³². Однако такая практика не получила широкого распространения³³³.

В вышеуказанном деле, рассмотренном Апелляционным судом пятого округа США (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*), были сформулированы следующие три случая, когда имеет место недобросовестное (несправедливое) действие (*inequitable conduct*): 1) недостаточная капитализация (*undecapitalisation*); 2) мошенничество (*fraud*), злоупотребления при принятии решений в компании (*mismanagment*), нарушение фидуциарных обязанностей (*breach of fiduciary duty*); 3) компания является alter ego кредитора (теория *alter ego*).

Недобросовестные действия в виде недостаточной капитализации имеют место, когда компания в ущерб кредиторам должника имеет преобладающую долю финансирования в виде заемных средств (внешнего капитала)³³⁴.

Апелляционный суд пятого округа США (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*) полагает, что признаки недостаточной капитализации существуют, когда, во-первых, исходя из мнения абстрактного финансового аналитика (*financial analyst*), участники внесли недостаточный объем собственного капитала для поддержания деятельности должника, а во-вторых, если во время предоставления займов участником должник не смог бы привлечь финансирование у информированных третьих лиц³³⁵. При этом большинство судов полагают, что наличие недостаточной капитализации само по себе не является основанием для субординации требований контролирующего лица³³⁶. Аргумент такого подхода

³³¹ См.: *DeNatale A., Prudence B. Abram*. Op. cit. («no precise definition is possible for type of conduct necessary to be considered fraudulent or inequitable»).

³³² См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 162–167.

³³³ Ibid.

³³⁴ См.: *Nozemack M.* Op. cit. P. 693.

³³⁵ См.: *Benjamin v. Diamond (In re Mobile Steel Co.)*, 563 F.2d 692, 703 (SthCir. 1977).

³³⁶ См.: *Costello v. Fazio*, 256 F.2d 903, 910 (9th Cir. 1958); *Rego Crescent Corp. v. Tymon (In re Rego Crescent Corp.)*, 23 B.L 958, 962-65 (Bankr. E.D.N.Y. 1982); *Wood v. Richmond (In re Branding Iron Steak House)*, 536 F.2d 299,302 (9th Cir. 1976).

состоит в том, что если суды будут субординировать требования только на том основании, что компания недостаточно капитализирована, участники вовсе не будут предоставлять займов³³⁷. Это, по мнению судов, только навредит компаниям, попавшим в тяжелое финансовое положение, поскольку контролирующие компанию лица это единственные лица, которые заинтересованы в кредитовании последней³³⁸. Таким образом, считается, что недостаточная капитализация является неким «маячком», сигнализирующим о недобросовестности контролирующих лиц, однако при этом необходимо устанавливать дополнительные обстоятельства.

Следующим случаем недобросовестных действий является мошенничество участника. Примером таких действий является, в частности, умышленное искажение результатов хозяйственной деятельности компании и ее финансового состояния. Нарушение фидуциарных обязанностей по отношению к своей компании³³⁹ также может стать основанием для субординации требований.

Последней категорией является ситуация, когда участник имеет настолько большое контролирующее влияние, что становится по сути *alter ego* должника (*merger of identity*). При этом необходимо доказать, что такой контроль был использован кредитором в свою пользу в ущерб иным кредиторам³⁴⁰.

Относительно действий, причиняющих вред кредиторам или влекущих несправедливое преимущество, суду необходимо установить факт нанесения вреда будущим или существующим кредиторам в результате недобросовестных действий участника-кредитора (*cause-and-effect standart*). Если вред не будет доказан, субординация недопустима. Так, ВС США отмечает: «... самой по себе возможности злоупотребления недостаточно для применения правил [о субординации – А.Ш.], необходимо недобросовестное использование

³³⁷ См.: Braas Sys., Inc. v. WMR Partners (In re Octagon Roofing), 157 B.R. 852, 858 (N.D. Ill. 1993).

³³⁸ См.: Allied E. States Maintenance Corp. v. Miller (In re Lemco Gypsum, Inc.), 911 F.2d 1553, 1557 (11th Cir. 1990).

³³⁹ См.: Шайдуллин А.И. Конфликт интересов в обществе. Как участнику защитить свои права на основе принципа лояльности // Арбитражная практика. 2017. № 6. С. 102–107.

³⁴⁰ См.: Benjamin v. Diamond (In re Mobile Steel Co.), 563 F.2d 692, 703 (SthCir. 1977).

возможностей предоставляемой доминированием в свою пользу и в ущерб кредиторам и подконтрольной компании...»³⁴¹.

Последний тест о недопустимости субординации требований в нарушение правил Банкротного кодекса США препятствует субординации требований участников, если это будет противоречить его положениям. В литературе отмечается, что целью указанного теста является напоминание судам о том, что они не могут менять очередность удовлетворения кредиторов, установленную законом, только потому, что такая очередность, по их мнению, приводит к несправедливым результатам³⁴².

Законодатель в 1978 г. кодифицировал в § 510(c) Банкротного кодекса США институт субординации требований (*equity subordination*) кредиторов³⁴³. Указанный параграф дает полномочие судам понижать в очередности требования кредиторов на основе принципов справедливости (*principles of equity*). Законодатель США намеренно не стал подробно регулировать условия субординации, оставив этот вопрос на усмотрение судов, и тем самым сохранил актуальной имеющуюся прецедентную практику по нему. Ранее разработанные правовые позиции остаются применимыми. По сути, в этой норме закреплена только возможность понижать в очередности требования кредиторов, предоставляя судам полный карт-бланш в определении деталей. При этом она распространяется не только на контролирующих лиц или инсайдеров, но потенциально может применяться к требованиям любого кредитора. Вместе с тем в зависимости от того, является ли кредитор инсайдером или нет, существенно различаются стандарты доказывания недобросовестности. Применительно к обычным кредиторам,

³⁴¹ Benjamin v. Diamond (In re Mobile Steel Co.), 563 F.2d 692, 703 (SthCir. 1977).

³⁴² См.: Wagner. Raoul G. Op. cit.

³⁴³ Интересно заметить, что в США в процессе законодательной регламентации правил о субординации в 1976 г. изначально в Палату представителей и Сенат был внесен проект, закрепляющий жесткую модель субординации. Предлагаемая норма звучала следующим образом: «Любое обеспеченное или не обеспеченное требование любого основного контролирующего лица, директора или аффилированного лица или любого члена семьи такого контролирующего лица, директора или аффилированного лица понижается в очередности по отношению к другим несубординированным, но допустимым требованиям.». (см.: Wilton J., McGee W. The Past and Future of Debt Recharacterization. Business Lawyer. 2018. Vol. 74. P. P. 93).

не являющимся инсайдерами (*nonmanagement creditors*), этот стандарт является более высоким (*grossly inequitable conduct*)³⁴⁴. Такими кредиторами могут являться, например, банки, имеющие залоговые права на доли в компании или кредитные ковенанты, позволяющие оказывать влияние на должника³⁴⁵. При этом если инсайдеру приходится самому доказывать свою добросовестность, то в случае с лицами, не являющимися инсайдерами, бремя доказывания возлагается на истцов³⁴⁶.

Таким образом, с одной стороны, идея борьбы с недобросовестными участниками выглядит довольно заманчивой. В результате понижение в очередности будет осуществляться только в редких случаях доказывания их противоправности или злоупотреблений. С другой стороны, это создает для кредиторов довольно тяжелые условия доказывания признаков недобросовестности и противоправности (при условии, что бремя доказывания будет возложено на них). Можно ли признать в такой ситуации, например, недобросовестным тот факт, что все финансирование корпорации с момента основания осуществлялось контролирующими лицами только посредством корпоративных займов. Очевидно, что в этом случае доля такого кредитора при банкротстве окажется весомой. Вместе с тем прямого умысла, направленного на причинение вреда кредиторам путем создания условий для контролируемого банкротства, не будет установлено. Кроме того, едва ли возможно заранее установить виды недобросовестных действий. Ключевым в этом случае станет вопрос о стандарте добросовестности участника. Суды могут либо занять позицию о том, что предполагается, что участник недобросовестен, если довел общество до банкротства, либо презюмировать добросовестность по общим правилам гражданского законодательства (ст. 10 ГК РФ) – в таком случае это усложняет задачу для внешних кредиторов доказывания недобросовестности участников. Недобросовестно ли, например, то, что контролирующее лицо, имея контроль над

³⁴⁴ См.: *Huber U., Habersack M. Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen.* In: Lutter M. (Hrsg.). *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa.* Berlin. 2006. S. 370–433.

³⁴⁵ См.: *DeNatale A., Prudence B. Abram.* Op. cit. P. 417–448.

³⁴⁶ См.: *In re Mr. R's Prepared Foods, Inc., 251 B.R. 24 (Bankr. D. Conn. 2000).*

обществом, способствовал выплате в первую очередь долга по своему займу, а только по остаточному принципу оставшимся кредиторам³⁴⁷?

Кроме того, в литературе справедливо обращается внимание на то, что применение принципа добросовестности приобрело угрожающие масштабы³⁴⁸. Однако суды при этом затрудняются в конкретизации этого принципа при применении их к конкретным фактическим обстоятельствам³⁴⁹. Полагаем, что аналогичная проблема может настичь институт субординации обязательственных требований контролирующих лиц. В результате вопрос о субординации займов будет предметом судебной оценки и, в конечном счете, судебного усмотрения, что влечет неконтролируемые риски для участников оборота.

Необходимо учитывать политико-правовые основания, которые лежат в основе особого правового положения контролирующих лиц, имеющих обязательственные требования к должнику. С нашей точки зрения, если у такого лица наличествует подавляющий контроль над обществом и возможность извлекать из него все доходы, то оно не вправе переносить свои предпринимательские риски на внешних кредиторов, приобретая возможность конкурировать с ними наравне, вне зависимости от наличия умысла на причинение вреда кредиторам. Субординация, таким образом, является следствием распределения рисков, а не наказанием за правонарушение или недобросовестное поведение. По существу, политико-правовым основанием первого названного подхода является идея наказания, которая должна решаться, с нашей точки зрения, в рамках иных правовых институтов (субсидиарной ответственности и т. п.).

Итак, недостатками обсуждаемого подхода являются отсутствие правовой определенности, невозможность закрепления заранее соответствующих критериев.

³⁴⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 15.11.2018 № 301-ЭС18-9388(1) по делу № А43-5622/2016.

³⁴⁸ См.: *Фогельсон Ю.Б.* Принцип добросовестности в российской судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 9. С. 103–116.

³⁴⁹ См.: *Скловский К.И.* Применение права и принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 2. С. 94–119.

2. *Модель субординации обязательственных требований, возникших на основании обязательств, заключенных на нерыночных условиях (модель переквалификации).*

Один из возможных подходов заключается в том, что при решении вопроса о наличии оснований для субординации требований контролирующих лиц суд должен изучать положения договоров на предмет их соответствия обычным условиям, на которых заключаются аналогичные сделки. Соответственно, необходимо проверять, являются ли положения договоров займа обычными (в том числе в части сроков погашения), условия о процентной ставке рыночными, имеется ли по ним обеспечение исполнения обязательств и т. д. В общем, предоставил ли средний разумный предприниматель заем на таких условиях³⁵⁰.

В России такой подход получил наибольшее понимание и распространение среди судей и разработчиков изменений в законодательство о банкротстве. Так, Министерством экономического развития Российской Федерации был разработан законопроект³⁵¹, согласно которому требования учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия, по замыслу разработчиков должны включаться в реестр требований кредиторов и подлежать удовлетворению после требований конкурсных кредиторов и уполномоченных органов³⁵².

Концепция переквалификации обязательственных требований контролирующих лиц в отношении по поводу увеличения уставного капитала распространена в США. Восходит эта доктрина также к упомянутому делу ВС

³⁵⁰ Под условиями понимаются именно условия договора, а не время предоставления займа.

³⁵¹ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс] Режим доступа: regulation.gov.ru (законопроект был опубликован на указанном портале, но поскольку он не имеет достаточной индивидуализации в названии его нахождение затруднено. Автор основывается на личном архиве, поскольку участвовал в обсуждении соответствующего законопроекта).

³⁵² При этом предлагалось указать в Законе о банкротстве, что для целей его применения к требованиям, вытекающим из такого участия, относятся в том числе требования учредителей (участников) должника по сделкам, если цена этой сделки и (или) иные условия (в том числе процентная ставка по кредиту) существенно в лучшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки.

США «*Pepper v. Litton*»³⁵³, в котором, помимо прочего, было отмечено, что суд может переqualифицировать займы контролирующих лиц в отношении по поводу взносов в уставный капитал, несмотря на то, что само дело было решено с применением доктрины справедливой субординации (*equity subordination*). В отличие от последней, концепция переqualификации не была законодательно кодифицирована. Суды США, однако, опираются на § 105 Банкротного кодекса США, в котором регулируются полномочия суда в банкротном процессе.

Основной особенностью этой доктрины является то, что в этом случае нет необходимости устанавливать недобросовестность кредитора³⁵⁴. Суды указывают, что при рассмотрении таких требований следует исходить из действительной правовой природы отношений (*true substance*)³⁵⁵. Эта доктрина близка к идее притворных сделок. Вместе с тем право переqualификации предоставлено только банкротным судам, и, соответственно, вне дела о несостоятельности она невозможна. Следует отметить, что при переqualификации данные требования понижаются ниже тех требований, которые возникают при «справедливой субординации», как требования по выплате ликвидационной квоты (*equity*).

Критерии применения долгое время не были четко определены. Впервые они были сформулированы в деле «*Cold Harbor*»³⁵⁶. Суд указал, что необходимо «просеять» сделку через следующие три аспекта: 1) формальная составляющая заключенного договора займа (*the formality of the alleged loan agreement*); 2) оценка финансовой ситуации на момент предоставления займа (*the financial situation of the company when the creditor made the purported loan*); 3) оценка характера отношений между кредитором и должником (*the relationship between the creditor and the debtor*).

Суды могут переqualифицировать сделки в отношении по поводу увеличения уставного капитала, если условия договора являются неопределенными и необычными (*vague and unpecific*). Они обращают внимание на реальную волю

³⁵³ См.: *Pepper v. Litton* 308 U.S. 295, 306-07 (1939).

³⁵⁴ См.: *Summit Coffee Co. v. Herby's Foods, Inc. (In re Herby's Foods, Inc.)*, 2 F.3d 128 (5th Cir. 1993).

³⁵⁵ См.: *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306-07 (1939).

³⁵⁶ См.: *Cold Harbor Assocs, L.P.*, 204 BR.

сторон договора при исследовании его условий³⁵⁷. Например, заем может быть переквалифицирован, если его возврат и уплата процентов по нему поставлены под условие успешности бизнеса³⁵⁸. Отсутствие фиксированной даты погашения займа и графика уплаты процентов (например, беспроцентные займы) сигнализируют о том, что заем может быть переквалифицирован. Также суды обращают внимание на то, на какие цели были использованы займы. Они могут быть переквалифицированы, если на заемные средства были куплены производственные активы, поскольку, по мнению судов, заемные средства обычно используются для удовлетворения текущих расходов³⁵⁹. Кроме того, особое внимание уделяется наличию обеспечения исполнения обязательств, его отсутствие является существенным сигналом в пользу переквалификации.

В случае если на момент предоставления займа компания находилась в затруднительном финансовом положении и не могла привлечь финансирование на рынке, это может стать основанием для переквалификации. При этом, в отличие от доктрины справедливой субординации (*equity subordination*), одного этого обстоятельства может быть достаточно.

Последним фактором, который должен приниматься во внимание, является характер взаимоотношений между должником и кредитором. Если, например, контролирующее лицо взамен предоставления займа получает должность в составе менеджмента компании, то это является признаком, достаточным для переквалификации. Кроме того, займы всех участников, предоставленные в размере их актуальных долей в обществе, также сигнализируют о притворности.

Вышеуказанные критерии еще более подробно были конкретизированы в деле «*AutoStyle Plastics*»³⁶⁰, в котором сформулированы 11 факторов, по которым проверяется наличие оснований для переквалификации займа: 1) наименования, данные правовым инструментам; 2) наличие или отсутствие фиксированной даты

³⁵⁷ См.: *United States v. Colorado Invesco, Inc.*, 902 F. Supp. 1339,1342 (D. Colo. 1995).

³⁵⁸ См.: *Roth Steel Tube Co. v. Commissioner*, 800 F.2d 625, 631 (6th Cir. 1986).

³⁵⁹ См.: *Celotex Corp. v. Hillsborough Holdings Corp.* (In re Hillsborough Holdings Corp.), 176 B.R. 223, 249 (Bankr. M.D. Fla. 1994).

³⁶⁰ См.: *AutoStyle Plastics, Inc.* (227 BR 797 - Bankr. Court, WD Michigan, 1998); *Braunschweig V. Op. cit.* S. 194–198.

и графика погашения задолженности (наличие отсрочек по платежам); 3) наличие или отсутствие фиксированной процентной ставки и процентных платежей; 4) источник погашения займа; 5) достаточность или недостаточность капитализации; 6) идентичность интересов между кредитором и акционером; 7) наличие обеспечений исполнения обязательств по займам; 8) кредитоспособность (возможность должника привлечь финансирование от третьих лиц); 9) степень, в которой платежи были субординированы относительно требований внешних кредиторов (если имеется соглашение о субординации); 10) степень, в которой платежи были использованы для приобретения основных фондов; 11) наличие или отсутствие фонда для обеспечения погашения.

При этом наличия только одного критерия недостаточно. Необходимо установить совокупность нескольких обстоятельств, перечисленных выше. Например, если заем будет предоставлен компании, находящейся в кризисе, могут быть обнаружены такие факторы, как недостаточность капитализации, отсутствие обеспечения исполнения обязательств и некредитоспособность.

Таким образом, для применения доктрины переквалификации нет необходимости устанавливать наличие недобросовестных действий и причинение вреда кредиторам. Переквалификация может быть осуществлена на основе объективных критериев, разработанных судебной практикой³⁶¹. Кроме того, она, в отличие от доктрины справедливой субординации (*equity subordination*), применяется только по отношению к инсайдерам компании. Вместе с тем различие между ними является довольно тонким. Например, недостаточная капитализация компании может стать основанием как для субординации, так и для переквалификации. Какой из инструментов применит суд в конкретном деле, нельзя предсказать с достаточной степенью уверенности³⁶².

³⁶¹ См.: *Tucker M.R.* Debt Recharacterization During an Economic Trough: Trashing Historical Tests to Avoid Discouraging Insider Lending. *Ohio State Law Journal*. 2010. Vol. 71. No. 1. P. 187–228.

³⁶² См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 162–167.

Так, в деле «Dornier Aviation»³⁶³ материнская компания, владеющая 100 % долей дочерней, предоставила заем последней. Согласно условиям договора дочерняя организация должна вернуть заем из полученных доходов от бизнеса. Однако дочерняя организация обанкротилась, и материнская компания предъявила свои требования. Апелляционный суд четвертого округа США (*United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*) переквалифицировал эти займы на основании того, что, во-первых, материнская компания имела статус инсайдера, во-вторых, отсутствовала четкая договоренность о сроках возврата займа, в-третьих, на момент предоставления займа имелись признаки неплатежеспособности заемщика.

Последняя правоприменительная практика в США демонстрирует, что суды обращают очень пристальное внимание на критерии, изложенные в настоящем разделе, и субординация и переквалификация только за сам факт наличия статуса инсайдера не осуществляются³⁶⁴.

Очевидно, что в такой ситуации сторонники данного подхода держат в голове притворные сделки. Если участник предоставляет беспроцентный заем своему обществу на длительный срок без обеспечения, то, по их мнению, эта сделка направлена на пополнение оборотных средств. С одной стороны, данная логика заслуживает внимания. Однако могут быть выдвинуты следующие контрдоводы.

Основное возражение заключается в том, что неясны политико-правовые задачи, которые достигаются в данном случае. Получается, что достаточно участнику заключить заем на рыночных условиях, и он не будет понижаться в очередности (субординироваться). Таким образом, создаются стимулы для участников предоставлять займы только на рыночных условиях. Едва ли такой подход может быть оправдан весомыми аргументами. Кроме того, даже если участник, например, предоставит заем с рыночной процентной ставкой, он может в последующем выплаченные проценты обратно внести в виде нового займа,

³⁶³ См.: *In re Official Committee of Unsecured Creditors for Dornier Aviation (north America)*, 453 F.3d 225 (4th Cir. 2006).

³⁶⁴ См.: *Alternate Fuels, Inc.*, 2015 WL 3635366 (10th Cir. June 12, 2015) (2-1) («AFI»).

капитализировав в результате тело уже существующего долга. Срок погашения займа также не может играть заметной роли, поскольку участник вправе заключить договор займа до востребования, однако не востребовать его длительное время.

Следствием обсуждаемой модели является решение вопросов о том, на основе каких критериев следует определять рыночность условий договора займа. В США, как уже отмечалось, в этом отношении, например, существует огромная и противоречивая практика с многочисленными соответствующими признаками, которые имеют тенденцию только к нарастанию³⁶⁵. Едва ли этот путь является оптимальным.

Итак, представляется, что недостатками обозначенного подхода являются, во-первых, затруднительность определения рыночности условий договора (как следствие, отсутствие правовой определенности), во-вторых, отсутствие политико-правовых обоснований такого подхода, который опирается по большому счету только на идею притворности и выяснения истинной воли сторон.

3. Модель субординации обязательственных требований, возникших в условиях кризиса хозяйственного общества.

Согласно этому подходу обязательственные требования контролирующих лиц могут понижаться в очередности только при условии, если они были предоставлены в условиях кризиса общества. Идея при этом состоит в том, что контролирующие лица, которые имеют возможность влиять на развитие бизнеса, в случае доведения общества до кризисной ситуации не должны компенсировать недостаточность капитала путем предоставления займов, а должны либо подать заявление о собственном банкротстве (ч. 1 ст. 9 Закона о банкротстве), либо ликвидироваться (подробно довод изложен в § 3 главы 2 настоящей работы). В то время как финансирование в отсутствие кризисной ситуации, по общему правилу, не должно влечь поражение участников в правах.

Такая модель была характерна для Германии до реформы законодательства в 2008 г. Первое дело, касающееся займов контролирующих лиц, в Германии

³⁶⁵ См.: Белоусов И.А. Указ. соч.

датируется 1937 г.³⁶⁶. Единственный участник общества с ограниченной ответственностью предоставил несколько займов своему обществу, у которого было недостаточно финансовых ресурсов, а также поручился в пользу общества за внешние кредиты. Общество впало в банкротство, и участник потребовал удовлетворения своих требований наравне с иными кредиторами. Имперский суд Германии признал предъявление требований к своему обществу злоупотреблением правом, нарушающим права иных кредиторов (*Schaden der anderen Gläubiger*) и противоречащим добрым нравам (*Treu und Glauben*). Суд указал, что согласно законодательству Германии общество отвечает перед кредиторами всем своим имуществом. Следовательно, оно должно служить для удовлетворения именно их требований. Участник, предъявляя требования к собственному обществу, преследовал объективно необоснованное и несовместимое со здравым сознанием народа (*gesundem Volksempfinden*³⁶⁷) стремление, которое нарушает цель указанных законоположений (*Zweck der Gesetzesbestimmungen*). Таким образом, по мнению суда, участник общества не вправе уменьшать в свою пользу имущество юридического лица, предназначенное для удовлетворения требований кредиторов (*Haftungsfond*), в ущерб последним.

В дальнейшем ВС Германии продолжил практику Имперского суда Германии в деле «*Lufttaxi*»³⁶⁸, в котором были закреплены основные правовые позиции относительно особого режима займа участников юридического лица при банкротстве.

Общество *Lufttaxi GmbH* занималось воздушными перевозками. Оно было основано в 1953 г., но уже через два месяца после основания исчерпало весь свой собственный капитал и, следовательно, оказалось несостоятельным. Ответчиком по иску конкурсного управляющего являлся учредитель доверительного управления (*Treugeber*) всеми долями в обществе, признанный судом фактическим

³⁶⁶ См.: RG. Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37.

³⁶⁷ Термин, используемый со времен национал-социализма для обозначения мнимого мнения немецкого народа. Активно использовался в юридических вопросах, в том числе в текстах законов.

³⁶⁸ См.: BGH Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57.

контролирующим лицом общества. Он предоставил компании в последующий период после наступления фактической несостоятельности общества несколько займов для поддержания платежеспособности. Частично займы были выплачены ответчику. Соответственно, конкурсный управляющий предъявил требование о возврате этих сумм в конкурсную массу.

ВС Германии исходил из применения абзаца 1 § 31 Закона Германии об ООО³⁶⁹ по аналогии, учитывая, что единственной целью предоставления займа являлось стремление избежать возникновения обязанности подать заявление о собственном банкротстве (абзац 1 § 64 Закона Германии об ООО в действующей на момент рассмотрения спора редакции³⁷⁰) путем предотвращения несостоятельности общества. Вместе с тем суд отмечает, что займы могли бы служить этой цели, если их предоставление не привело бы одновременно к возникновению задолженности. Однако они учитываются как пассивы компании. Исходя из этого, ВС Германии пришел к выводу, что цель ответчика могла бы быть достигнута, только если предоставленный капитал рассматривался бы в качестве увеличения собственного капитала общества. В результате действия ответчика были признаны нарушающими принцип добросовестности в форме противоречивого поведения (§ 242 ГГУ), поскольку вместо того, чтобы увеличить собственный капитал, ответчик предоставил заем обществу.

Таким образом, ВС Германии в соответствии с § 30, § 31 Закона Германии об ООО признал займы ответчика взносами в уставный капитал, поскольку они были предоставлены во избежание обязательства по подаче заявления о банкротстве. Субъективная цель ответчика сыграла решающую роль. Однако суд определил это на основе объективного критерия, а именно – исходя из избранного ответчиком времени предоставления займа.

Указанный подход также был распространен на обязательственные требования контролирующих лиц, вытекающих из финансирования, которое было

³⁶⁹ Абз. 1 § 31: «Выплаты, противоречащие положениям § 30, должны быть возмещены обществу.»; абз. 1 § 30: «Имущество общества, необходимое для поддержания уставного капитала, не может быть распределено между его участниками.».

³⁷⁰ В настоящее время действует § 15а Положения Германии о несостоятельности.

предоставлено задолго до кризисных ситуаций в обществе³⁷¹. ВС Германии указал, что займы, которые были предоставлены в то время, когда компания была платежеспособна, следует рассматривать как замещающие собственный капитал (*eigenkapitalersetzend*), хотя несостоятельность наступила позднее. По мнению суда, не имеет значения, был ли предоставлен заем вновь или намеренно не был востребован во время несостоятельности общества. Таким образом, особый режим обязательственных требований контролирующих лиц при банкротстве (капиталозамещающих займов) касается не только займов, предоставленных во время кризиса, но и «старых» займов, которые не были востребованы.

При этом под кризисом ВС Германии понимал ситуацию, когда общество не только неплатежеспособно или несостоятельно, но и когда оно фактически некредитоспособно с точки зрения третьих лиц, т. е. не может привлечь финансирование извне (от независимых третьих лиц)³⁷².

Правовые позиции, сформированные судами, впервые были закреплены в Германии на законодательном уровне в 1980 г. путем внесения изменений в Закон Германии об ООО (§ 32a и § 32b), Положение Германии о несостоятельности (§ 135) и Закон об оспаривании правовых действий должника вне конкурсного процесса (*Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens. vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911)*) (§ 6).

Вместе с тем, как указал ВС Германии³⁷³, разработанные судебной практикой правила с соответствующим применением § 30, § 31 Закона Германии об ООО по аналогии также подлежат применению параллельно с новыми нормами закона. Поэтому указанную реформу нельзя назвать кодификацией судебной практики в прямом смысле этого слова. Таким образом, образовался некий двойной режим

³⁷¹ См.: BGH Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77.

³⁷² См.: BGH Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77.

³⁷³ См.: BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84.

регулирования (*zweispurigen Regelungsregime*). Однако конкретное взаимодействие двух регуляторных правил так и не было окончательно конкретизировано³⁷⁴³⁷⁵.

В отличие от подходов, ранее разработанных на уровне ВС Германии на основе норм о поддержании уставного капитала, субординированное удовлетворение обязательственных требований осуществлялась независимо от того, предоставлен ли кредит для компенсации недостаточной капитализации компании. Единственным решающим фактором в соответствии с новыми нормами являлось время предоставления финансирования. Также в Законе Германии об ООО была четко проведена идея о том, что под режим капиталозамещения подпадают займы, выданные не только в ситуации фактической несостоятельности

³⁷⁴ См.: *Menzel H.* Op. cit. S. 29.

³⁷⁵ В § 32a Закона Германии об ООО (в редакции 1980 г.) было установлено следующее: «1) Если участник общества в то время, когда разумный предприниматель увеличил бы собственный капитал общества (кризис общества), вместо этого предоставит заем своему обществу, то он может требовать погашения своего займа в деле о несостоятельности за счет общества только как субординированный кредитор.

2) Если третье лицо в то время, когда разумный предприниматель увеличил бы собственный капитал общества (кризис общества), вместо этого предоставит заем обществу, в обеспечение которого участник общества предоставил обеспечение, то оно может требовать удовлетворения только в том объеме, в котором не получило удовлетворения за счет обеспечения участника.

3) Эти положения аналогично применяются к другим правовым актам участника или третьего лица, которые в экономическом смысле сопоставимы с займом участника. Эти правила не применяются к участнику, который владеет менее чем 10 % долей в обществе. Если кредитор приобретает долю в обществе, находящемся в кризисе, для целей его преодоления, то к его существующим и вновь предоставленным займам правила о капиталозамещении не применяются.».

§ 32b Закона Германии об ООО (в редакции 1980 г.) предусматривал, что: «Если общество погасит кредит в течение года до подачи заявления о банкротстве или после подачи такого заявления, то участник, который предоставил обеспечение или выступил в качестве поручителя, должен возместить обществу погашенную сумму. В этом случае применяется § 146 Положения Германии о несостоятельности. Обязательство участника существует только в размере той суммы, в которой участник во время погашения кредита поручился либо ценности выданного им обеспечения. Участник освобождается от этого обязательства, если он предоставит обществу предмет, который служил кредитору в качестве обеспечения. Эти правила применяются соответственно и к другим правовым актам, которые экономически соответствуют предоставлению кредита.».

Таким образом, норма § 32b Закона Германии об ООО защищала кредиторов в ситуации, когда в течение одного года до момента открытия производства по делу о несостоятельности был погашен кредит, предоставленный третьим лицом и обеспеченный контролирующим лицом. В этом случае у общества в отношении контролирующего лица, выдавшего обеспечение, возникало требование о возмещении в размере погашенного займа, но не свыше суммы обеспечения. Таким образом, даже если обеспечение контролирующего лица по кредиту третьего независимого лица не было реализовано, соответствующую сумму впоследствии конкурсный управляющий мог истребовать в конкурсную массу.

общества, но и в том случае, если оно является некредитоспособным с точки зрения третьих лиц (*Kreditunwürdigkeit*).

Кроме того, было четко обозначено, что режим капиталозамещения применяется не только к займам участников корпорации, но и к другим правовым актам участника или третьего лица (*andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten*), которые в экономическом смысле сопоставимы с займом участника (*wirtschaftlich entsprachen*), тем самым была введена некоторая «генеральная клаузула». Главным образом в нее должны были подпадать займы контролирующих лиц. Под эту клаузулу также подпадали требования из иных договоров (в частности, договора купли-продажи), которые не были востребованы либо пролонгированы участником до банкротства.

В § 135 Положения Германии о несостоятельности была установлена возможность для конкурсного управляющего оспаривать удовлетворение (*Befriedigung*) требований кредиторов, вытекающих из капиталозамещающих займов, а также обеспечение исполнения обязательств контролирующего лица в пользу общества. Обеспечение могло быть оспорено, если оно совершено в течение 10 лет до подачи заявления о банкротстве. Удовлетворение требований кредиторов, вытекающих из капиталозамещающих займов, могло быть оспорено в течение года.

Изложенная дореформенная немецкая модель была заимствована австрийским правом. Заметную роль в этом сыграла статья Р. Остхейма, в которой довольно подробно разобран немецкий опыт ³⁷⁶. Это одна из основополагающих работ, которая написана по данной теме в Австрии. Ключевые идеи, изложенные в ней, нашли свое воплощение уже через два года в судебной практике ВС Австрии.

Правовая позиция относительно обязательственных требований контролирующих лиц при банкротстве была впервые сформулирована ВС Австрии

³⁷⁶ См.: *Ostheim R. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise. Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Österreich. 1989. S. 122–132.*

в 1991 г.³⁷⁷. Именно с этого дела берет отсчет развитие правового регулирования в отношении займов участников контролирующих лиц. Можно заметить, что это произошло значительно позже, чем в Германии.

Один из участников предоставил заем своему обществу в период затруднительного финансового положения, наступившего в результате выхода нескольких участников из компании. Заем согласно условиям договора мог быть востребован в любой момент при условии, что экономические условия функционирования общества позволяли бы его погасить. Однако до наступления банкротства он не был истребован. Участник заявил свои требования в реестр, возражения на которые были выдвинуты конкурсным управляющим. Соответственно, в банкротстве возник вопрос о допустимости удовлетворения требований участника наравне с иными кредиторами.

В мотивировочной части решения ВС Австрии со ссылкой на работу Р. Остхейма указывает следующее: «Как справедливо отмечает Р. Остхейм, проблематика капиталозамещающих займов участников общества заключается в том, что акционеры пытаются сохранить общество, находящееся в затруднительном финансовом положении, путем предоставления займов вместо того, чтобы увеличивать собственный капитал для целей санации компании...»³⁷⁸.

Суд называет такое поведение оскорбительным (*Anstößige*), поскольку в этом случае участники финансируют общество путем займов только потому, что они рассчитывают извлечь из этого выгоду в своих интересах, уменьшая риски от предоставления новых средств обществу в максимально возможной степени в ущерб внешним кредиторам.

ВС Австрии решил дело, применив по аналогии норму о дополнительных взносах участников общества в уставный капитал (§ 74 Закона Австрии об ООО). Так, в решении отмечается: «... если акционеры не используют такой инструмент финансирования, как дополнительные взносы, прибегая вместо этого к «квзисамофинансированию» [*«Quasi-Eigenfinanzierung»* – А.Ш.] через займы

³⁷⁷ См.: OGH Urt. v. 08.05.1991 – 8 Ob 9/91.

³⁷⁸ Ibid.

участников, то существует пробел, который должен быть закрыт путем аналогии, поскольку при использовании этого метода финансирования кредиторы связаны теми же рисками, которые законодатель хотел предотвратить относительно выплаты дополнительных взносов...»³⁷⁹.

Таким образом, ВС Австрии также указывает на основную политико-правовую идею, лежащую в основе такого решения: «Капиталозамещающий заем участника имеет место тогда, когда общество в момент предоставления займа было некредитоспособно, т. е. оно не смогло бы получить кредит от третьего лица на рыночных условиях, и без дополнительного увеличения собственного капитала или займов участников ему пришлось бы ликвидироваться.»³⁸⁰.

Из вышеизложенного следует, что ВС Австрии недвусмысленно дал понять, что обязательственные требования контролирующих лиц понижаются в очередности, если во время их предоставления общество было некредитоспособно (находилось в кризисе). Кризис устанавливается с учетом всех обстоятельств: баланс общества, наличие ликвидности, свободного имущества, которое может быть использовано в качестве обеспечения, и т. д. Вместе с тем главный критерий является оценочным – необходимо определить, предоставило бы любое не аффилированное с обществом лицо ему финансирование или нет (прежде всего это касается банков)³⁸¹.

Однако позиция о понижении в очередности при условии предоставления займа во время кризиса впоследствии была расширена. Так, уже в другом деле³⁸² ВС Австрии подчеркнул, что, если заем изначально был предоставлен вполне кредитоспособному обществу, однако затем не был востребован участником (*Stehenlassen*), правила о субординации подлежат применению.

В практике также утвердилось понимание, что понижаться в очередности могут требования, возникшие не только из договора займа, но и из иных

³⁷⁹ OGH Urt. v. 08.05.1991 – 8 Ob 9/91.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ См.: OGH Urt. v. 24.02.2000 – 6 Ob 235/99; OGH Urt. v. 23.11.1999 – 7 Ob 366/98v.

³⁸² См.: OGH Urt. v. 22.12.1993 – 8 Ob 28/93. См. также: *Ostheim R.* Zur Behandlung «stehengelassener» Gesellschafterdarlehen. Anmerkungen zu 8 Ob 28/93. WBl. 1994. S. 185–188.

экономически эквивалентных правовых актов (*darlehensgewährung wirtschaftlich gleichstehen handlungen*). В качестве примера приводится отсрочка уплаты цены по договору (купли-продажи, подряда и т. п.), а также предоставление необычных условий оплаты по договору в обменных сделках (*Austauschverträgen*)³⁸³. Более того, ВС Австрии указал, что правила о капиталозамещении применяются также к обеспечениям, выданным участником общества в пользу юридического лица³⁸⁴.

Взвесив все подходы и приняв во внимание имеющуюся литературу по этому вопросу и немецкий опыт, относительно передачи участником имущества в пользование по договору аренды ВС Австрии отметил, что в данном случае также имеются основания для применения правил о капиталозамещении³⁸⁵. Кроме того, в течение обозначенного в договоре срока участник не может отказаться от договора и обязан принудительно предоставлять имущество бесплатно (*unentgeltlich*) на время кризиса общества (пока оно не будет санировано)³⁸⁶. Суд руководствовался идеей о том, что, предоставляя имущество в пользование, участник может поддерживать общество, находящееся в кризисе, так же успешно, как если бы он предоставлял заем³⁸⁷.

В деле, рассмотренном в 1993 г., ВС Австрии распространил требования о капиталозамещении на займы контролирующих лиц – так называемых фактических владельцев бизнеса (*eigentlichen Eigentümer*), которые оказывали опосредованное контролирующее влияние на общество³⁸⁸.

С учетом сложившейся практики, которая практически полностью восприняла немецкие наработки в этой сфере, Министерство юстиции Австрии уже в 1993 г. разработало законопроект³⁸⁹ о внесении изменений в Кодекс Австрии о

³⁸³ См.: OGH Urt. v. 07.11.2002 – 8 ObS 200/02y.

³⁸⁴ См.: OGH Urt. v. 12.03.1998 – 8Ob336/97p.

³⁸⁵ См.: OGH Urt. v. 28.01.1997 – 1Ob2044/96m.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ См.: OGH Urt. v. 16.09.1993 – 8 Ob 15/93.

³⁸⁹ См.: Gesetzentwurf Ministerialentwurf betreffend eines Bundesgesetzes, mit dem die Anfechtungsordnung, die Ausgleichsordnung, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Handelsgesetzbuch, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und die Konkursordnung geändert werden (Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1993 – IRÄG 1993). URL:

несостоятельности (*Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren vom 17. Juli 1973*) (далее – Положение Австрии о несостоятельности), Закон Австрии об ООО и в некоторые иные законы, в соответствии с которым в Законе Австрии об ООО должны были появиться два новых параграфа – § 74a и § 74b, практически полностью аналогичные § 32a и § 32b Закона Германии об ООО³⁹⁰. Однако проект подвергся критике, и от него было решено отказаться³⁹¹. Критика прежде всего состояла в том, что у самих немцев имелось большое число не решенных в законодательстве вопросов. Поэтому простое копирование немецкого шаблона без решения имеющихся вопросов было признано нецелесообразным³⁹².

После долгих обсуждений в 2003 г. рабочая группа под председательством Ф. Мора завершила создание Закона о замещении капитала, который вступил в силу с 01.01.2004. В пояснительных материалах к нему указывалось: «Целью проекта является нахождение баланса между защитой кредиторов и интересами участников в возможности свободно решать, каким образом финансировать свое общество.»³⁹³.

Основа австрийского подхода была лаконично сформулирована уже в § 1 Закона о замещении капитала, который гласит, что кредит [заем – А.Ш.], предоставляемый участником (акционером) обществу во время кризиса, считается замещающим собственный капитал.

В § 2 Закона о замещении капитала раскрыто содержание понятия «кризис общества». Под ним понимается: неплатежеспособность (*Zahlungsunfähigkeit*) (§ 66

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XVIII/ME/ME_00322/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

³⁹⁰ См.: *Althuber F., Brandstätter T., Haberer T.* Gesellschafterleistungen in der Krise – Neuregelung des österreichischen Eigenkapitalersatzrechts. NZI. 2004. S. 610–615.

³⁹¹ См., напр.: *Ostheim R.* Zur geplanten Neuregelung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Entwurf zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz. WBl. 1993. S. 386–393; *Schmidt K.* Fortschritt im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen. RdW. 1994. S. 135.

³⁹² См., напр.: *Nowotny C.* Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens. ÖBA. 1994. S. 669.

³⁹³ Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz — EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 — GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

Положения Австрии о несостоятельности))³⁹⁴, несостоятельность (или «сверхзадолженность») (*Überschuldung*) (§ 67 Положения Австрии о несостоятельности))³⁹⁵, а также ситуация, когда коэффициент обеспеченности собственным капиталом (§ 23 Федерального закона Австрии о реорганизации компаний (*Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen vom 12. September 1997*) (далее – Закон о реорганизации компаний)) общества составляет менее 8 %, а предполагаемый срок погашения задолженности (§ 24 Закона о реорганизации компаний) – более 15 лет, кроме случаев, когда при этом общество не нуждается в реорганизации. Иными словами, это ситуация, когда наступает объективное банкротство общества и, соответственно, возникает обязанность подачи заявления о собственной несостоятельности. Таким образом, кризис общества, в отличие от ранее действовавшей практики ВС Австрии, определяется на основе более объективных критериев (*objektivierbare Kriterien*)³⁹⁶.

Закон о замещении капитала также исключает из-под режима правил о капиталозамещении краткосрочные займы, предоставленные на срок не более 60 дней (абзац 1 § 3 Закона о замещении капитала). Кроме того, положения Закона о замещении капитала позволили решить вопрос передачи участником имущества

³⁹⁴ В § 66 Положения Австрии о несостоятельности указывалось: «1. Открытие производства по делу о несостоятельности предполагает, что должник является неплатежеспособным.

2. Неплатежеспособность возникает в ситуации, когда должник прекращает платить по своим обязательствам.

3. Неплатежеспособность не предполагает, что кредиторы настаивают на выплате. Тот факт, что должник полностью или частично удовлетворил или еще может удовлетворить требования отдельных кредиторов, сам по себе не оправдывает предположения о том, что он является платежеспособным.».

³⁹⁵ Согласно § 67 Положения Австрии о несостоятельности:

«1. Открытие процедуры несостоятельности в отношении зарегистрированных товариществ, в которых нет физических лиц, несущих неограниченную ответственность по своим долгам, в отношении имущества юридических лиц и наследственной массы, если иное не установлено иными специальными законами, осуществляется также при несостоятельности.

2. Положения настоящего Федерального закона, касающиеся неплатежеспособности в этих случаях, также применяются к несостоятельности.

3. При проверке того, существует ли расчетная несостоятельность, обязательства – в том числе предоставления, которые заменяют собственный капитал, – не учитываются, если кредитор заявляет, что он осуществит удовлетворение после устранения отрицательного собственного капитала или в случае ликвидации после удовлетворения всех кредиторов, и что на основе этих обязательств процедура несостоятельности не должна открываться.».

³⁹⁶ См.: *Fellner M., Mutz M. Eigenkapitalersatz-Gesetz. Praxiskommentar. Wien, WUV-Univ.-Verlag. 2004. S. 49.*

в пользование, указав, что если обществу предоставлена вещь в пользование или оказана услуга, то предоставление займа может распространяться только на предоставление в денежной форме, а не на передачу в пользование или оказание услуги (абзац 3 § 3 Закона о замещении капитала). Также Закон о замещении капитала в § 4 определяет виды организационно-правовых форм юридических лиц, на которые распространяются его нормы. Более того, было закреплено, что капиталозамещению подлежат требования участника, владеющего не менее 25 % в уставном капитале общества, а также связанных (аффилированных) лиц (§ 8).

Была прямо урегулирована выдача обеспечений участниками в пользу своего юридического лица: в § 15 Закона о замещении капитала установлено, что если участник (акционер) предоставил обеспечение в пользу третьего лица в виде залога или иного эквивалентного обеспечения в то время, когда предоставление кредита [займа – А.Ш.] заменило бы собственный капитал, то до тех пор, пока общество не будет санировано, третье лицо удовлетворяется за счет обеспечения без необходимости первоначального предъявления требования к обществу.

В силу § 14 Закона о замещении капитала участник (акционер) не может требовать возврата займа, признаваемого капиталозамещающим, и проценты по нему, пока общество не будет санировано. Кроме того, все произведенные платежи участнику (акционеру), которые осуществлены в нарушение этого правила, подлежат истребованию в течение последних пяти лет.

Таким образом, австрийский правопорядок находился под очень сильным влиянием немецкого права. Правила о капиталозамещении в значительной степени соответствуют немецким дореформенным позициям³⁹⁷.

В целом такой подход имеет под собой весомое политико-правовое обоснование. Однако против него могут быть также выдвинуты следующие контраргументы. Во-первых, неясно, каким образом устанавливать наличие кризиса общества. Возможен объективный критерий путем установления условий для подачи заявления о собственном банкротстве (объективное банкротство,

³⁹⁷ См.: *Gehrlein M. Op. cit.*

неплатежеспособность)³⁹⁸, либо субъективный – возможность общества привлечь финансирование от сторонних инвесторов. Как было показано выше, суды за рубежом испытывали существенные затруднения относительно этого критерия, что приводило к полному отсутствию правовой определенности. Во-вторых, такой подход довольно существенно усложняет правоприменение, поскольку каждый раз судам будет необходимо устанавливать *ex post*, имелись ли в прошлом на момент предоставления займа признаки кризиса общества. При этом документы финансового состояния общества на тот момент могут быть утрачены, сфальсифицированы и т. д. В-третьих, неясно, необходимо ли понижать займы, которые были предоставлены задолго до кризисных факторов. Очевидно, что участники могут заранее позаботиться о том, чтобы существенную часть инвестиций составляли займы. Кроме того, они вовсе могут финансировать общество только путем займов. В этом случае уже может оказаться так, что, хотя в кризисной ситуации общество и не финансировалось посредством займов, тем не менее, участник будет иметь контролируемую долю при банкротстве. То есть проблема номинальной недостаточной капитализации, когда существенная часть инвестиций участников составляют займы, в то время как только их небольшая часть внесена в виде собственного капитала, может остаться нерешенной.

В целом, модель субординации при условии предоставления займа в кризис общества имеет под собой довольно убедительное обоснование, однако является сложной при практическом применении. Кроме того, эта модель не в полной мере решает проблему номинальной недостаточной капитализации.

4. *Модель субординации обязательственных требований, возникших в период подозрительности (в течение одного года до возникновения обязанности по обращению в суд с заявлением о банкротстве (ст. 9 Закона о банкротстве))*³⁹⁹.

Данная модель в своей публикации была предложена И.В. Кокориным. Обоснование при этом было представлено следующее: «... необходимость

³⁹⁸ О признаках и критериях банкротства см.: Карелина С.А. Экономическая сущность несостоятельности и правовая форма ее реализации // Предпринимательское право. 2019. № 2. С. 24–30.

³⁹⁹ См.: Кокорин И.В. Указ. соч. С. 125–126.

обеспечения правовой определенности, а также презумпция того, что такие отдаленные по времени [применительно к дате возбуждения дела о банкротстве – А.Ш.] займы не наносят ущерба интересам кредиторов...»⁴⁰⁰. В зарубежной литературе такой подход предлагается также Л. Лонгом⁴⁰¹. Он считает, что введение данной модели стимулирует контролирующих «... серьезно подумать, прежде чем делать инвестиции в должника. Если они рациональны, то станут кредиторами только в том случае, если они: 1) уверены, что должник не столкнется с финансовыми трудностями, требующими защиты от банкротства; 2) в достаточной степени уверены в том, что в случае банкротства у должника будет достаточно активов даже для погашения требований субординированных кредиторов; или 3) риск невозврата низкий...»⁴⁰².

Для начала следует отметить, что нам неизвестны правопорядки, в чистом виде реализовавшие отмеченную модель. Она по своей логике наиболее приближена к подходу, изложенному выше, который условно можно обозначить как «недопустимость заемного финансирования в кризисный период». Однако по существу в данной ситуации презюмируется, что кризис имеет место в период подозрительности.

Не вполне ясно политико-правовое обоснование такого подхода: почему мы поражаем в правах требования контролирующих лиц, предоставленные в период подозрительности. Тезис о том, что «отдаленные по времени займы не наносят ущерба интересам кредиторов», позволяет заключить от обратного, что займы, предоставленные в период подозрительности, причиняют вред кредиторам во всех случаях, а предоставленные до этого периода – нет. Если обоснование в том, что понижать нужно именно потому, что займы причиняют вред кредиторам, то было бы более правильным исходить из того, что если будет доказано, что вред кредиторам не причинен даже в период подозрительности (что вполне возможно

⁴⁰⁰ Кокорин И.В. Указ. соч. С. 125–126.

⁴⁰¹ См.: Long Leonard J. Automatic Subordination as Incentive for Insider Creditors' Prudential Investing. *Journal of Law and Commerce*, Vol. 13, Issue 1. 1993. P. 97–142.

⁴⁰² Ibid.

помыслить), участники вправе удовлетворяться с ними в равной очереди. Однако такой вывод И.В. Кокориным не постулируется.

Вывод Л. Лонга о том, что контролирующие лица профинансируют свое общество, только если уверены, что вернут свои деньги, также неубедителен, поскольку если бы это действительно было так, то нечего было бы обсуждать в данном случае, ведь внутренние кредиторы и не мешали бы удовлетворяться внешним. Но жизнь показывает, что, как правило, контролирующие лица конкурируют с внешними кредиторами, когда активов на всех недостаточно.

При этом считаем поспешным вывод И.В. Кокорина о том, что отдаленные во времени займы не причиняют вред кредиторам. Во-первых, в такой ситуации остается нерешенной проблема номинальной недостаточной капитализации, обозначенная выше, при которой участник заранее может позаботиться о том, чтобы существенная часть его инвестиций составляли займы (что, безусловно, может причинять вред кредиторам точно так же, как если бы они были предоставлены в период подозрительности). Во-вторых, участники во избежание понижения их в очередности попросту будут стимулированы оттягивать введение процедуры, чтобы не попасть в период подозрительности.

Полагаем, что предлагаемый подход с понижением в очередности займов, предоставленных в период подозрительности, в погоне за правовой определенностью и стремлением уберечь некоторые экономически полезные займы от поражения в правах, не достигает ни того, ни другого, поскольку привязывается к случайному временному критерию. Займы, которые причиняют вред кредиторам (например, предоставленные в кризисный период), однако переданные за пределами сроков подозрительности, не учитываются изложенным подходом. В то же время неизбежно правопорядок будет вынужден начать бороться с искусственным оттягиванием введения процедуры, а также с проблематикой номинальной недостаточной капитализации.

5. Модель автоматической субординации обязательственных требований контролирующих лиц, возникших в результате финансирования хозяйственного общества.

Наконец, возможна модель автоматического понижения в очередности всех обязательственных требований контролирующих лиц вне зависимости от времени предоставления, условий договора и их добросовестности. Таким образом, многие недостатки, имеющиеся применительно к вышеизложенным моделям, при этом снимаются. Данный подход, однако, без прямого законодательного регулирования реализовать представляется затруднительным.

Так, в 2008 г. в Германии был принят вышеупомянутый закон – Закон о модернизации, §§ 32а, 32b Закона Германии об ООО утратили силу, § 39 Положения Германии о несостоятельности дополнен абзацами 4 и 5. Понятие кризиса общества из законодательства было исключено. Удовлетворение займов участников согласно § 39 Положения Германии о несостоятельности отнесено в пятую (последнюю) субординированную подочередь. § 39 Положения Германии о несостоятельности на сегодняшний день является ключевой нормой правил о капиталозамещении займов, в которой закрепляется, что любые займы и иные экономически эквивалентные предоставления участников и контролирующих лиц удовлетворяются в соответствующей субординированной очередности, за исключением случаев, когда участник владеет менее 10 % долей в обществе.

Кроме того, Положение Германии о несостоятельности дополняется § 44а, согласно которому если участник поручился за требование кредитора по договору займа или иной экономически эквивалентной сделке или выдал иное обеспечение, то кредитор может просить пропорционального удовлетворения своих требований из конкурсной массы только в той мере, в которой он не сможет реализовать обеспечение участника общества⁴⁰³. Параграф 135 Положения Германии о несостоятельности был дополнен абзацем, согласно которому если участник передал своему обществу объект в пользование, то право на удовлетворение в особом порядке (*Aussonderungsanspruch*) не может быть осуществлено во время производства по делу о банкротстве, если объект имеет большое значение для дальнейшего существования должника. Таким образом, данная норма никак

⁴⁰³ Эта норма перенесена из § 32b Закона Германии об ООО и не претерпела принципиальных изменений.

не решает вопрос субординации требований этого участника, ранее обсуждавшийся применительно к решению ВС Германии⁴⁰⁴.

В пояснительных материалах к вышеуказанным законам было указано⁴⁰⁵, что поскольку теперь любое обязательственное требование участника и контролирующего лица подлежит удовлетворению в последней очереди, то такое регулирование является намного более простым для юридической практики⁴⁰⁶. В то же время положение контролирующих лиц, предоставивших займы, в результате не ухудшается, так как в соответствии с дореформенным регулированием займы, предоставленные до кризиса и неостребованные впоследствии, как правило, также понижались в очередности судами⁴⁰⁷.

У. Хубер считает преимуществом такого подхода то, что контролирующие лица теперь с самого начала будут осведомлены о том, что они не будут получать квоты наравне со всеми. Он отмечает, что в соответствии с дореформенным регулированием этого точно невозможно было предсказать, и называет это существенным недостатком дореформенного регулирования⁴⁰⁸. При предоставлении займа контролирующее лицо теперь четко понимает, что его займы понижаются в очередности (*volenti non fit injuria*⁴⁰⁹)⁴¹⁰. Если он желает вложить средства, не неся при этом рисков, то необходимо это делать в бизнес, в котором он не участвует и управлением которым не занимается. Критерий кризиса был признан избыточным балластом в регулировании капиталозамещения займов

⁴⁰⁴ См.: BGH Urt. v. 16.10.1989 – Az. II ZR 307/88.

⁴⁰⁵ См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25.07.2007. BT-Drucksache 16/6140. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/16/061/1606140.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

⁴⁰⁶ См.: *Hirte H.* Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). In: Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV. 2008. S. 1429–435.

⁴⁰⁷ На практике довольно большая доля займов, предоставляемых участниками, признавались капиталозамещающими. Это было сделано прежде всего для упрощения рассмотрения споров, поскольку о правовой определенности было говорить сложно в условиях крайне расплывчатого понятия кризис (см.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 99–102, 108).

⁴⁰⁸ См.: *Huber U.* Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform. In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2010. S. 7.

⁴⁰⁹ Нет обиды изъясвившему согласие (*лат.*).

⁴¹⁰ См.: *Habersack M.* Op. cit.

участников⁴¹¹. Таким образом, было установлено, что участники должны нести риск несостоятельности своего общества⁴¹².

Отмечается также, что законодатель тем самым пожертвовал справедливостью конкретного случая во имя правовой определенности⁴¹³⁴¹⁴.

Таким образом, в соответствии с действующим регулированием в Германии все займы контролирующих лиц удовлетворяются в субординированной очередности, за исключением участников, владеющих не более 10 % долей в обществе. Генеральная клаузула о распространении правил о капиталозамещении в отношении правовых актов, экономически эквивалентных займам, позволяет по-прежнему применять правила о капиталозамещении в отношении займов контролирующих лиц и иных требований.

Очевидным преимуществом является отсутствие необходимости установления каких-либо дополнительных критериев. В результате существенно повышается уровень правовой определенности в этой сфере, что является довольно существенной ценностью⁴¹⁵, и упрощается применение соответствующих правил.

Против такого подхода обычно приводятся доводы о том, что автоматическое поражение участников является несправедливым. Ввиду того что закон не запрещает контролирующим лицам вступать в гражданско-правовые отношения

⁴¹¹ См.: *Habersack M.* Op. cit.

⁴¹² См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25.07.2007. BT-Drucksache 16/6140. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/16/061/1606140.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

⁴¹³ См.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 141.

⁴¹⁴ Как отмечает А.М. Ширвиндт: «... чем ближе юридическая форма подходит к конкретному случаю, тем более полно обстоятельства дела учитываются при его правовой оценке, но в то же время тем сложнее согласовать эту оценку с другими, обеспечить приложение равной меры к подобным случаям, и, наоборот, чем более высокого уровня обобщения достигает юрист, тем надежнее обеспечивается равенство меры, но тем больше риск, что равная мера будет приложена к случаям, различиям между которыми не должно быть отказано в правовом значении...» (*Ширвиндт А. М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius.* От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. М.: Статут, 2014. С. 203–242).

⁴¹⁵ Г. Радбрух, например, рассматривал принцип правовой определенности (*Rechtssicherheit*) как один из фундаментальных столпов права. При этом указанный принцип является такой же весомой ценностью, как и принцип справедливости (*Gerechtigkeit*) (см.: *Radbruch G.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1. 1946., S. 105–108).

с подконтрольным юридическим лицом, то и подход к соответствующим сделкам должен быть таким же, как и к отношениям юридического лица с любым третьим лицом. На первый взгляд кажется, что такой подход дестимулирует кредитовать общество не только недобросовестных участников, но и добросовестных и на рыночных условиях. В результате поражается в правах целая категория контролирующих лиц за факт такого статуса, что интуитивно зачастую воспринимается негативно. Однако в данном случае возможен основной контрдовод, который ранее уже упоминался, а именно – субординация не является следствием наказания за какие-либо действия, а является механизмом распределения рисков неудачи осуществления бизнеса на лиц, имеющих контроль и бенефициарный интерес. Более того, тезис о том, что это дестимулирует финансировать свое общество, ничем не подтверждается. Полагаем, что кредиторы не должны делить с участниками риски предпринимательской деятельности последних, удовлетворяясь с ними в равной очереди⁴¹⁶.

Следует отметить, что целесообразно для этих целей выделять на уровне закона или судебной практики отдельную очередность. Считаем, что таких кредиторов следует включать в реестр требований кредиторов в отдельную очередь с правом участия на собраниях кредиторов и получения необходимой информации.

Таким образом, полагаем, что наиболее приемлемой моделью понижения в очередности обязательственных требований контролирующих лиц является автоматическая субординация их требований вне зависимости от дополнительных критериев. Однако при установлении оснований субординаций требований контролирующего лица из иных оснований (не из договора займа) необходимо устанавливать волю, направленную на предоставление финансирования своему обществу. Иные модели субординации, во-первых, не в полной мере разрешают проблему номинальной недостаточной капитализации, а во-вторых, являются сложными в практическом применении.

⁴¹⁶ Наиболее близким к такому подходу в России является ранее упомянутая позиция Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-16866/2013, изложенная в решении от 28.09.2020, в соответствии с которой теоретически возможно признание по существу любого займа участника внутрикорпоративным.

§ 5. Правовые последствия субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в процедурах банкротства хозяйственного общества

В судебной практике долгое время обязательственные требования контролирующих лиц переквалифицировались в отношении по поводу увеличения уставного капитала (п. 2 ст. 170 ГК РФ), либо попросту не включались в реестр. Такой подход означал, что контролирующие лица не имели вовсе никакого процессуального статуса в деле о банкротстве. В лучшем случае они в ситуации переквалификации могли бы претендовать на участие в собраниях кредиторов без права голоса через представителя учредителей (участников) должника (ст. 12 Закона о банкротстве). Однако такое решение вряд ли можно признать справедливым, так как контролирующие лица имеют материальное требование к должнику, пусть и подлежащее удовлетворению в пониженной очередности.

В Австрии, например, долгое время были споры о том, удовлетворяются ли требования контролирующих лиц, которые понижены в очередности, в самостоятельной очереди либо они переквалифицируются и рассматриваются лишь как часть требований о выплате ликвидационной квоты. В результате долгих дискуссий и реформы в 2003 г. победил первый подход: требования контролирующих лиц получили самостоятельную очередность в деле о банкротстве (§ 57a Положения Австрии о несостоятельности)⁴¹⁷. Аналогичный путь пройден в немецкой судебной практике.

В этой связи очень важно выделять на уровне закона или судебной практики отдельную очередность. Как отмечает М.В. Телюкина, в разделении кредиторов на очереди проявляется один из основных принципов конкурсного права⁴¹⁸, что и было реализовано ВС РФ в п. 14 Обзора от 29.01.2020: требование контролирующего лица удовлетворяется в очередности, предшествующей

⁴¹⁷ См.: *Frizberg N.* Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren. Manz Verlag. Wien. 2021. S. 67.

⁴¹⁸ См.: *Телюкина М.В.* Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 186.

распределению ликвидационной квоты, а само такое лицо не имеет права голоса на собраниях кредиторов⁴¹⁹.

В Германии такие кредиторы именуются «кредиторами, подлежащими субординации» или «субординированными [подчиненными – А.Ш.] кредиторами» (*nachrangigen Gläubiger*). К ним относятся не только контролирующие лица, имеющие обязательственные требования к должнику, но и все другие кредиторы, чьи требования в деле о банкротстве не могут конкурировать с конкурсными требованиями (например, требованиями о взыскании штрафных санкций). Они устанавливаются в реестре требований кредиторов (если суд сочтет необходимым и есть шансы на удовлетворение их требований⁴²⁰), вправе участвовать в общих собраниях кредиторов, но только без права голоса, а также не могут оспаривать решения кредиторов⁴²¹⁴²².

В российском праве они тоже должны включаться в реестр требований кредиторов, но в этой связи возникает сложный вопрос о том, как это совместить с тем, что «опоздавшие кредиторы» (п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве), которые должны иметь более высокую очередность, в силу прямого указания закона не включаются в реестр и удовлетворяются после реестровых кредиторов. Получается некая аномалия: «опоздавшие кредиторы» не включаются в реестр, но удовлетворяются до некоторых включенных в реестр кредиторов. Но с ней, по-видимому, придется мириться, что лишь подтверждает, на наш взгляд, ошибочность невключения в реестр таких «опоздавших кредиторов».

ВС РФ при этом отмечает, что с процессуальной точки зрения такой кредитор имеет все права, предоставляемые участвующему в деле о банкротстве лицу (ст. 34

⁴¹⁹ ВС РФ справедливо разъясняет, что несмотря на более низкую вероятность получить реальное исполнение в процедуре банкротства, у данного лица сохраняется материальное требование к должнику, не являющееся корпоративным.

⁴²⁰ См.: § 174 Положения Германии о несостоятельности.

⁴²¹ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 39. Rn. 76. S. 558 (автор комментария – *M. Lüdtke*).

⁴²² Так, в соответствии с § 77 Положения Германии о несостоятельности субординированные кредиторы не имеют права голоса. Аналогично в Австрии такие кредиторы участвуют в общих собраниях без права голоса (см.: *Fellner M., Mutz M. Op. cit. S. 128*).

Закона о банкротстве) (п. 14 Обзора от 29.01.2020)⁴²³. Более того, он имеет право инициировать дело о банкротстве должника. Иное решение противоречило бы основному доводу в пользу субординации, закрепленному в п. 3 Обзора от 29.01.2020⁴²⁴.

Вместе с тем ВС РФ не решен вопрос о том, учитывается ли задолженность перед контролирующими лицами 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). Применительно к кредиторам из первоначального предоставления ВС РФ указал, что такие требования подлежат учету⁴²⁵. Полагаем, что оснований для обратного вывода применительно к требованиям контролирующих должника лиц не имеется. В абзаце 3 п. 11 ст. 61.11 Закона о банкротстве указано, что в размер субсидиарной ответственности не включаются требования контролирующего должника лица, привлеченного к субсидиарной ответственности, и его заинтересованных лиц, но не любых контролирующих лиц. Поэтому можно допустить ситуацию, когда контролирующее лицо для целей понижения в очередности его требований не будет являться заинтересованным лицом по отношению к лицу, привлеченному к субсидиарной ответственности. В обратной ситуации такие требования не должны учитываться.

⁴²³ Иными словами, он вправе участвовать в судебных заседаниях по делу о банкротстве, обжаловать принятые по этому делу судебные акты, заявлять возражения против требований кредиторов, подавать жалобы на действия арбитражного управляющего, участвовать в собраниях кредиторов без права голоса, подавать заявление о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности (см.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 25.02.2020 по делу № А06-3155/2018), оспаривать сделки должника и т. д.

⁴²⁴ Как отмечается в п. 14 Обзора от 29.01.2020, поскольку контролирующее лицо имеет материальное право требования к должнику, а также в силу наличия у самого должника права инициировать дело о банкротстве, ограничение подобного права контролирующего лица было бы нелогичным (см. также: определение СКЭС ВС РФ от 19.03.2020 № 308-ЭС19-20513(1,2,4) по делу № А53-5956/2018).

⁴²⁵ См.: определение СКЭС ВС РФ от 26.11.2018 № 305-ЭС18-11840 по делу № А40-70992/2017.

ГЛАВА 3. ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА СУБОРДИНАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА И АФФИЛИРОВАННЫХ С НИМ ЛИЦ

§ 1. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, основанных на отдельных видах обязательств

Без сомнений, наиболее распространенным случаем финансирования должника контролирующими лицами является договор займа (кредита), поскольку это и есть ключевое обязательство, опосредующее экономические отношения финансирования⁴²⁶. Несмотря на то, что архетипом, при котором возникает вопрос о необходимости понижения в очередности обязательственных требований контролирующих лиц, является заключение договора займа (при котором наличие финансирования всегда презюмируется), проблема может быть поставлена чуть шире: следует ли, например, понижать в очередности требования контролирующих лиц, вытекающие из иных сделок: купли-продажи, подряда, аренды, возмездного оказания услуг (в том числе с условием о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ))? Должны ли мы сказать, что субординации подлежат только требования, вытекающие из договора займа? Думается, очевидно, что, если мы ответим на последний вопрос положительно, возникнут многочисленные способы обхода обсуждаемого правила.

Заметим, что это обстоятельство находит свое отражение в используемой терминологии применительно к вопросам субординации в зарубежном праве. В частности, в Положении Германии о несостоятельности речь идет о займах участников (*Gesellschafterdarlehen*), а также о приравненных к ним с экономической точки зрения правовых актах (*Rechtshandlungen, die einem solchen*

⁴²⁶ Например, ВС РФ отмечает, что выдача займов является наиболее распространенной формой финансирования (определение СКЭС ВС РФ от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077(2) по делу № А65-1704/2019).

Darlehen wirtschaftlich entsprechen). Равным образом в англоязычной терминологии при обсуждении вопросов субординации используется, как правило, выражение «*shareholder loan*». В США аналогичным образом могут быть субординированы требования контролирующих лиц, если они возникли на ином основании. В данном случае ни наука, ни практика не проводят принципиального различия между ними для целей субординации⁴²⁷.

Таким образом, ключевая идея субординации заключается в том, что требования контролирующих лиц понижаются в очередности, если они экономически предоставили кредит своему обществу⁴²⁸.

Помимо займа, могут быть и иные правовые формы, опосредующие отношения экономического кредита. Так, под финансированием с экономической точки зрения также могут пониматься отсрочка (рассрочка) платежа должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды и т. д., отказ от принятия мер к истребованию задолженности, выдача поручительства, залога или иного обеспечения, приобретение требования контролирующим лицом у независимого кредитора, погашение долга подконтрольного лица перед внешним кредитором.

В российской литературе И.А. Белоусов вслед за зарубежными коллегами справедливо отмечает, что понижению должны подлежать не только требования по займам, но и любые требования, основанные на выдаче корпорации кредита участником⁴²⁹. Вместе с тем в данной ситуации можно было бы помыслить субординацию любых требований контролирующих лиц вне зависимости от оснований их возникновения. Именно такой жесткий вариант реализован, например, в Словакии⁴³⁰: в рамках этой модели контролирующее лицо не будет удовлетворяться с иными кредиторами в равной очереди вне зависимости от того,

⁴²⁷ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 182; *Herzog A.S., Zweibel J.B.* Op. cit.

⁴²⁸ Из этого исходит и ВС РФ, обсуждая в Обзоре от 29.01.2020 субординацию требований, возникших на основании договора займа (п. 3.1).

⁴²⁹ См.: *Белоусов И.А.* Указ. соч. С. 165.

⁴³⁰ См.: *Lutz G.S., Steinecker J.* A new subordination rule entered into force: the role of related party creditors in bankruptcy post Amendment to the Slovak Bankruptcy Act. 2012. URL: <https://spectator.sme.sk/c/20042879/a-new-subordination-rule-entered-into-force-the-role-of-related-party-creditors-in-bankruptcy-post-amendment-to-the-slovak-bankr.html> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

на каком основании возникло его требование. Подобный подход кажется чрезмерно радикальным. Полагаем, что необходимо устанавливать волю контролирующего лица, направленную на финансирование своего общества, которая предполагается при предоставлении займа. Это призвано подчеркнуть общую допустимость обычных хозяйственных гражданско-правовых отношений между аффилированными лицами. Вопрос понижения в очередности займов является следствием прежде всего капитализации (финансирования) своего бизнеса. Исходит из этого и ВС Германии⁴³¹, отмечая, что требования должны субординироваться, если имеет место предоставление финансовой помощи (*Finanzierungshilfe*) подконтрольному обществу, когда выполняется «функция финансирования» («*Finanzierungsfunktion*»)⁴³².

Так, экономически эквивалентными правовыми актами признаются предоставление отсрочки (*Stundung*) и договоренность по срокам оплаты (*Fälligkeitsvereinbarung*), если такая договоренность настолько отклоняется от обычно согласовываемых в таких случаях сроков, что это можно приравнять к фактическому предоставлению финансовой помощи обществу⁴³³. Аналогичного подхода придерживаются в Австрии⁴³⁴. Однако в силу § 3 Закона о замещении капитала требование субординироваться при этом не будет, если отсрочка была предоставлена по долгу, возникшему до кризиса.

Под режим капиталозамещения однозначно подпадает финансовый лизинг, поскольку существо конструкции заключается в финансировании⁴³⁵.

ВС Германии отметил: «... любые требования, вытекающие из обменных сделок [*Austauschgeschäften* – А.Ш.], независимо от основания их возникновения, выплаты по которым юридически или фактически были отсрочены, соответствуют займу, поскольку любая отсрочка с экономической точки зрения является

⁴³¹ См.: BGH Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13.

⁴³² См.: BGH Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18.

⁴³³ См.: *Baumbach A., Hueck A.* Kommentar zum GmbH. 20. Auflage. München. C.H. Beck. 2013. S. 54 (авторы комментария – *A. Baumbach, A. Hueck*).

⁴³⁴ См.: *Fellner M., Mutz M.* Op. cit.

⁴³⁵ См.: *Weber H.-J., Lepper M.* Op. cit.; *Егоров А.В.* Лизинг: аренда или финансирование? // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 3. С. 36–60.

кредитом...»⁴³⁶. Ранее эта идея почти дословно была отражена в статье одного из судей – М. Гехрлейна⁴³⁷. М. Хаберзак подчеркнул: «... решающим фактором для квалификации требования в качестве капиталозамещающего является факт предоставления кредита своей компании участником, при этом неважно, в какой форме: займа, отсрочки платежа либо каким-либо иным образом.»⁴³⁸.

В пояснительных материалах к австрийскому Закону о замещении капитала отмечается, что «Кредитом [займом – А.Ш.] по смыслу настоящего федерального закона является также любое соглашение о том, что вознаграждение за предварительное исполнение участником должно быть предоставлено обществом позже, например купля-продажа с условием о коммерческом кредите.»⁴³⁹.

В связи с этим возникает вопрос: каким образом устанавливать направленность воли на предоставление финансирования применительно к обменным сделкам (купля-продажа, мена, подряд и услуги и т. д.)? Если по договору поставки своему обществу срок платежа в пользу участника установлен в размере 6 месяцев, есть ли здесь намерение профинансировать, а если такой срок составляет 1 год, 2 года, 10 лет?

В Австрии законодательно предусмотрен срок в 6 месяцев, при котором участник не будет понижаться в очередности и не лишен права доказать, что установление более длительных сроков отсрочки является обычным для этой сферы (§ 3 Закона о замещении капитала). Соответственно, если срок отсрочки составляет 6 месяцев, то финансирования нет, следовательно, нет и оснований для понижения в очередности. Если же срок отсрочки превышает 6 месяцев, то предполагается финансирование, но участник не лишен возможности доказать обратное.

⁴³⁶ BGH Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13.

⁴³⁷ См.: *Gehrlein M.* Op. cit.

⁴³⁸ *Habersack M.* Op. cit.

⁴³⁹ Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2018).

В России решение и без того непростого вопроса применительно к банкротству усложняется тем, что по настоящее время в судебной практике нет понимания того, при каких обстоятельствах возникают отношения по коммерческому кредитованию по смыслу ст. 823 ГК РФ⁴⁴⁰. С одной стороны, в практике широко представлена позиция, что отношения по коммерческому кредитованию возникают при несовпадении во времени моментов оплаты по договору и предоставления встречного исполнения и только при условии прямого указания в договоре на то, что такое несовпадение является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредитованию⁴⁴¹. С другой стороны, некоторые суды отмечают, что коммерческим кредитованием считается всякое несовпадение во времени момента оплаты по договору и предоставления встречного исполнения даже без указания на то, что такое несовпадение является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредитованию⁴⁴². Избрание для целей субординации первого подхода, очевидно, неприемлемо – нетрудно предсказать, что популярность таких оговорок, не отражающих при этом реально складывающихся экономических отношений, может возрасти в разы.

Поэтому, скорее, следует за точку отсчета воспринимать позицию, в соответствии с которой коммерческим кредитованием может считаться всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по заключенному договору, когда товары поставляются (работы выполняются, услуги оказываются) ранее их оплаты либо платеж производится ранее передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг) (имплицитная теория). Однако такой механический подход выискивания временных лагов по оплате, по крайней мере, применительно к решению вопроса о наличии оснований для понижения в очередности требований контролирующего лица, также вряд ли можно признать приемлемым и справедливым. Необходим дополнительный критерий. Несмотря на заметную

⁴⁴⁰ См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2019. С. 682–692 (автор комментария к ст. 823 ГК РФ – А.Г. Карапетов)

⁴⁴¹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 19.12.2017 по делу № 306-ЭС17-16139.

⁴⁴² См.: постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 04.06.2012 по делу № А40-34524/2011-38-173Б, от 25.04.2006 по делу № А41-К1-11344/05.

абстрактность, им может быть упоминаясь выше критерий направленности воли участника на предоставление компенсационного финансирования своему обществу. В свою очередь, такую направленность следует определять на основе объективных критериев, прежде всего, типичности соответствующих схем платежа. Если, например, отсрочка платежей в 30 дней на практике является довольно распространенным явлением применительно к отношениям поставки оборудования (в том числе в отношениях между независимыми участниками гражданского оборота), то следует исходить из отсутствия намерения профинансировать общество, а значит, отсутствуют основания для понижения таких требований в очередности. Таким образом, суду надлежит выяснить, насколько несовпадение встречных предоставлений применительно к конкретному случаю является типичным. В ситуации когда участник не востребует долгое время встречное предоставление по договору купли-продажи и т. д., в большинстве случаев можно усмотреть такое намерение, поскольку средний разумный предприниматель так себя не ведет без надлежащего на то основания.

ВС РФ в п. 3.3 Обзора от 29.01.2020 разъясняет, что разновидностью финансирования по смыслу п. 1 ст. 317.1 ГК РФ является предоставление контролирующим лицом, осуществившим неденежное исполнение, отсрочки, рассрочки платежа подконтрольному должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды и т. д. по отношению к общим правилам о сроке платежа (об оплате товара непосредственно до или после его передачи продавцом (п. 1 ст. 486 ГК РФ), об оплате работ после окончательной сдачи их результатов (п. 1 ст. 711 ГК РФ), о внесении арендной платы в сроки, обычно применяемые при аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах (п. 1 ст. 614 ГК РФ) и т. п.)⁴⁴³. Заметим, что в данном разъяснении отсутствуют ссылки на правила о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ), что, на наш взгляд, неслучайно.

⁴⁴³ ВС РФ в определении СКЭС от 10.08.2020 № 306-ЭС20-1077(2) по делу № А65-1704/2019 отмечает: «... финансирование может осуществляться посредством авансирования должника (предварительной оплаты приобретаемого у него товара) – предоставления ему средств в счет оплаты товара до его передачи, то есть путем проведения расчетов по договору купли-продажи с отступлением от диспозитивных правил п. 1 ст. 486 ГК РФ)».

Более того, приведенная позиция выводится по смыслу п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, а не из буквального значения нормы. По общему правилу, ВС РФ исходит из того, что всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по договору является компенсационным финансированием. Однако контролирующее лицо вправе доказать, что такая отсрочка или рассрочка не является компенсационным финансированием, а была обусловлена объективными особенностями соответствующего рынка товаров, работ, услуг (ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ)).

Одновременно возникает другой ключевой вопрос: на кого возлагается бремя доказывания отсутствия (или наличия) намерения профинансировать в рамках соответствующих отношений? С одной стороны, исходя из защиты интересов оборота, возможно, следовало бы отталкиваться от того, что компенсационного финансирования нет, а иное может быть доказано кредитором в силу нетипичности условий, слишком значительной просрочки в оплате подтвержденного долга и т. д.

С другой стороны, в силу своей близости к собственной корпорации контролирующее лицо способно завуалировать фактическое предоставление компенсационного финансирования иными гражданско-правовыми конструкциями. Поэтому представляется, что любые *prima facie* (на первый взгляд) доводы внешнего кредитора относительно компенсационного финансирования или свидетельства о завуалированности предоставления финансирования должны влечь переход доказывания по правилам доказательственного пинг-понга⁴⁴⁴ к контролирующему должника лицу с использованием стандарта доказывания отсутствия компенсационного финансирования вне всяких сомнений.

⁴⁴⁴ 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 № 306-ЭС15-8369 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 24–26; *Смола А.А.* Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 129–165; *Смольников Д.И.* Переход бремени доказывания в гражданском судопроизводстве: игра в пинг-понг или стрельба из лука? // Закон. 2019. № 1. С. 138–148.

Хороший пример из судебной практики в своей статье приводит И.М. Шевченко⁴⁴⁵. Компания перечислила обществу предоплату по договору поставки (между обществом и участником с долей 49 %) в размере 1 500 000 рублей, но продавец не поставил товар. Компания обратилась с заявлением о включении этой задолженности в реестр требований кредиторов. Суд первой инстанции возложил бремя доказывания того, что правоотношения сторон носили реальный характер, а не «опосредовали движение денежных средств внутри группы аффилированных лиц», на участника и отметил, что «само по себе перечисление должнику 1 500 000 рублей не свидетельствует о наличии задолженности по договору». Фактически суд в данном случае, возложив бремя доказывания реальности возникших отношений, а также указав на вероятность «движения денежных средств внутри группы аффилированных лиц», говорит о намерении участника профинансировать свое общество, возлагая бремя доказывания обратного на последнего.

Основываясь на изложенных рассуждениях, ВС РФ в п. 3.4 Обзора от 29.01.2020 подчеркивает, что любые не устраненные контролирующим лицом разумные сомнения относительно того, являлось ли предоставленное им финансирование компенсационным, толкуются в пользу независимых кредиторов.

Отдельно необходимо обратить внимание на проблематику передачи имущества в пользование по договору аренды применительно к субординации обязательственных требований контролирующих лиц. В ситуации, когда контролирующее лицо передает предмет аренды подконтрольному обществу, возникает вопрос о том, можно ли в данном случае увидеть определенную финансовую помощь, оказываемую самим фактом передачи предмета аренды. Речь не идет о включении этого предмета в конкурсную массу. Надо сказать, что это всерьез обсуждалось в Германии⁴⁴⁶ и такие предложения были отклонены ВС

⁴⁴⁵ См.: *Шевченко И.М.* К вопросу о рассмотрении в делах о банкротстве требований, основанных на отношениях внутрикорпоративного (внутригруппового) характера // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2018. № 4. С. 36–54.

⁴⁴⁶ См.: *Wiedemann H.* Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung. In: ZIP. 1986. S. 1293–1303.

Германии⁴⁴⁷. Вместе с тем неясно, необходимо ли в данном случае исходить из общего правила о том, что в таких отношениях необходимо усматривать финансирование. Должны ли понижаться в очередности требования из такого договора в любом случае – то есть применяться более жесткий подход?

В целой серии дел, которые получили название «*Lagergrundstück*»-*entscheidungen*», ВС Германии⁴⁴⁸ признал передачу имущества в пользование по договору аренды предоставлением, экономически эквивалентным договору займа. В связи с этим было признано, что все арендные платежи подлежат удовлетворению в субординированной очереди (вне зависимости от того, была по ним отсрочка уплаты либо нет), а выплаченные платежи могут быть истребованы в установленный законом период. Кроме того, было указано, что после открытия производства по делу о несостоятельности участник не может отказаться от договора и должен продолжать безвозмездно предоставлять имущество в пользование неплатежеспособной компании в течение согласованного в договоре периода (либо в разумный срок)⁴⁴⁹.

После реформы 2008 г. законодатель Германии решил прямо урегулировать проблематику передачи имущества участниками в пользование должнику⁴⁵⁰. Так, в новой редакции § 135 Положения Германии о несостоятельности указано, что если должнику предоставлено имущество в использование, требование об особом порядке удовлетворения (как кредитора с требованием об изъятии имущества (*Aussonderungsberechtigte Glaubiger*)⁴⁵¹) может быть заявлено в ходе производства по делу о банкротстве не более чем в течение одного года с момента открытия производства, если при этом имущество имеет существенное значение (*erheblicher Bedeutung*) для продолжения деятельности должника. Исходя из устоявшейся

⁴⁴⁷ См.: BGH Urt. v. 11.07.1994 – Az.: II ZR 146/92.

⁴⁴⁸ См.: BGH Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGH Urt. v. 16.10.1989 – Az. II ZR 307/88.

⁴⁴⁹ См.: *Dr. Claus-Peter Kruth*. Gesellschafter als Vermieter in der Insolvenz der Betriebsgesellschaft – Das Ende der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung! DStR 2015. S. 1454–1458; *Marotzke W.* Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO. 2008. S. 1281–1292.

⁴⁵⁰ См.: *Bitter G.* Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010. S. 1–15.

⁴⁵¹ См.: *Шумарева Т.П.* Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015.

судебной практики, имущество признается имеющим существенное значение, если продолжение деятельности компании иначе невозможно либо повлечет существенные убытки, а также если имущество участника не так легко заменить за счет другого контрагента⁴⁵². Участник при этом имеет право на компенсацию за пользование имуществом (*Ausgleichsanspruch*). Следует признать, что это заметное улучшение позиции участников, поскольку в соответствии с вышеуказанной практикой ВС Германии пользование предоставлялось бесплатно. Кредиторы по требованию о компенсации являются кредиторами массы (*Massegläubiger*)⁴⁵³. Расчет основывается на среднем вознаграждении, уплаченном за последний год до открытия процедуры по договору, если период пользования меньше, то за весь период. Таким образом, законодатель решил позаботиться о том, чтобы имущество, необходимое для возможной санации компании, не было изъято участником.

ВС Германии⁴⁵⁴ в 2015 г. отметил, что согласно подразумеваемой воле законодателя в соответствии с послереформенным регулированием передача имущества в пользование не попадает под режим правил о капиталозамещении. Суд прямо указал, что ранее выплаченные арендные платежи не подлежат оспариванию по правилам § 135 Положения Германии о несостоятельности, если их уплата не была отсрочена участником.

В Австрии в § 3 Закона о замещении капитала указано, что если обществу предоставлена вещь в пользование или оказана услуга, то предоставление займа может распространяться только на предоставление в денежной форме, а не на передачу в пользование или оказание услуги. Кроме того, § 26а Положения Австрии о несостоятельности был реализована аналогичная немецкой идея о том, участник-арендодатель не может изъять объект аренды из конкурсной массы, если в ином случае это причинит вред кредиторам. Таким образом, законодатель как в Германии, так и в Австрии сосредоточил основное внимание на обеспечении

⁴⁵² См., напр.: BGH Urt. v. 03.12.2009 – IX ZR 7/09.

⁴⁵³ См.: *Шушмарева Т.П.* Указ. соч.

⁴⁵⁴ См.: BGH Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13.

недопустимости причинения вреда кредиторам путем изъятия вещи участником-арендодателем из конкурсной массы.

В США равным образом могут быть субординированы требования, возникшие из договора аренды. В данном случае ни наука, ни практика не проводят принципиального различия между ними для целей субординации⁴⁵⁵.

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

Например, в деле № А41-4408/2016, рассмотренном Арбитражным судом Московского округа⁴⁵⁶, между аффилированными лицами (в обществе-должнике и в обществе-займодавце должность единоличного исполнительного органа занимало одно и то же лицо) был заключен договор аренды, согласно которому общество передало должнику манипулятор и экскаватор, а должник обязался вносить арендную плату за пользование имуществом. В период действия договора арендодатель надлежащим образом исполнил свои обязательства по предоставлению в аренду спецтехники, оказанию услуг по ее управлению и технической эксплуатации, однако арендатор-должник в нарушение обязательств по договору не вносил арендную плату, в связи с чем образовалась крупная задолженность. Общество-арендодатель заявило впоследствии данные требования в реестр.

В данном деле поскольку арендатор практически не вносил арендную плату, наличие компенсационного финансирования не вызывает сомнений. Допустим, что арендатор ежемесячно и исправно бы ее вносил. Справедливо ли в таком случае не субординировать требования такого арендодателя? Отсутствие субординации

⁴⁵⁵ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 182; *Herzog A.S., Zweibel J.B.* Op. cit.

⁴⁵⁶ См.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.05.2017 по делу № А41-4408/2016.

в таком случае провоцирует контролирующих лиц приобретать имущество в свою собственность и предоставлять впоследствии подконтрольному обществу. С одной стороны, они таким образом защищают активы от рисков банкротства, с другой стороны, получают шанс на установление своих требований в реестре наравне с иными кредиторами⁴⁵⁷⁴⁵⁸. А.В. Егоров и К.А. Усачева, рассматривая практику создания унитарных предприятий, за которыми собственник не закрепляет имущество на вещном праве, а передает его на праве аренды, отмечают, что, очевидно, собственник преследует цель спасения своих активов⁴⁵⁹. Поэтому является желательным создание стимулов для контролирующих лиц инвестировать средства в подконтрольное общество для целей закупки соответствующих необходимых активов, а не предоставлять их в пользование своему обществу.

Следует также заметить, что помещение всех активов на одну из компаний группы может рассматриваться в качестве обычной практики и объясняться иными мотивами⁴⁶⁰. ВС Германии исходит из общего подхода о том, что арендные платежи подпадают под регулирование правил о капиталозамещении только в том случае, если их уплата будет отсрочена участником. При этом суд обосновывает свой тезис тем обстоятельством, что обменные сделки (*Austauschgeschäften*), в том числе договор аренды, не выполняют финансовую функцию (*keine Finanzierungsfunktion*), поскольку средства выплачиваются из компании по взаимовыгодной сделке. Только если платежи по арендным платежам будут отсрочены или не востребованы участником, можно говорить о предоставлении финансовой помощи подконтрольному обществу, поскольку любая отсрочка с экономической точки зрения является кредитом (*jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt*). ВС Германии также разъясняет, что, например, требование, вытекающее из договора о возмездном оказании услуг

⁴⁵⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015.

⁴⁵⁸ Примечательно, что в деле, рассмотренном ВС Германии, наблюдалась аналогичная ситуация, когда общество без производственных средств, предоставленных участником в аренду подконтрольному лицу, не могло бы осуществлять свою деятельность и было бы по существу нежизнеспособно (см.: BGH Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91).

⁴⁵⁹ См.: Егоров А.В., Усачева К.А. Указ. соч.

⁴⁶⁰ См.: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York. 2005. P. 11.

участником своему обществу, по общему правилу, не подпадает под режим капиталозамещения, однако если встречное предоставление участника было отсрочено, то оно будет удовлетворяться уже в субординированной очереди⁴⁶¹.

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

ВС РФ в п. 3 Обзора от 29.01.2020 сформулировал позицию в отношении договора аренды в русле общего подхода к сделкам обменного характера, а именно – о понижении в очередности в случае нетипичности для обычной практики платежей («при аренде коммерческой недвижимости арендная плата обычно вносится ежемесячно»), и если арендодатель «не принимал мер к истребованию в разумный срок задолженности», продолжив сдавать имущество в аренду, несмотря на просрочку уплаты. Полагаем, что дела о субординации, в которых подконтрольное общество исправно вносит арендную плату, будут немногочисленны. Поэтому, как представляется, изложенный в Обзоре от 29.01.2020 подход также будет в большинстве случаев «вылавливать» указанные схемы арендодателей-контролирующих лиц.

Полагаем, что ВС РФ сформулировал позицию в русле зарубежных правопорядков, которая догматически является последовательной.

Отдельно следует упомянуть финансирование, осуществляемое путем отказа от принятия мер к истребованию задолженности.

В дореформенной судебной практике Германии и Австрии суды отмечали, что если заем изначально был предоставлен не в условиях кризиса, но затем не был востребован контролирующим лицом (*Stehenlassen*), то подлежат применению правила о понижении в очередности. В данном случае контролирующему лицу ставится в упрек, что он, прекрасно зная о финансовом положении компании, не стал истребовать свои займы, а, наоборот, намеренно отсрочил их до наступления банкротства.

⁴⁶¹ См.: BGH Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07.

Здесь необходимо иметь в виду, что речь идет о ситуации, когда у контролирующего лица была возможность истребовать заем, пусть и ценой наступления имущественного кризиса должника, но он не стал этого делать, по существу, тем самым профинансировав должника в этот момент. Следовательно, если даже заем изначально предоставлялся до имущественного кризиса, но при наступлении срока его погашения он не истребуется, а также если контролирующее лицо намеренно отказывается от реализации права на досрочное истребование займа (хотя разумный участник оборота реализовал бы его в заданных условиях) или подписывает дополнительное соглашение о продлении срока платежа, требование субординируется.

Однако если контролирующее лицо предпринимало попытки истребовать заем и фактическая отсрочка возникла по причине неплатежеспособности подконтрольного общества (*unfreiwillige stundung*)⁴⁶², то оснований применять обсуждаемую правовую позицию не имеется. Как отмечает К. Толе, решающее значение в этом случае должно иметь осознанное решение о финансировании (*Finanzierungsentscheidung*), исходящее от контролирующего лица⁴⁶³. Необходима воля, направленная на предоставление финансирования обществу. А она отсутствует, если истребовать финансирование объективно было невозможно по причине наступившей к этому моменту неплатежеспособности должника.

Таким образом, 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. По сути, такое понижение в очередности призвано воспрепятствовать попыткам обхода правил о субординации требований контролирующих лиц путем неостребования своих займов. Как полагает Высший Окружной суд Гамбурга (*Landgericht Hamburg*), требование, по которому предоставлена отсрочка, может

⁴⁶² См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 39. Rn. 32. S. 553 (автор комментария – *M. Lüdtke*).

⁴⁶³ См.: *Thole C. Op. cit.*

рассматриваться в качестве займа только в том случае, если эта сумма осознанно не востребована (оставлена должнику) с целью его финансирования⁴⁶⁴.

Отсрочка по любому обязательству может попасть под режим капиталозамещения. Так, ВС Германии указал, что требование, вытекающее из договора о возмездном оказании услуг участником своему обществу, по общему правилу, не подпадает под режим капиталозамещения, однако если встречное предоставление участника было отсрочено, то оно будет удовлетворяться уже в субординированной очереди⁴⁶⁵.

Исходя из вышеизложенного, любая обменная сделка (*austauschgeschäften*) (купля-продажа, мена и т. д.), по преобладающему мнению, не подпадает под режим капиталозамещения, если не было отсрочки платежей. Оппонируют, пожалуй, этой позиции только разве что У. Хубер и М. Хаберзак, полагая, что любые требования участников, независимо от основания их возникновения, должны удовлетворяться в субординированной очереди даже вне зависимости от наличия отсрочки платежей⁴⁶⁶.

Таким образом, считаем обоснованным подход немецкого правопорядка, согласно которому требования контролирующих лиц субординируются независимо от оснований их возникновения, если последние фактически предоставляют кредит своему обществу. В частности, в купле-продаже при наличии отсрочки платежей. Бремя доказывания, что при наличии такой отсрочки отсутствует намерение профинансировать свое общество, должно лежать на контролирующем лице.

⁴⁶⁴ См.: LG Hamburg Urt. vom 18.06.2015 Az. 301 O 1/15.

⁴⁶⁵ См.: BGH Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07. Также ВС Германии в данном решении отмечает: «... обязательства участника по оказанию услуг своему обществу ... в результате неспособности признания их в качестве неденежных вкладов в уставный капитал не могут быть переклассифицированы в капиталозамещающие и, более того, не могут рассматриваться в соответствии с принципами капиталозамещающего пользования, поскольку это приведет к неприемлемому результату в виде обязательства участника продолжать оказывать услуги без компенсации. Однако не исключено, что не востребованное за оказанные услуги вознаграждение может приобрести капиталозамещающий характер».

⁴⁶⁶ См.: Huber U., Habersack M. Op. cit., S. 1.

Отдельный сложный вопрос возникает применительно к возможности понижения в очередности требований контролирующих лиц, возникших на основании договора поручительства и иных обеспечительных сделок (залога, гарантий контролирующего лица).

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

Любопытным представляется вопрос о том, а является ли фактически выдача обеспечения контролирующим лицом в пользу своего подконтрольного общества финансированием. То есть следует ли понижать в очередности суброгационные требования из таких обеспечений.

ВС РФ в определении от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1)⁴⁶⁷ фактически признал, что субординации подлежат также суброгационные требования контролирующего лица, возникшие из договора поручительства.

В российской литературе предлагалось также понижать в очередности требования, вытекающие из обеспечений контролирующих лиц, однако при этом техника исполнения этой идеи подробно не обсуждалась⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014.

⁴⁶⁸ См.: *Белоусов И.А.* Указ. соч. С. 165; *Горбашев И.В.* Указ. соч.

В Гамбургском комментарии к Положению Германии о несостоятельности указано, что с экономической точки зрения фактически разницы между предоставлением займа (финансирования) и выдачей обеспечения (вещного либо личного) участником в пользу своего общества нет⁴⁶⁹. Следовательно, в Германии исходят из того, что к таким ситуациям нужно применять правила о капиталозамещении. При этом чаще всего здесь сам заем не считается капиталозамещающим, поскольку третье лицо (чаще всего банк) является независимым по отношению к заемщику. В немецкой литературе в связи с этим отмечается, что, поскольку сам заем не подпадает под режим капиталозамещения, возникает необходимость в особом регулировании⁴⁷⁰.

Вследствие этого возможно смоделировать следующие три ситуации:

1) требования кредитора удовлетворяются за счет обеспечения контролирующего лица, и последний устанавливается в банкротстве с суброгационным⁴⁷¹ требованием;

2) требования кредитора, обеспеченные контролирующим лицом (залог, поручительство), удовлетворяются за счет имущества должника (например, за счет обеспечения самого должника);

3) в период подозрительности заем, обеспеченный контролирующим лицом, погашается должником, либо контролирующее лицо успевает реализовать свои суброгационные (регрессные) требования.

В Германии этому вопросу посвящен § 44а Положения Германии о несостоятельности. Основная идея регулирования состоит в том, что риски в результате должны быть возложены на контролирующее лицо, предоставившее обеспечение. Так, ВС Германии отмечает, что обеспечение участников общества с точки зрения экономического результата должно быть реализовано в преимущественном порядке⁴⁷².

⁴⁶⁹ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 39. Rn. 39. S. 572–573 (автор комментария – *M. Lüdtke*).

⁴⁷⁰ См.: *Braunschweig V*. Op. cit. S. 55.

⁴⁷¹ В данном случае термины «суброгация» и «регресс» используются как синонимы.

⁴⁷² См.: BGH Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11.

Для достижения этой цели в Положении Германии о несостоятельности содержится ряд правил. В § 44а указано, что после открытия процедуры несостоятельности в отношении должника кредитор может получить удовлетворение своих требований из конкурсной массы, только когда отсутствует возможность получить удовлетворение за счет обеспечения контролирующего лица. То есть третье лицо при банкротстве должника обязано предъявить свое требование изначально к контролирующему лицу. Однако из этого правила есть исключение, если третье лицо имеет обеспечение, выданное самим обществом. В таком случае, по мнению ВС Германии⁴⁷³, он вправе выбрать, к кому предъявить свое требование.

При этом если выплата по займу, обеспеченному контролирующим лицом, была осуществлена в течение года до подачи заявления о несостоятельности, то она может быть истребована у контролирующего лица по правилам § 143 Положения Германии о несостоятельности (ситуация 3). Кроме того, если контролирующее лицо при наличии обеспечения самого должника удовлетворяется за счет последнего, то эта сумма в пределах стоимости обеспечения также может быть истребована у контролирующего лица, предоставившего обеспечение (ситуация 2).

Если обеспечение участника было реализовано до открытия процедур несостоятельности, то регрессные требования (*Regressforderung*) контролирующих лиц удовлетворяются после иных конкурсных кредиторов (ситуация 1). Если контролирующее лицо в течение последнего года до открытия процедур несостоятельности реализовало свои регрессные требования, то данное предоставление оспоримо в соответствии с § 135 Положения Германии о несостоятельности (ситуация 3).

В литературе и судебной практике возник вопрос о том, подлежат ли требования такого кредитора в данном случае (поскольку он должен удовлетворяться в первоочередном порядке за счет обеспечения контролирующего лица) установлению в банкротстве должника и если да, то в каком объеме⁴⁷⁴.

⁴⁷³ См.: BGH Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11.

⁴⁷⁴ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 56–57.

Согласно преобладающей позиции кредитор устанавливается при банкротстве на полную сумму, однако удовлетворение получает только в той сумме, в которой не сможет сделать это за счет обеспечения контролирующего лица⁴⁷⁵. По сути, происходит установление условного требования.

Аналогичное решение закреплено в Австрии в § 15 Закона о замещении капитала, в котором указано, что если участник предоставил обеспечение в то время, когда предоставление займа заменило бы собственный капитал, в пользу третьего лица в виде залога или иного эквивалентного обеспечения, то до тех пор, пока общество не будет санировано, третье лицо может удовлетворяться за счет обеспечения без необходимости первоначального предъявления требования к обществу, несмотря на противоречащее этому положение соглашения о возврате займа. При этом аналогичным образом суброгационные (регрессные) требования контролирующего лица подлежат понижению в очередности. Если же кредитор-третье лицо потребует сумму займа за счет общества, то последнее до своей санации вправе истребовать от контролирующего лица сумму произведенной выплаты такому третьему лицу в размере, в котором это требование было обеспечено. Кроме того, если обеспечение отпало в результате добровольной выплаты общества по займу, то оно может потребовать возмещения от предоставившего обеспечение контролирующего лица. В отличие от немецкого подхода, кредитор в Австрии не принуждается удовлетворяться за счет обеспечения контролирующего лица.

Таким образом, следует полностью согласиться с тем, что между предоставлением займа и предоставлением обеспечения в пользу своего общества с экономической точки зрения разницы нет. В связи с этим на обеспечения исполнения обязательств контролирующих лиц следует в полной мере распространять правила о субординации и распределять на них риски. В ином случае правила о субординации могут быть легко обойдены.

Подтверждает указанный тезис ВС РФ, отмечая, что «... получение поручительства от компании, входящей в одну группу лиц с заемщиком, с точки

⁴⁷⁵ См.: *Braunschweig V*. Op. cit. S. 56–57.

зрения нормального гражданского оборота является стандартной практикой, и потому указанное обстоятельство... не свидетельствует о наличии признаков неразумности или недобросовестности в поведении кредитора даже в ситуации, когда поручитель испытывает финансовые сложности... Предполагается, что при кредитовании одного из участников группы лиц, в конечном счете, выгоду в том или ином виде должны получить все ее члены, так как в совокупности имущественная база данной группы прирастает...»⁴⁷⁶.

Именно в рамках обозначенной выше ситуации ВС РФ, как уже отмечалось, в деле «Свиридова – Юркова»⁴⁷⁷ фактически признал, что субординации подлежат также суброгационные требования контролирующего лица, возникшие из договора поручительства. Вместе с тем в другом деле ВС РФ, с одной стороны, казалось бы, постулирует в такой ситуации прямо обратный вывод, отмечая, что «... исполнение поручителем, связанным с должником, долговых обязательств последнего за счет собственных средств, является правомерным поведением и не свидетельствует о корпоративном характере этих правоотношений в смысле, придаваемом абзацем 8 ст. 2 Закона о банкротстве...»⁴⁷⁸. С другой стороны, ВС РФ все же фактически приходит к выводу о необходимости понижения в очередности (на основании ст. 10 ГК РФ) суброгационных требований поручителя – участника должника, приводя довод о том, что контролирующее лицо могло фактически свободно перемещать активы из одного лица в другое в собственных целях без учета интересов подконтрольных организаций и их кредиторов и тем самым имело возможность искусственно наращивать кредиторскую задолженность в ущерб независимым кредиторам⁴⁷⁹.

По обозначенным доводам и с учетом опыта зарубежных правовых порядков нельзя согласиться с комментарием А.В. Сафонова к вышеупомянутому делу, в соответствии с которым понижение в очередности суброгационных требований

⁴⁷⁶ Определение СКЭС ВС РФ от 28.05.2018 № 301-ЭС17-22652(1,2,3) по делу № А43-10686/2016.

⁴⁷⁷ См.: определение СКЭС спорам ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014.

⁴⁷⁸ Определение СКЭС ВС РФ от 23.07.2018 № 310-ЭС17-20671 по делу № А68-2070/2016.

⁴⁷⁹ Там же.

выглядит нелогично⁴⁸⁰. Показательно, что указанный автор ключевой причиной необходимости субординации требований видит именно борьбу с искусственным наращиванием кредиторской задолженности⁴⁸¹, с чем мы не можем согласиться.

Таким образом, в Германии кредитора при банкротстве вынуждают удовлетворяться за счет обеспечения, предоставленного контролирующим лицом, в целях последующего понижения в очередности суброгационных требований. В Австрии подход мягче: кредитор может удовлетворяться за счет обеспечения, даже если договором предусмотрено, что требование изначально должно быть предъявлено к обществу. Вместе с тем если кредитор все же получит исполнение за счет средств общества, конкурсный управляющий может истребовать эту сумму у контролирующего лица в пределах суммы обеспечения. Отмеченный подход следует воспринять также в российском правовом порядке, поскольку он является более логичным и юридически последовательным.

Эту идею следует проиллюстрировать на основе дела, рассмотренного ВС Германии в 2017 г.⁴⁸². Компания-должник привлекла кредит (была открыта кредитная линия) в специализированном банке. Кредит был обеспечен посредством глобальной цессии (*Globalzession*) требований должника и поручительством материнской компании. В течение 12 месяцев до возбуждения дела о банкротстве требования банка по кредитной линии в существенной части были погашены за счет средств, вырученных в рамках глобальной цессии (обеспечения самого должника). Конкурсный управляющий обратился с иском к материнской компании с требованием о взыскании всей суммы, вырученной банком в рамках глобальной цессии, в пределах предоставленного ею обеспечения (поручительство). Несмотря на доводы материнской компании о том, что интересы иных кредиторов в данном случае никоим образом не нарушаются, ВС Германии удовлетворил требования конкурсного управляющего, обосновывая это тем, что обеспечение контролирующего лица так или иначе должно быть реализовано

⁴⁸⁰ См.: Сафонов А.В. Справедливая очередь кредиторов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 12. С. 14–22.

⁴⁸¹ Там же.

⁴⁸² См.: BGH Urt. v. 13.07.2017 – IX ZR 173/16.

в первую очередь. Иначе нарушаются интересы сторонних кредиторов, поскольку обеспечение материнской компании остается нереализованным, в то время как при реализации обеспечения требования материнской компании удовлетворялись бы в субординированной очереди, а средства, полученные в рамках глобальной цессии, были бы направлены на удовлетворение иных кредиторов. Экономический результат не может быть различным в зависимости от того, за счет кого (контролирующего лица, предоставившего заем, или должника) удовлетворился кредитор, – контролирующее лицо должно нести соответствующие риски.

Итак, обеспечение контролирующего лица с экономической точки зрения является финансированием своего общества. В отношении него должны применяться правила о субординации в полной мере (возможность оспаривания выплат, понижение в очередности суброгационных требований и прочего).

Вместе с тем *de lege lata* для такого вывода нет прямых законодательных возможностей. В Германии для этих целей предусмотрена специальная норма (абзац третий § 143 Положения Германии о несостоятельности). Однако если судебная практика придет к выводу, что обеспечение контролирующего лица также всегда подлежит субординации, то реализация этой идеи теоретически возможна и без изменения законодательства путем применения правил о конкурсном оспаривании (сделки в ущерб кредиторам). Понятно, что в данном случае возникает довольно странная ситуация, когда сделка оспаривается применительно к контролирующему лицу, а не к третьему лицу, совершившему сделку. Однако это нельзя рассматривать в качестве непреодолимого препятствия, так как ВС РФ, в частности, допускает оспаривание сделки применительно не к стороне сделки (которая была ликвидирована), а к цессионарию⁴⁸³.

Таким образом, указанные последствия должны наступать даже в том случае, если одновременно по основному требованию имеется обеспечение самого должника (например, залог), т. е. суброгационное требование формально будет являться обеспеченным требованием. Наличие обеспечения не может преодолевать последствие в виде понижения в очередности: подобное суброгационное

⁴⁸³ См.: определение СКЭС ВС РФ от 28.05.2019 № 302-ЭС18-8995(2) по делу № А33-20114/2016.

требование должно быть установлено в реестре без обеспечения. Указанный подход находит отражение в зарубежной практике. Аналогичной позиции справедливо придерживается И.А. Белоусов⁴⁸⁴.

Если отношения покрытия между должником и поручителем не являются корпоративными⁴⁸⁵, т. е. не основаны на отношениях корпоративной связанности и общности экономических интересов, то оснований для применения доктрины субординации не возникает, так как возникшие отношения фактически являются обязательственными. Иными словами, как правило, обеспечение выдается за какое-либо вознаграждение. Поскольку выдача обеспечения фактически является кредитованием, то подходы должны быть абсолютно идентичными как в отношении займов кредиторов, так и выдаваемых ими обеспечений.

В п. 6.1 Обзора от 29.01.2020 ВС РФ абсолютно верно указывает, что контролирующее лицо, выдавая поручительство, по существу, предоставляет должнику компенсационное финансирование, а значит, суброгационные требования поручителя, в том числе основанные на договоре ипотеки, не могут конкурировать с требованиями других кредиторов (п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, п. 1 ст. 2 ГК РФ), а подлежат удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты⁴⁸⁶⁴⁸⁷. Суд подчеркнул, что суброгационное требование контролирующего лица, подлежащее понижению в очередности, не может иметь преимуществ залогового кредитора: такое лицо вправе

⁴⁸⁴ См.: Белоусов И.А. Указ. соч.

⁴⁸⁵ Это является наиболее распространенным случаем. См.: Бевзенко Р.С. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии: Комментарий к Постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». М.: Статут, 2013.

⁴⁸⁶ ВС приводит хрестоматийный в этом отношении пример. Банк предоставляет кредит обществу, за которое поручается контролирующее лицо. Помимо поручительства контролирующего лица, должник передает свое недвижимое имущество в ипотеку в пользу банка. В связи с тем, что должник не исполнил свои обязательства по кредитному договору, задолженность перед банком была погашена контролирующим лицом как поручителем. Последний обращается в суд с заявлением о включении своих требований, перешедших к нему в порядке суброгации, в реестр как обеспеченных залогом имущества должника.

⁴⁸⁷ Из этого же исходит ВС РФ в последних своих определениях. См., напр.: определение СКЭС ВС РФ от 04.06.2020 № 306-ЭС20-224 (2,3,5) по делу № А65-20265/2018.

рассчитывать на погашение долгов из стоимости заложенного имущества преимущественно только перед кредиторами одной с ним очереди удовлетворения.

Равным образом, на наш взгляд, в русле указанных разъяснений ВС РФ 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. Иначе получается абсолютно различный экономический результат и правовые последствия для контролирующего лица в зависимости от того, за счет кого получит удовлетворение кредитор – должника или контролирующего лица, выдавшего обеспечение. Правовые последствия не могут различаться от такого случайного обстоятельства.

Подводя итог вышеизложенному, для целей понижения в очередности суброгационных требований контролирующего кредитора имеет значение аффилированность между заемщиком-должником и лицом, выдавшим обеспечение. Обеспечение контролирующего лица с экономической точки зрения является финансированием. К обеспечениям обязательств, предоставленным контролирующим лицом, должны применяться правила о субординации в полной мере (в виде понижения в очередности суброгационных требований и т. д.). При этом третье лицо не должно быть ограничено в своем праве выбора того, за счет кого удовлетворять свои требования (за счет должника или участника, предоставившего обеспечение). При этом если кредитор при наличии такого обеспечения тем не менее получит удовлетворение за счет заемщика до (в период подозрительности) или после возбуждения дела о банкротстве, конкурсный управляющий должен иметь возможность истребовать эту сумму у контролирующего лица в пределах размера обеспечения в конкурсную массу. Таким образом, риски в любом случае будут распределяться в отношении участника, предоставившего обеспечение.

§ 2. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц при перемене лиц в обязательстве и утрате контроля

Сложная проблема применительно к правовому режиму обязательственных требований контролирующего должника лица возникает в том случае, если оно уступает свои требования к подконтрольному лицу в адрес независимого третьего лица либо утрачивает контроль над должником до банкротства последнего. А равно если контролирующее лицо до банкротства приобретает права требования независимого лица. В первом случае возникает вопрос, следует ли понижать в очередности требования независимого кредитора, который приобрел права требования у контролирующего лица, а также лица, утратившего контроль над должником, во втором – субординируются ли права требования контролирующего лица, если обязательственное требование изначально возникло применительно к независимому лицу⁴⁸⁸.

С одной стороны, говоря о возможности субординации обязательственных требований, перешедших к контролирующему лицу от независимого кредитора в порядке уступки права требования, необходимо принимать во внимание, что, по общему правилу, основания для понижения в очередности должны устанавливаться на момент возникновения таких обязательств⁴⁸⁹. Если в такое время они должны были понижаться в очередности, то уступка права требования ничего не меняет в правовом режиме его реализации в процедурах банкротства.

В Австрии, например, придерживаются именно такого взгляда⁴⁹⁰. Равным образом в немецкой литературе до реформы 2008 г. также отмечалось, что наличие оснований для субординации устанавливается на момент предоставления займа,

⁴⁸⁸ См.: *Azara D.* Die neue BGH-Rechtsprechung zur Abtretung von Gesellschafterdarlehensforderungen und ihre praktischen Auswirkungen. DStR 2013. S. 2280; *Führ W.* Die Auswirkungen des MoMiG auf abgetretene Gesellschafterdarlehensforderungen. NZG. 2010, S. 889.

⁴⁸⁹ См.: определения СКЭС ВС РФ от 27.01.2022 № 308-ЭС18-3917(2) по делу № А20-3223/2017, от 08.12.2020 № 305-ЭС20-14483 по делу № А40-184371/2019.

⁴⁹⁰ См.: *Karollus M.* Op. cit.

т. е. если требование контролирующего лица возникло в условиях кризиса должника (подлежало бы субординации), то последующий переход права требования не отменяет это следствие, а равно если оно возникло применительно к независимому лицу, то оно не понижается в очередности⁴⁹¹. В целом такой подход был бы желательным с точки зрения правовой определенности. Однако после реформы в Германии считается, что ключевым признается период в течение одного года до подачи заявления о несостоятельности (§ 135 Положения Германии о несостоятельности)⁴⁹².

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

В этой связи ВС РФ в п. 6 Обзора от 29.01.2020 справедливо разъясняет, что, приобретая у независимого кредитора требование к должнику, контролирующее лицо создает условия для отсрочки погашения долга по кредитному договору, т. е. финансирует должника в условиях имущественного кризиса. При этом наступление срока исполнения обязательства не имеет принципиального значения, если уступка была совершена в условиях имущественного кризиса должника.

В обратной ситуации, когда требование возникло применительно к контролирующему лицу и в момент своего возникновения подлежало понижению в очередности, а впоследствии было уступлено независимому лицу, требуется иной подход.

За рубежом такая ситуация регулируется следующим образом: требование, которое на момент возникновения было капиталозамещающим, не может изменить свой правовой режим в результате уступки права требования либо утраты контроля

⁴⁹¹ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 80; *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 269.

⁴⁹² См.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 267.

над должником, если они произошли в течение года до начала процедур несостоятельности⁴⁹³.

В результате, как отмечается в литературе, возникшее в течение такого периода требование становится, образно говоря, «инфицированным» («*infiziert*») ⁴⁹⁴: если требование побывает в руках контролирующего лица, то в случае последующей уступки его приобретатели будут нести риски субординации своих требований в процедуре банкротства.

Основная идея заключается в том, что контролирующее лицо, зная о скором банкротстве подконтрольного общества, во избежание понижения в очередности своих требований, для которых это наиболее вероятно, может уступить такие требования независимому лицу, подразумевая, что в таком случае суд не понизит их в очередности. Равным образом контролирующее лицо может попытаться до введения процедур банкротства предпринять действия, направленные на утрату контроля (например, подать заявление о выходе из общества, продать долю участия или пакет акций).

Против такого подхода мыслимы возражения, связанные с потребностью защиты гражданского оборота, а именно – прав и законных интересов приобретателей прав требований. Они будут нести серьезные дополнительные риски при приобретении обязательственных прав, так как требование, побывавшее в руках контролирующего лица в цепочке соответствующих уступок, понижается в очередности. В этой связи в литературе предлагается использовать институт заверений об обстоятельствах или устанавливать в договоре права цессионария на одностороннее расторжение договора в случае субординации требования приобретателя права требования – независимого лица⁴⁹⁵.

Разумно, представляется, исходить из того, что право требования контролирующего лица, которое на момент своего возникновения подлежало

⁴⁹³ См.: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. § 39. Rn. 32. S. 551 (автор комментария – *M. Lüdtke*).

⁴⁹⁴ См.: *Schönfelder M.* Op. cit.

⁴⁹⁵ См.: *Федотов Д.В.* Уступка права требования к несостоятельному должнику: способы защиты прав цессионария в случае наличия оснований для субординации требования // *Юрист*. 2021. № 2. С. 57–62.

понижению в очередности, не может изменить такой правовой режим в результате уступки любому лицу в период срока для оспаривания сделок (периода подозрительности). Цессионарии будут нести соответствующие риски, но баланс должен достигаться за счет того, что такое требование должно субординироваться, только если уступка произошла в пределах определенных сроков (что обуславливает глубину проверки при покупке). Правила о субординации будут являться возражениями по смыслу ст. 386 ГК РФ, которые могут быть выдвинуты против нового кредитора конкурсным управляющим (или иными кредиторами). В ином случае существенно повышаются риски приобретателей прав требований.

ВС РФ в п. 7 Обзора от 29.01.2020 исходит из того, что уступка права требования, которое подлежало бы понижению в очередности, и утрата контроля, если требования возникли в период наличия такого контроля и подлежали бы субординации, являются действиями, направленными на необоснованное повышение очередности удовлетворения требования. Уступка контролирующим лицом требования внешнему кредитору и продажа пакета акций, прекратившие возможность осуществления им контроля над должником, не меняют очередность удовлетворения его требований к должнику.

Вместе с тем ВС РФ в упомянутом разъяснении прямо не предусмотрел правило о субординации требований при условии, если уступка или утрата контроля произошли за пределами периода подозрительности. Полагаем, что если они произошли задолго до введения процедур банкротства, то такие требования субординировать не следует.

Кроме того, возможна зеркальная ситуация утрате контроля, когда наоборот независимое лицо приобретает контроль над своим должником после возникновения обязательственных отношений⁴⁹⁶. Приобретая контроль, кредитор, очевидно, перестает быть третьим лицом. Новые займы, вне сомнений, могут понижаться в очередности при наличии соответствующих оснований. Более того, несмотря на общее правило о том, что основания для понижения в очередности

⁴⁹⁶ См.: Kübler B., Prütting H., Bork R. (Hrsg.). InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, In 5 Bänden. Band 1. Loseblatt. Köln. 2017. Rn. 64 (автор комментария – N. Preuß).

должны выясняться на момент возникновения обязательственных отношений, возникают условия для субординации требований кредитора, возникших до приобретения контроля, если он успел воспользоваться преимуществами своего положения. Прежде всего это касается ситуации, когда такой кредитор после приобретения контроля не востребует заем в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, а равно откажется от досрочного истребования или подпишет дополнительное соглашение о продлении срока возврата займа в условиях имущественного кризиса (п. 3.2. Обзора от 29.01.2020)⁴⁹⁷.

Следует заметить, что в деле «Лысогорские коммунальные системы»⁴⁹⁸ ВС РФ включил требования муниципального образования, погасившего задолженность должника (унитарного предприятия) по заработной плате в результате уступки права требования по их номиналу, во вторую очередь реестра требований кредиторов. Отметим, что это дело имело заметную специфику в связи с намерением суда стимулировать собственника к исполнению обязательств перед работниками в условиях неплатежеспособности предприятия (социальная функция), а также в связи с тем, что такой кредитор в результате погашения задолженности по заработной плате не приобретает право голоса на собрании кредиторов.

В ситуации, когда право требования независимого кредитора приобретается в процедурах банкротства, не имеется оснований для понижения в очередности его требований, поскольку имеет значение лишь финансирование, осуществленное до банкротства, когда кредитор совмещал в своих руках право контроля с участием в прибыли.

Вместе с тем при приобретении контролирующим лицом права требования независимых кредиторов третьей очереди в процедурах банкротства возникают сомнения относительно легитимной цели таких действий. Особенно с учетом того, что в Законе о банкротстве имеются специальные нормы о погашении требований

⁴⁹⁷ См.: *Schulze De la Cruz*. Op. cit. S. 263. Указанную позицию подтвердил ВС РФ в определении СКЭС от 17.11.2021 № 307-ЭС21-7195(2,3) по делу № А56-94223/2020.

⁴⁹⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 08.05.2019 № 306-ЭС18-26294 по делу № А57-17489/2016.

кредиторов (ст.ст. 113 и 125). Правда, ВС РФ разъясняет, что уступка в ходе конкурсного производства, по общему правилу, не запрещена: названное регулирование Закона о банкротстве не означает, что конкурсный кредитор не вправе уступать принадлежащее ему требование к должнику на основании договора цессии⁴⁹⁹. Однако в случае с контролирующими лицами все же возникают обоснованные подозрения в их стремлении захватить контроль над процедурой в ущерб интересам внешних кредиторов. Поэтому следует учитывать п. 12 Обзора от 29.01.2020, в котором решается задача снижения влияния контролирующих должника лиц на процедуру банкротства путем ограничения их в праве голоса. В результате единственный возможный мотив субординации (либо лишения права голоса) такого контролирующего лица – исключение возможности завладения контролем над процедурой).

По этой причине, если контролирующее лицо приобретает требования независимого кредитора в процедурах банкротства, а значит, и право голоса на собрании кредиторов, то это, по общему правилу, должно влечь понижение в очередности. Более тонкое решение, которое следует из п. 12 Обзора от 29.01.2020, – это лишение такого лица права голоса, не понижая в очередности удовлетворения (исходя из цели препятствования захвата контроля над процедурой).

Таким образом, суд должен в определении о процессуальном правопреемстве этого лица в реестре требований кредиторов указать, что цессионарий удовлетворяется в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты, либо не имеет права голоса по вопросам повестки общего собрания кредиторов. Если суд не сделал указанного, то такое определение может быть обжаловано в общем порядке, установленном для обжалования подобных судебных актов.

⁴⁹⁹ См.: п. 28 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

ВС РФ, рассматривая ситуацию приобретения аффилированным лицом требования у внешнего кредитора в процедуре банкротства, отметил, что такого кредитора не следует понижать в очередности, поскольку, во-первых, это позволит хотя бы частично удовлетворить требования независимым кредиторам, а, во-вторых, «... само по себе нахождение в реестре требований кредиторов аффилированного с должником лица не влечет для независимых кредиторов негативных последствий и не является противозаконным...»⁵⁰⁰.

Оба аргумента не выдерживают критики. Первый аргумент вызывает сомнения, поскольку это фактически провоцирует избирательность погашения требований кредиторов путем уступки права требования. Это решение ВС РФ противоречит принципу равного погашения требований кредиторов, закрепленному в Законе о банкротстве (ст.ст. 113 и 125). При таком подходе названное регулирование Закона о банкротстве попросту нелогично: какой смысл запрещать индивидуальное погашение по ст. 313 ГК РФ, если можно свободно погасить требование кредитора в порядке уступки в пользу контролирующего лица? Равно и второй аргумент следует воспринимать критически, поскольку судебной практике хорошо известны манипуляции с правом голоса связанных с должником кредиторов, о чем свидетельствует, как минимум, п. 12 Обзора от 29.01.2020. Поэтому изложенную позицию ВС РФ, на наш взгляд, следует понимать ограничительно, поскольку в деле было установлено, что количество голосов связанного с должником кредитора в результате покупки права требования в процедуре составляет не более 10 %⁵⁰¹. 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

⁵⁰⁰ Определение СКЭС ВС РФ от 20.08.2020 № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017.

⁵⁰¹ См.: *Шайдуллин А.И.* Субординация текущих требований и требования аффилированного лица, приобретенного им у независимого кредитора в процедурах банкротства. О деле, переданном на рассмотрение Верховного Суда РФ. // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/02/subordinaciya_tekuschih_trebovanij_i_trebovaniya_affilirovannogo_lica_priobreyonnogo_im_u_nezavisimim?fbclid=IwAR39XBpu4O-tCENphyeVjzqaP3EуAFOPvvvvaT0c3ir_nSiAqoa8-Xd_ueM (дата последнего обращения: 02.08.2020).

лишать права голоса в процедуре по всем вопросам повестки общего собрания кредиторов⁵⁰².

В данной ситуации возникает также общий вопрос о возможности субординации текущих требований контролирующих лиц. В отношении таких кредиторов не уместен аргумент о стремлении получения контроля над процедурой, поскольку они не являются участниками дела о банкротстве и не влияют на ход процедуры. 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 банкротства⁵⁰³.

Иными словами, контролирующее лицо вступает в правовые отношения с конкурсной массой, которую он уже никоим образом не контролирует. Идеология текущих платежей основана на том, что у них есть право требования к конкурсной массе⁵⁰⁴, из которой удовлетворяются в приоритетном порядке, но они не должны наделяться правами, аналогичными тем, что имеют конкурсные кредиторы, которые вступали в правовые отношения с должником до банкротства. Следовательно, если предоставление контролирующего лица было полезным для конкурсной массы, обусловлено ее нуждами, то оно должно приобретать текущие требования к конкурсной массе в пятой очереди (п. 2 ст. 134 Закона о банкротстве). Аналогичные выводы можно обнаружить за рубежом: в немецкой литературе отмечается, что положения § 39 абзаца 1 § 135 Положения Германии о несостоятельности (нормы о субординации) не применяются к требованиям к конкурсной массе (*Masseforderung*)⁵⁰⁵. Из этого исходит и ВС Германии⁵⁰⁶.

⁵⁰² См., напр.: постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.02.2020 по делу № А07-38601/2017.

⁵⁰³ См.: п. 13 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.07.2009 № 63 «О текущих платежах по денежным обязательствам в деле о банкротстве».

⁵⁰⁴ Подробнее о кредиторах конкурсной массы (*Massegläubiger*) в Германии см.: *Шушмарева Т.П.* Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015.

⁵⁰⁵ См.: *Gehrlein M., Witt C.-H., Volmer M.* GmbH-Recht in der Praxis. Kapitel 9. Haftung in der Eigenverwaltung. 4., überarbeitete und erweiterte Auflage. Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH. 2019. Rn. 48.

⁵⁰⁶ См.: BGH Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13.

Таким образом, требование, приобретенное контролирующим лицом у независимого кредитора, рассматривается как финансирование и при наличии соответствующих условий подлежит понижению в очередности. Равным образом должны понижаться требования, приобретенные в процедурах банкротства (либо такие кредиторы должны быть лишены права голоса), если не будет доказана легитимная цель такого приобретения (отсутствие стремления захвата контроля над процедурой). Это не относится к текущей задолженности перед контролирующими лицами, которая должна удовлетворяться в пятой очереди текущих платежей. Так, ВС РФ отметил, что разъяснения о понижении очередности удовлетворения требований не применяются к текущим платежам⁵⁰⁷.

Кроме того, ВС РФ в качестве финансирования рассматривает погашение долга в порядке ст. 313 ГК РФ перед внешними кредиторами. Это обусловлено тем, что российский правопорядок различает конструкции уступки права требования и перехода права требования в порядке суброгации в результате погашения долга на основании ст. 313 ГК РФ. Для целей субординации между ними не существует какой-либо разницы. Однако заметим, что, в отличие от уступки, погашение в порядке ст. 313 ГК РФ в процедурах банкротства не допускается⁵⁰⁸.

Отдельно следует отметить, что 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, поскольку основания для этого уже

⁵⁰⁷ См.: определение СКЭС ВС РФ от 10.02.2022 № 305-ЭС21-14470(1,2) по делу № А40-101073/2019.

⁵⁰⁸ См.: п. 28 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016).

ранее сформировались⁵⁰⁹. Кредиторы в деле о банкротстве контролирующего лица не заслуживают особой защиты в ущерб кредиторам должника⁵¹⁰⁵¹¹.

§ 3. Особенности субординации обязательственных требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц при причинении вреда имущественным правам кредиторов

Контролирующие должника лица, имеющие обязательственные требования к нему, могут быть привлечены к субсидиарной ответственности по правилам главы 3.2. Закона о банкротстве. В этой связи возникает вопрос, влияет ли это обстоятельство на право реализации такими контролирующими лицами своих обязательственных прав в деле о несостоятельности должника.

С одной стороны, это абсолютно разные эпизоды дела о банкротстве: одно дело привлечение контролирующего лица к ответственности за доведение должника до банкротства, а другое – реализация им обязательственных требований, которые, казалось бы, должны сохраняться.

Вместе с тем возникает вопрос, справедливо ли допускать получение удовлетворения контролирующим лицом своего требования, если оно своими виновными действиями создает событие неисполнения путем доведения должника до банкротства.

ВС РФ полагает, что в таком случае кредитор не вправе требовать исполнения должником своих обязательств. Так, в п. 8 Обзора от 29.01.2020 отмечается следующее: «Если в возникновении невозможности исполнения по причине банкротства виноват кредитор, он лишается права требовать возврата той

⁵⁰⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 08.12.2020 № 305-ЭС20-14483 по делу № А40-184371/2019.

⁵¹⁰ См.: *Lüneborg C. Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen*. Peter Lang. Frankfurt am Main. 2010. S. 64.

⁵¹¹ ВС РФ разъяснил, что тот факт, что контролирующее лицо, предоставившее компенсационное финансирование, находится в процедуре конкурсного производства, а операции по выдаче такого финансирования оспорены в деле о несостоятельности плательщика, это не является основанием для отказа в субординации реституционного требования о возврате компенсационного финансирования (см.: определение СКЭС ВС РФ от 27.01.2022 № 308-ЭС18-3917(2) по делу № А20-3223/2017).

части своего предоставления, которая покрывает убытки должника (п. 1 ст. 6, п. 4 ст. 401, ст. 404, 406 и п. 2 ст. 416 ГК РФ).» Как можно заметить, ВС РФ по аналогии закона (об этом свидетельствует первая ссылка на п. 1 ст. 6 ГК РФ) приводит ряд статей ГК РФ, в которых идет речь о вине кредитора, влияющей на исполнение обязательства должником. Кредитор лишается права требовать того, на что он мог рассчитывать в обычных условиях, если он виноват в нарушении обязательства должником. При этом, как известно, соглашение об исключении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно.

Классическим примером реализации указанной идеи является п. 2 ст. 416 ГК РФ, на который ссылается ВС РФ в порядке аналогии закона. В соответствии с этой нормой в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возврата исполненного им по обязательству и несет риск утраты своего требования, сам оставаясь обязанным перед должником⁵¹².

Мы считаем такой подход абсолютно верным: кредитор, который сам виновен в неисполнении своего обязательства должником, должен нести риск невозможности реализации своего требования⁵¹³. Иное противоречило бы базовым представлениям справедливости: тот, кто виновен в невозможности исполнения своего обязательства, не может требовать его исполнения⁵¹⁴. Равным образом такой

⁵¹² ВС РФ в п. 8 Обзора от 29.01.2020 также разъясняет, что «... если контролирующее лицо виновными действиями создало ситуацию банкротства, т. е. ситуацию, при которой полное исполнение обязательств как перед ним, так и перед другими кредиторами стало невозможно, и кредиторы получают лишь часть от причитающегося, такое контролирующее лицо несет риск возникшего неисполнения.»

⁵¹³ В п. 39 постановления Пленума ВС РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» подчеркивается, что возможны «... случаи, когда на стороне лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения ее обязанности, несмотря на то, что встречная обязанность прекратилась (риск неполучения встречного предоставления), и (или) в виде наступления обязанности возместить убытки (риск убытков)...».

⁵¹⁴ Подобная норма известна и зарубежному праву (абзац 2 § 326 ГГУ). Она призвана распределять риски неисполнения между сторонами обязательства (*Gegenleistungsgefahr*). Как отмечается в комментариях к упомянутой норме ГГУ: «... никто не может извлечь преимущества из того факта, что он своим поведением, за последствия которого он несет ответственность в соответствии с принципами права и справедливости, сделал невозможным исполнение другой стороной своего обязательства. С этой точки зрения данное положение призвано выражать

кредитор не может требовать выплаты от поручителя, обязавшегося отвечать за этого должника⁵¹⁵.

В п. 8 Обзора от 29.01.2020 также рассматривается ситуация, когда вопрос о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности поставлен, но еще не разрешен. В таком случае согласно разъяснениям ВС РФ конкурсный управляющий обязан зарезервировать денежные средства в размере, достаточном для пропорционального удовлетворения требования контролирующего лица, включенного в третью очередь реестра требований кредиторов. Следовательно, если контролирующее лицо будет привлечено к субсидиарной ответственности, то определение о включении его в реестр требований кредиторов по аналогии с правилами ст. 311 АПК РФ пересматривается, а зарезервированные средства перераспределяются в соответствии с изменившимся реестром. Если в привлечении к субсидиарной ответственности будет отказано, то зарезервированные денежные средства передаются ему⁵¹⁶.

§ 4. Оспаривание платежей по субординируемым требованиям контролирующих должника и аффилированных с ним лиц в предбанкротный период

Понижение в очередности обязательственных требований неизбежно приводит к тому, что контролирующие лица на основе своей лучшей

особую форму запрета противоречивого поведения...» (см.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band. 6. 8. Auflage. München. С.Н.ВЕСК. 2020 § 326. Rn. 45. (автор комментария – *W. Ernst*).

⁵¹⁵ *Зайцев О.Р., Бевзенко Р.С.* Об отсутствии у кредитора, виновного в банкротстве основного должника, права требовать выплаты от поручителя // *Цивилистика*. 2021. № 4. С. 151–157.

⁵¹⁶ Кроме того, ВС РФ в дополнение к указанному, для большего спокойствия независимых кредиторов, допускает принятие обеспечительных мер в виде запрета осуществлять расчеты за счет конкурсной массы по требованию кредитора, являющегося ответчиком по заявлению о привлечении к субсидиарной ответственности. Такое правило направлено на то, чтобы не допустить распределение из конкурсной массы денежных средств в пользу лица, от которого, вероятно, придется их впоследствии обратно взыскивать, что может стать уже очень затруднительным. Иное было бы в крайней степени неразумным: при осуществлении выплат в пользу привлекаемого к ответственности лица последующая защита интересов независимых кредиторов была бы существенно затруднена.

информированности о состоянии дел в подконтрольном хозяйственном обществе и, одновременно имея в виду, что их требования при банкротстве будут удовлетворяться после всех внешних кредиторов, могут попытаться извлечь предоставленное финансирование во избежание такого следствия⁵¹⁷.

Эта проблема была обнаружена ВС РФ в деле № А40-140479/2014⁵¹⁸. Согласно обстоятельствам указанного дела единственный участник общества истребовал сумму долга по ранее выданному договору займа за год до введения процедуры несостоятельности. Конкурсный управляющий предъявил иск об оспаривании этих платежей. Суд первой инстанции признал их недействительными на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве. ВС РФ, в свою очередь, признал соответствующие займы недействительными на основе ст. 10 и ст. 168 ГК РФ как совершенные со злоупотреблением правом, сочтя специальные банкротные составы оспаривания неприменимыми в данном случае (обсуждение данного вопроса при этом в определении не приводится). В связи с этим возникает чрезвычайно важный вопрос о том, какими нормами следует руководствоваться при оспаривании таких сделок. К сожалению, ВС РФ четко не выразил свою позицию по нему в Обзоре от 29.01.2020.

Рассмотрим подходы зарубежных правопорядков к разрешению указанной проблемы.

В Германии для этих целей в § 135 Положения Германии о несостоятельности предусмотрен специальный состав оспаривания: конкурсный управляющий может в силу данного параграфа оспаривать платежи по капиталозамещающим займам в течение года до подачи заявления о несостоятельности. Конкурсному управляющему, по общему правилу, для оспаривания необходимо доказать только то, что платежи по такому займу были совершены в течение последнего года до подачи заявления о несостоятельности.

⁵¹⁷ См.: BGH Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12.

⁵¹⁸ См.: определение СКЭС ВС РФ от 12.02.2018 № 305-ЭС15-5734(4,5) по делу № А40-140479/2014.

При этом в соответствии с дореформенным регулированием путем применения по аналогии § 30 и § 31 Закона Германии об ООО платежи фактически могли оспариваться в течение 10 лет⁵¹⁹. В связи с таким существенным сокращением срока для оспаривания (с 10 лет до 1 года) в литературе стали звучать опасения, что теперь участники для того, чтобы избежать оспаривания таких сделок, будут пытаться после изъятия своих займов из общества в течение года поддерживать общество на плаву (*am Leben zu erhalten*) и не подавать заявления о его банкротстве⁵²⁰. Некоторыми специалистами для пресечения таких злоупотреблений не исключается возможность оспаривания по абзацу 1 § 133 Положения Германии о несостоятельности, согласно которому правовые акты должника, совершенные им в течение 10 лет до подачи заявления о несостоятельности или после подачи этого заявления с целью нанесения ущерба кредиторам, могут быть оспорены при условии, что другая сторона знала о таком намерении должника⁵²¹. При этом законодатель исходит из того, что осведомленность имеет место, если другой стороне известна угроза неплатежеспособности должника, а контролирующее лицо, безусловно, обычно осведомлен об этом.

Таким образом, конкурсному управляющему, по общему правилу, для целей оспаривания необходимо доказать только то, что платежи по капиталозамещающему займу были совершены в течение последнего года до подачи заявления о несостоятельности.

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

⁵¹⁹ См.: Hamburger Kommentar zur InsO. Münster. 2012. § 135. Rn. 179 (автор комментария – *Dr. Jens-Sören Schröder*).

⁵²⁰ См.: Insolvenzordnung Großkommentar. Band 4, 9. Auflage. 2008. § 135. Rn. 22 (автор комментария – *W. Henckel*).

⁵²¹ См.: *Bork R. Op. cit. S. 139.*

В США применительно к оспариванию займов участников юридических лиц специальных правил не имеется. Платежи по субординируемым займам могут быть опротестованы по общим правилам оспаривания сделок. Прежде всего, это сделки с преимущественным удовлетворением (*preferential transfers*)⁵²² и мошеннические сделки (*fraudulent conveyances*)⁵²³.

Чаще всего такие сделки оспариваются как сделки с преимущественным удовлетворением (*preferential transfers*)⁵²⁴. Основания для оспаривания перечислены в § 547 Банкротного кодекса США: 1) платеж должен быть осуществлен в пользу кредитора⁵²⁵ (этот критерий соблюдается, если платеж выполнен в пользу участника-кредитора); 2) долг должен существовать на момент платежа⁵²⁶; 3) такой платеж должен быть осуществлен в то время, когда должник являлся несостоятельным⁵²⁷ (при этом несостоятельность предполагается в течение 90 дней до подачи заявления о банкротстве); 4) срок оспаривания составляет 1 год, если платеж был осуществлен в пользу инсайдера (*insider*) (предполагается, что инсайдер осведомлен о несостоятельности еще за год до начала процедур банкротства).

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

В соответствии с правилами оспаривания мошеннических сделок (*fraudulent conveyances*) конкурсный управляющий вправе оспорить в течение 2 лет до подачи

⁵²² См.: § 547 Банкротного кодекса США («*Preferences*»).

⁵²³ См.: § 548 Банкротного кодекса США («*Fraudulent transfers and obligations*»).

⁵²⁴ См.: *Braunschweig V. Op. cit.*; *Feibelman A. Op. cit.*

⁵²⁵ «*To or for the benefit of a creditor*».

⁵²⁶ «*For or on account of an antecedent debt owed by the debtor before such transfer was made*».

⁵²⁷ «*Made while the debtor was insolvent*».

заявления платеж в пользу участника-кредитора, если у должника будет установлен мошеннический умысел.

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

Как уже отмечалось, ВС РФ признал недействительной сделку в такой ситуации в соответствии со ст.ст. 10, 168 ГК РФ. Между тем указанная норма является субсидиарной и применяется только при отсутствии банкротных оснований для оспаривания, закрепленных в главе III.1 Закона о банкротстве⁵²⁸.

Полагаем, что такие платежи допускается оспаривать как сделки в ущерб кредиторам. В силу п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, может быть признана арбитражным судом недействительной, если: 1) она была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом (или после принятия этого заявления), и в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов; и 2) если другая сторона сделки знала об указанной цели должника к моменту совершения сделки (подозрительная сделка).

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

В п. 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» разъяснено, что для признания сделки недействительной по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве, необходимо, чтобы оспаривающее сделку лицо доказало наличие совокупности всех следующих обстоятельств: а) сделка

⁵²⁸ См.: п. 4 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

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

Цель причинить вред имущественным правам кредиторам, с нашей точки зрения, в данном случае очевидна. Контролирующее лицо «выдергивает» заем до банкротства, имея в виду, что иначе его предоставление будет служить удовлетворению требований иных кредиторов. В результате вред интересам кредиторов однозначно причиняется, поскольку уменьшается объем конкурсной массы. Не вызывает также сомнений, что в данной ситуации контролирующее лицо прекрасно осведомлено о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника. Однако суды зачастую отказывают в оспаривании сделки по этой статье, указывая на недоказанность намерения причинить вред кредиторам должника и причинения такого вреда⁵²⁹.

Не исключено также оспаривание таких платежей по ст. 61.3 Закона о банкротстве. Вместе с тем с точки зрения оптимальных сроков для оспаривания подобных сделок, думается, наиболее правильным является оспаривание по п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве. Тем более что эта норма носит общий характер, т. е. является глобальным основанием оспаривания сделок при банкротстве: 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 кредиторов⁵³⁰.

Однако отметим, что ВС РФ считает иначе, отмечая, что «... оказание предпочтения отдельному кредитору... еще не свидетельствует о причинении конкурсной массе (иным кредиторам) вреда. В противном случае специальный

⁵²⁹ См., напр.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.02.2017 по делу № А40-15413/2011.

⁵³⁰ См.: *Зайцев О.Р.* Оспаривание сделок при банкротстве: о некоторых новеллах закона № 73-ФЗ // Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / под ред. В.В. Витрянского. М., 2010.

состав недействительности, предусмотренный ст. 61.3 Закона о банкротстве, был бы лишен смысла, будучи полностью поглощенным положениями ст. 61.2 Закона, что очевидно не соответствует целям законодательного регулирования...»⁵³¹. Мы не согласны с такой позицией, поскольку если иным кредиторам вред не причиняется, то такую сделку и не следовало бы оспаривать. Так, в другом деле ВС РФ абсолютно верно указывает, что «... сделка с предпочтением подлежит признанию недействительной лишь в том случае, если один из кредиторов в преддверии возбуждения дела о банкротстве или после начала производства по такому делу за счет должника получает удовлетворение, превышающее причитающееся ему по правилам законодательства о несостоятельности, вследствие чего уменьшается совокупная конкурсная масса этого должника и нарушаются права и законные интересы иных кредиторов, которые получают меньше причитающегося им...»⁵³².

Если соглашаться с подходом ВС РФ, то такие сделки следовало бы оспаривать по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве. Однако мы считаем такой подход не вполне справедливым, поскольку платежи, осуществленные в пользу контролирующего лица, следует рассматривать не как предпочтение, а как причинение вреда имущественным правам всех независимых кредиторов, поскольку они, как правило, должны удовлетворяться в приоритетном порядке.

§ 5. Исключения из режима субординации обязательственных требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц

Из правил о понижении в очередности обязательственных требований контролирующего должника лиц могут быть исключения.

Прежде всего, это касается лиц, не являющихся в полном смысле этого слова контролирующими, т. е. участников, не имеющих контролирующей доли участия в хозяйственном обществе. В зарубежных правовых системах миноритарные

⁵³¹ Определение СКЭС ВС РФ от 23.06.2021 № 305-ЭС19-17221(2) по делу № А40-90454/2018.

⁵³² Определение СКЭС ВС РФ от 22.04.2021 № 305-ЭС20-13952(2) по делу № А40-199320/2016.

участники исключаются из числа лиц, чьи требования допускается понижать в очередности⁵³³.

В российском правовом порядке, полагаем, также следует предусмотреть исключение для миноритарных участников в качестве опровержимой презумпции отсутствия контроля. Исходя из положений Закона о банкротстве (ст. 61.10), несмотря на отсутствие прямой ссылки, можно сделать вывод о возможности применения презумпции, содержащейся в п. 6 ст. 61.10 Закона о банкротстве: к контролирующим не могут быть отнесены лица, если такое отнесение связано исключительно с прямым владением менее чем 10 % уставного капитала юридического лица и получением обычного дохода, связанного с этим владением.

Так, ВС РФ, ссылаясь на упомянутую норму, отметил, что обладание 19 % акций само по себе не презюмирует наличие статуса контролирующего лица, такой акционер не может быть признан и миноритарным⁵³⁴. ВС РФ прямо не указал, что требования такого акционера подлежат понижению в очередности, однако возложил на такого акционера повышенный стандарт доказывания⁵³⁵.

Однако наиболее оптимальным вариантом может быть использование презумпции о владении не более 25 % акций (долей) в уставном капитале хозяйственного общества. С учетом того, что в Закон об АО были внесены изменения, ограничивающие участников в получении информации у общества при закреплении порога миноритарности, для целей субординации требований контролирующих лиц необходимо учитывать эти нормы, поскольку широкие информационные права участников хозяйственных обществ являются одним из мотивов⁵³⁶ (хотя и не ключевым) субординации их требований. Так, в ст. 91 Закона

⁵³³ Например, в Германии соответствующая привилегия предусмотрена для участников, владеющих не более 10 % в обществе. В Австрии в § 3 Закона о замещении капитала указано, что миноритарным участником по смыслу закона признается такой участник (акционер), который владеет не более 25 % голосов на общем собрании.

⁵³⁴ См.: определение СКЭС ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 по делу № А40-163846/2016.

⁵³⁵ Там же.

⁵³⁶ Например, Верховный Кассационный Суд Италии (*Corte Suprema di Cassazione*) в качестве условий распространения правил о субординации (ст. 2467 Гражданского кодекса Италии (*Codice civile*)) на акционерные общества указал возможность акционера получения всей необходимой информации и наличие влияния на бизнес (Cass. Civ., Sez. I, sentenza 20 giugno 2018,

об АО наиболее широкие информационные возможности предусмотрены для акционеров, владеющих не менее чем 25 % голосующих акций общества. Показательно, что за рубежом (в Австрии и Германии) в отсутствие законодательной регламентации уровня миноритарности для целей применения правил о капиталозамещении он устанавливался судами в размере до 25 %⁵³⁷.

При этом важно подчеркнуть, что это является лишь презумпцией. Поэтому если будет доказано, что фактический контроль над должником принадлежал, например, лицу с 2 % долей, а два других участника с долями по 49 % не действовали согласованно, то такое лицо может быть признано контролирующим и его заем также потенциально может быть субординирован. Как справедливо отмечает С.А. Сеницын, владелец символической доли участия в действительности может обладать полным контролем над обществом⁵³⁸. Возникновение подобной ситуации возможно, например, если в уставе заемщика содержатся положения о повышенном пороге голосов, необходимых для принятия решений по вопросам, отнесенным к компетенции общего собрания участников заемщика (решения принимаются единогласно независимо от размера доли в уставном капитале должника). Кроме того, как уже отмечалось, субординации может подлежать и лицо, не владеющее напрямую акциями или долями, но являющееся фактическим бенефициаром, или любое подставное лицо, через которого собственники бизнеса пытались предоставить заем («марионетка»)⁵³⁹.

Таким образом, полагаем, что в российском правовом порядке необходимо предусмотреть исключение из правил о понижении в очередности обязательственных требований участников хозяйственных обществ для лиц,

n. 16291). (см.: *Manganelli P.* Equitable subordination of loans granted by shareholders of an S.p.A. URL: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/equitable-subordination-of-loans-granted-by-shareholders> (дата последнего обращения: 27.08.2020)).

⁵³⁷ См.: *Koppensteiner H.G., Rüffler F.* GmbH-Gesetz: Kommentar § 74. 3. Auflage, Verlag. LexisNexis Wien, 2007. Режим доступа: справ.-правовая система «LexisNexis».

⁵³⁸ См.: *Сеницын С.А.* Правовые средства предупреждения и противодействия вывода активов российскими банками: вопросы совершенствования законодательства // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 66–70.

⁵³⁹ См.: определение СКЭС ВС РФ от 30.08.2018 № 305-ЭС17-18744(2) по делу № А40-209015/2016.

имеющих не более 25 % акций (долей) в компании (в особенности для акционерных обществ) и не обладающих фактическим контролем над ней.

Одним из распространенных исключений из-под правил о капиталозамещении займов в зарубежных странах является так называемая привилегия санирования (*Sanierungsprivileg*). В случае если внешний кредитор приобретет долю в хозяйственном обществе, находящемся в затруднительной финансовой ситуации (при наличии оснований для возбуждения дела о банкротстве), для целей санации, то на займы, предоставленные после такого приобретения и в рамках этой цели (*im Rahmen eine Sanierungskonzept*)⁵⁴⁰, правила о капиталозамещении не применяются (§ 39 Положения Германии о несостоятельности)⁵⁴¹.

Применение указанной привилегии предполагает, что, во-первых, компания должна с точки зрения третьих лиц иметь санационный потенциал на момент приобретения доли (*Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist*). Во-вторых, приобретатель доли должен иметь определенный план спасения бизнеса (*dokumentierten Sanierungskonzepts*). В-третьих, должны быть предприняты конкретные меры, направленные на эти цели в разумные сроки. При этом санация общества, по общему правилу, предполагается в течение года с момента покупки доли (*Sanierungsphase*). После выхода общества из кризиса (*nachhaltigen Sanierung*) такой участник становится обычным участником юридического лица (и его требования уже будут субординироваться). Привилегия распространяется только на санационную фазу. Таким образом, намерение законодателя состоит в том, чтобы стимулировать попытки санации бизнеса внешними инвесторами (*Anreizfunktion des Sanierungsprivilegs*).

Указанная привилегия распространяется только на новых контролирующих лиц, которые приобрели долю участия для целей санации общества (*Sanierungszweck*). При этом, как отмечает ВС Германии, цель санации подлежит

⁵⁴⁰ См.: *Fellner M., Mutz M.* Op. cit. S. 99.

⁵⁴¹ См.: *Kübler B., Prütting H., Bork R.* (Hrsg.). *InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung*, In 5 Bänden. Band 1. Loseblatt. Köln. 2017. § 39 Rn. 57–63 (автор комментария – *N. Preuß*).

установлению исходя из объективных критериев, субъективная цель не имеет значения⁵⁴².

В литературе отмечается, что целью этих правил является поощрение попыток спасения бизнеса внешними инвесторами⁵⁴³. Очевидно, что бенефициарами этой нормы чаще всего являются банки. Некоторые ученые называют это исключение политически мотивированным и необоснованным⁵⁴⁴. На практике такая санация возникает в рамках так называемой сделки «*debt-equity-swap*», при которой взамен предоставленных займов кредитор получает право участия в бизнесе. Таким образом, создаются стимулы для данных инвесторов не ликвидировать своих должников, а пытаться их спасти.

Относительно этого правила высказывались критические замечания. Так, В. Мейлике отмечает, что «... непонятно, почему только новый участник является привилегированным, но и не прежний участник, от которого, возможно, также можно ожидать предоставления займов для целей санации...»⁵⁴⁵. В связи с этим он подчеркивает, что «... можно было бы справедливо поставить вопрос о том, не нарушил ли законодатель, закрепляя привилегию санирования, возложенную на себя предметную законность так сильно, что все правила о капиталозамещении необходимо рассматривать как произвольные...»⁵⁴⁶.

Мы в какой-то мере разделяем мысль В. Мейлике, поскольку действительно неясно, почему новому участнику дается шанс попробовать спасти бизнес без несения риска, а старому нет. Единственный довод, который приходит в голову, – это то, что старые участники уже попробовали – довели бизнес до банкротства. Вместе с тем почему новый участник, приобретая долю в рамках санации в надежде на получение в будущем сверхприбылей как контролирующее лицо общества, может переносить при этом риски на обычных кредиторов? Если неравноправие относительно старых кредиторов и можно оправдать доводом, что они свои шансы

⁵⁴² См.: BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03.

⁵⁴³ См.: *Braunschweig V.* Op. cit. S. 81–83.

⁵⁴⁴ См.: *Schulze De la Cruz.* Op. cit. S. 69.

⁵⁴⁵ *Meilicke W.* Op. cit., S. 225–236.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

использовали, то довод о частичном переносе рисков на обычных внешних кредиторов не может быть опровергнут.

Вместе с тем, на наш взгляд, ВС РФ в п. 11 Обзора от 29.01.2020 приводит пример использования указанной зарубежной концепции привилегии санирования в российском праве: кредитор – залогодержатель доли (акций) в случае дефолта обращает взыскание на доли (акции) в капитале должника, пытаясь в последующем спасти последнего.

Очевидно, что для залогодержателя доли (акции) дефолтной компании не являются активом, который можно реализовать. Более того, как отмечает ВС РФ, займодавец в такой ситуации не будет иметь возможности участвовать в распределении прибыли должника (п. 11 Обзора от 29.01.2020). По существу, залог долей (акций) является инструментом контроля. Соответственно, если кредитор в случае дефолта приобретает право управления компанией (путем оставления акций за собой, приобретения права голоса), следует предполагать, пока не доказано иное, что он пытается спасти такой бизнес, а новые его обязательства, возникшие после этого, не следует понижать в очередности (субординировать). При этом презумпция должна быть опровержимой: если кредитор фактически не предпринимал никаких действий, направленных на санацию должника, и не имел экономически обоснованного плана, то его требования следует субординировать. Эта идея, как представляется, зашифрована в словах «обращение взыскания на заложенные акции направлено на получение исполнения» (п. 11 Обзора от 29.01.2020). Следовательно, необходимо учитывать, имела ли такая компания потенциал санации и предпринимал ли кредитор шаги в данном направлении. Если попытка санации будет успешной, это в результате пойдет на пользу всем кредиторам, поскольку они приобретут гипотетическую возможность удовлетворить свои требования в полном объеме, в то время как в случае неудачи попытки спасения они теряют свои и без того уже обесцененные требования. Поэтому данные попытки правопорядку следует поощрять.

Таким образом, если обращение взыскания на доли (акции) не привело к погашению задолженности в полном объеме, т. е. план спасения не удался, то

требования такого кредитора не следует субординировать. Согласно указанной идее правопорядок дает возможность внешнему кредитору попытаться спасти должника, не неся при этом рисков (внутренний кредитор должен рисковать). Такой подход не является свободным от критики, однако имеет под собой определенные политико-правовые основания.

Другим возможным исключением из правил о возможности субординации обязательственных требований контролирующих должника лиц является заключение внесудебного соглашения о санации⁵⁴⁷. Развитие внесудебных инструментов санации бизнеса можно признать общей тенденцией в мире. Они призваны дать возможность быстрого и раннего доступа к реабилитационным процедурам для должников⁵⁴⁸, избежав стигмы формальных процедур банкротства.

Так, на уровне Европейского союза была принята ранее упомянутая Директива ЕС, которая должна быть имплементирована в законодательство всех стран – участниц ЕС. В ситуации, когда компания попадает в трудную ситуацию, т. е. когда вероятность наступления банкротства становится высокой (*likelihood of insolvency*⁵⁴⁹), общество может попытаться вне банкротства договориться с кредиторами, предложив им план реструктуризации, а они тоже вправе предложить такой план с согласия должника, созвав соответствующее собрание.

Концепция внесудебной санации основана на минимальном привлечении каких-либо юрисдикционных (судебных) структур. Приглашение некоего антикризисного управляющего, по общему правилу, не является обязательным (п. 2 ст. 5 Директивы ЕС). Должник может попросить суд ввести мораторий на

⁵⁴⁷ См.: Eidenmüller H. Contracting for a European Insolvency Regime. European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 341/2017. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2896340>; Tollenaar N. The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings // *Insolvency Intelligence*. 2017. Vol. 30 (5). P. 65–81; Weijts R.J., de. Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide. Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-21. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097>.

⁵⁴⁸ См.: Flöther L.F., Wilke A.K. Auswirkungen des präventiven Restrukturierungsrahmens auf die Insolvenzantragstellung. NZI-Beilage. 2019. S. 80.

⁵⁴⁹ Более чем 50 % вероятность, что должник обанкротится на основе показателей выручки (*cash flow*) в течение обозримого будущего (например, в течение года). См.: Eidenmüller H. Op. cit. P. 279.

исполнительное производство (*stay of individual enforcement action*) для обеспечения переговоров с кредиторами относительно плана реструктуризации (ст. 6 Директивы ЕС). В этот период также не могут возбуждаться формальные процедуры банкротства (п. 2 ст. 7 Директивы ЕС). При этом голосование кредиторов за план реструктуризации должно осуществляться по классам кредиторов (п. 2 ст. 9 Директивы ЕС)⁵⁵⁰. План может быть одобрен, по общему правилу, если за него проголосует большинство кредиторов в рамках каждого класса, чьи интересы им затрагиваются (*affected parties*) (п. 6 ст. 9 Директивы ЕС). В случае отсутствия такого одобрения план может быть утвержден судом, если хотя бы один класс кредиторов его одобрит (при имплементации странами может быть предусмотрена необходимость одобрения более одного класса кредиторов) (*cross-class cram-down*) (ст. 11 Директивы ЕС).

Важно заметить, что план реструктуризации распространяется только на тех кредиторов, которые принимали участие в собрании и имели возможность проголосовать за такой план (*involved parties*) (п. 2 ст. 15 Директивы ЕС). При этом в п. 2 ст. 9 Директивы ЕС отмечается, что кредиторы, чьи интересы затрагиваются планом (*affected parties*), должны получить возможность голосовать за его утверждение. Указанное будет способствовать тому, чтобы должник сделал все возможное, чтобы собрать всех своих кредиторов и дать им возможность участвовать в утверждении плана⁵⁵¹. Ученые в целом сходятся во мнении, что было бы неоправданно связывать кредиторов, которые даже не имели возможности участвовать в голосовании за план реструктуризации⁵⁵². Единственный вариант связать всех кредиторов – это формальные процедуры банкротства. Однако одновременно отмечается, что нельзя поощрять пассивность кредиторов и отказ от участия в согласовании внесудебного плана реструктуризации, потому что это мешает достичь цели Директивы ЕС, которая заключается в том, чтобы

⁵⁵⁰ Однако это не исключает формирования и иных классов кредиторов при условии, если они будут формироваться исходя из существенной общности их интересов (*sufficient commonality of interest*).

⁵⁵¹ См.: Skauradszun D. Ein Umsetzungskonzept für den präventiven Restrukturierungsrahmen. *Zeitschrift für Insolvenzrecht*. 2019. S. 161–192.

⁵⁵² См.: Skauradszun D. *Op. cit.*

максимально помочь должнику договориться с кредиторами⁵⁵³. Поэтому в преамбуле Директивы ЕС (п. 64) указано, что страны-участницы свободны в решении вопроса о том, как поступать с кредиторами, которые «были надлежащим образом уведомлены, но не приняли участия в процедурах».

Вне банкротных процедур, по общему правилу, действует принцип свободы договора – кредиторам не может быть навязано какое-либо соглашение против их воли (*Konsensprinzip*)⁵⁵⁴. Однако полагаем, что если должник попадает в трудную экономическую ситуацию, то следует допускать возможность его санации посредством заключения внесудебного соглашения, связывающего всех кредиторов.

В данном случае субординация требований контролирующих лиц становится катализатором развития реабилитационных процедур. За рубежом отмечается, что поскольку новое финансирование является одним из ключевых элементов успешной реализации плана реструктуризации, то предоставление таких средств необходимо поощрять. Так, видные европейские ученые, описывающие лучшие практики реструктуризации, указывают, что необходимо стимулировать предоставление такого финансирования, в том числе может рассматриваться равное удовлетворение контролирующих лиц (приоритизация), предоставивших финансирование в рамках такого плана⁵⁵⁵. В частности, в ст. 17 Директивы ЕС предусмотрены положения, призванные защищать промежуточное (*interim*) и новое (*new*) финансирование в рамках реструктуризации. Такому финансированию может быть предоставлен приоритет в банкротстве⁵⁵⁶.

В п. 10 Обзора от 29.01.2020 по существу признана возможность заключения внесудебного соглашения о санации (*out of court restructuring plan*). В указанном пункте указано, что соглашение между мажоритарным независимым кредитором и

⁵⁵³ См.: Richter T., Thery A. Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down. INSOL Europe. 2020. P. 11. URL: <https://ssrn.com/abstract=3575511> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

⁵⁵⁴ См.: Flöther L.F., Wilke A.K. Op. cit. S. 8.

⁵⁵⁵ См.: Stanghellini L., Mokal R., Paulus C.G. et al. Op. cit. P. 62.

⁵⁵⁶ См.: Kokorin I. Intra-group financial support in a crisis: between rescue and abuse. URL: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Ilya%20Kokorin%20Intra-group%20finance_III%20Prize%20submission.pdf (дата последнего обращения: 27.08.2020).

контролирующим должника лицом является «по своей природе частным случаем досудебной санации (ст. 31 Закона о банкротстве)». Таким образом, соглашение о внесудебной санации, предусмотренное в п. 10 Обзора от 29.01.2020, не является межкредиторским соглашением (ст. 309.1 ГК РФ), подчиненным общим правилам обязательственного права.

В отличие от положений Директивы ЕС, в соответствии с которыми необходимо созвать собрание кредиторов и проголосовать с учетом соответствующих классов кредиторов, в Обзоре от 29.01.2020 предлагается подход, согласно которому достаточно договориться с мажоритарным кредитором. Такой план будет связывать всех кредиторов должника. Следует отметить, что указание о возможности договориться с мажоритарным кредитором не означает, что должник не может собрать кредиторов и утвердить план санации на таком собрании большинством голосов от всех кредиторов должника. Предлагаемый подход обусловлен скорее тем, что на практике собрать всех кредиторов является практически нереализуемой задачей, в том числе в связи с низкой готовностью кредиторов в России рассматривать реабилитационные механизмы. Также полагаем оправданным распространение плана санации на всех кредиторов, поскольку в ином случае его результативность существенно снижается. Во имя эффективности реабилитационной процедуры в некоторой степени приходится жертвовать правом каждого кредитора участвовать в его утверждении. Однако для целей смягчения указанного подхода, возможно, следует требовать от должника подтверждения того, что он действительно пытался привлечь всех кредиторов для утверждения плана санации, но они отказались или никак не отреагировали (помимо мажоритарного кредитора).

Таким образом, поскольку соглашение о внесудебной санации связывает всех кредиторов, оно может признаваться судом таковым, если только не нарушает права и законные интересы миноритарных кредиторов, не участвовавших в нем (по аналогии с мировыми соглашениями в формальной процедуре банкротства). ВС РФ в п. 10 Обзора от 29.01.2020 отмечает, что права таких кредиторов не нарушаются, если их положение не ухудшилось по сравнению с тем, как если бы

финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в ликвидационной процедуре. В упомянутой Директиве ЕС для целей преодоления позиции несогласных кредиторов (*cram down*) предусмотрено аналогичное решение (*the «best interest of creditors test»*): этот тест означает, что ни один несогласный кредитор не будет поставлен в худшее положение в соответствии с внесудебным планом о реструктуризации, чем если бы была применена обычная очередность по национальному праву, как в случае ликвидационной процедуры в результате продажи по частям или продажи предприятия в целом, так и в случае лучшего альтернативного сценария (*next-best-alternative scenario*), если план не был утвержден (пп. 6 п. 1 ст. 2 Директивы ЕС). Применение этого теста, конечно, довольно сложная задача, которая требует от суда глубокого анализа экономической составляющей соглашения⁵⁵⁷.

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

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

⁵⁵⁷ Это признается и в зарубежной литературе (см., напр.: *Eidenmüller H. Op. cit. P. 283*).

в судебном порядке подтвердив обязательность такого плана для всех кредиторов⁵⁵⁸. Таким образом, имеется только *ex post* контроль, который, следует признать, может вызывать правовую неопределенность на практике.

Итак, если в рамках внесудебного соглашения о санации предусмотрено, что обязательственные требования контролирующего лица, возникающие после заключения такого соглашения, не понижаются в очередности, то оно подлежит применению в деле о банкротстве, если при этом не нарушаются права и законные интересы миноритарных кредиторов, не участвовавших в нем. Права таких кредиторов не нарушаются, если их положение не ухудшилось по сравнению с тем, как если бы финансирование не предоставлялось, а имущество должника немедленно реализовывалось бы в ликвидационной процедуре. При наличии такого соглашения суды должны отказывать во введении процедуры банкротства.

⁵⁵⁸ См.: Кокорин И.В. Один за всех и все за одного: предотвращение банкротства и пределы свободы договора // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. С. 32–44.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенное исследование позволило показать эффективность выбранной методологии и обосновать положения, выносимые на защиту.

По результатам выполненного анализа можно утверждать, что требования контролирующих лиц подлежат субординации в процедурах банкротства хозяйственных обществ. Несмотря на то, что они являются обладателями обязательственных прав требований к должнику, равно как и все иные кредиторы, наличие контроля над должником и участие в распределении его прибыли, позволяющие более эффективно контролировать свои банкротные риски и извлекать все преимущества, определяют необходимость особого регулирования участия таких лиц в процедурах банкротства в целях справедливого распределения предпринимательского риска между участниками гражданского оборота. В рамках проведенного исследования мы пришли к выводу, что такие требования следует понижать в очередности по автоматической модели (немецкой), т. е. любые требования контролирующих лиц.

Одновременно следует заметить, что наличие контроля над хозяйственным обществом не означает то, что контролирующее лицо не может создавать обязательства со своим хозяйственным обществом. Более того, финансирование с использованием гражданско-правовых сделок, не основанных на корпоративных отношениях, имеет ряд преимуществ для совершающих их лиц, однако такое финансирование не затрагивает интересов кредиторов до наступления неплатежеспособности, поэтому практику переквалификации сделок контролирующих лиц со своим хозяйственным обществом следует признать неверной.

На сегодняшний день российский правопорядок склоняется к модели субординации требований, возникающих из предоставленного в условиях кризиса общества финансирования (австрийской модели). Говоря о недостатках такой модели субординации, следует остановиться на главном – такая модель существенно увеличивает издержки, связанные с экономической деятельностью,

начиная от высоких затрат на юридическую, экономическую экспертизы и оценку рисков на всех этапах развития обязательственных отношений и заканчивая высокими судебными издержками при разрешении споров, включая увеличение нагрузки на суд. На макроуровне это приведет к меньшей защищенности экономического оборота в целом. Принятие автоматической модели субординации (немецкой модели) потребует меньших экономических издержек и будет в целом понятнее для контролирующих лиц, которые скорректируют принципы финансирования подконтрольных обществ, исходя из изменившегося правового регулирования, и станут жить по простым новым правилам.

Во всяком случае, какая бы модель понижения в очередности ни была избрана российским правопорядком, контролирующие лица не должны иметь право голоса на собрании кредиторов должника. Интересы таких кредиторов, имеющих корпоративную связанность с должником, объективно не совпадают с интересами независимых кредиторов, что создает благодатную почву для нарушения прав и законных интересов последних. По этой причине влияние на процедуру связанных с должником кредиторов должно быть сведено к минимуму.

Из предлагаемой нами автоматической модели субординации (немецкой модели) могут быть сделаны исключения для случаев попыток санации внешними кредиторами путем приобретения контроля для этих целей (привилегия санирования), а также санации контролирующими лицами, если их план реструктуризации будет одобрен кредиторами.

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ И УСЛОВНЫХ ОБОЗНАЧЕНИЙ

1. АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации.
2. Банкротный кодекс США – Кодекс США о банкротстве (*U.S. Bankruptcy Code*).
3. ВС Австрии – Верховный суд Австрии (*Oberste Gerichtshof*).
4. ВС Германии – Верховный суд Германии (*Bundesgerichtshof*).
5. ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации.
6. ВС США – Верховный суд США (*Supreme Court of the United States*).
7. ГГУ – Германское гражданское уложение (*Bürgerliches Gesetzbuch*).
8. ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации.
9. Директива ЕС – Директива ЕС о механизмах превентивной реструктуризации от 20.06.2019 (*Directive (EU) 2019/1023 of European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132*).
10. Закон № 6-ФЗ – Федеральный закон от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».
11. Закон Австрии об ООО – Закон Австрии об обществах с ограниченной ответственностью (*Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906*).
12. Закон Германии об АО – Федеральный закон Германии об акционерных обществах (*Aktiengesetz vom 6. September 1965*).
13. Закон Германии об ООО – Закон Германии об обществах с ограниченной ответственностью (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892*).
14. Закон о банкротстве – Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

15. Закон об АО – Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

16. Закон об ООО – Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

17. Закон о замещении капитала – Федеральный закон Австрии о замещении собственного капитала (*Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen vom 28. Oktober 2003*).

18. Закон о модернизации – Закон Германии о модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и о борьбе со злоупотреблениями (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008*).

19. Законопроект – проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ID проекта 02/04/03-20/00100272).

20. Закон о реорганизации компаний – Федеральный закон Австрии о реорганизации компаний (*Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen vom 12. September 1997*).

21. Имперский суд Германии – Имперский верховный суд Германии (*Reichsgericht*).

22. Обзор от 29.01.2020 – Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020).

23. Положение Австрии о несостоятельности – Федеральный закон Австрии о несостоятельности (*Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren vom 17. Juli 1973*).

24. Положение Германии о несостоятельности – Федеральный закон Германии о несостоятельности (*Insolvenzordnung. Gesetz vom 5. Oktober 1994*).

25. СКЭС ВС РФ – Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ**Российские нормативные правовые акты и материалы законотворческой деятельности**

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): [федер. закон: принят Гос. Думой 21 окт. 1994 г. : по состоянию на 11 июня 2021 г.]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): [федер. закон: принят Гос. Думой 22 дек. 1995 г. : по состоянию на 29 июня 2021 г.]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
3. Об акционерных обществах [Текст] : Федер. закон № 208-ФЗ: [принят Гос. Думой 24 нояб. 1995 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1996. – 1 янв. – № 1. – ст. 1.
4. Об обществах с ограниченной ответственностью [Текст]: Федер. закон № 14-ФЗ : [принят Гос. Думой 14 янв. 1998 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1998. – 16 февр. – № 7. – ст. 785.
5. О несостоятельности (банкротстве) [Текст]: Федер. закон № 127-ФЗ : [принят Гос. Думой 27 сент. 2002 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2002. – 28 окт. – № 43. – ст. 4190.
6. О рынке ценных бумаг [Текст]: Федер. закон № 39-ФЗ : [принят Гос. Думой 20 марта 1996 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1996. – 22 апр.– № 17. – ст. 1918.
7. О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов в отношении отдельных должников [Текст]: постановление Правительства РФ от 3 апр. 2020 г. № 428 // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2020. – № 15 (часть IV). – ст. 2282.
8. О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлениям, подаваемым кредиторами [Текст]: постановление Правительства

РФ от 28 марта 2022 г. № 497 // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2022. – № 14. – ст. 2278.

9. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 окт. 2009 г.). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

10. Проект Федерального закона № 1172553-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (дата последнего обращения: 16.02.2022).

11. Проект Федерального закона № 1263425-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части реформирования института банкротства)» (дата последнего обращения: 16.02.2022).

Материалы российской судебной практики

12. Обзор судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2016) // Бюл. Верховного Суда РФ. – 2017. – № 9.

13. Обзор 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) // Бюл. Верховного Суда РФ. – 2020. – № 7.

14. О некоторых вопросах применения положений статьи 9.1 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» [Текст]: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 24 дек. 2020 г. № 44 // Российская газ. – 2021. – № 2.

15. О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве [Текст]: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 21 дек. 2017 г. № 53 // Российская газ. – 2017. – № 297.

16. О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» [Текст]: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 23 дек. 2010 г. № 63 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. – 2011. – № 3.

17. О текущих платежах по денежным обязательствам в деле о банкротстве [Текст]: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 23 июля 2009 г. № 63 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. – 2009. – № 9.

18. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 дек. 2012 г. № 8989/12 по делу № А28-5775/2011-223/2012. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

19. Определение СКЭС ВС РФ от 10 февраля 2022 г. № 305-ЭС21-14470(1,2) по делу № А40-101073/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

20. Определение СКЭС ВС РФ от 27 января 2022 г. № 308-ЭС18-3917(2) по делу № А20-3223/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

21. Определение СКЭС ВС РФ от 17 ноября 2021 г. № 307-ЭС21-7195(2,3) по делу № А56-94223/2020. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

22. Определение СКЭС ВС РФ от 26 июля 2021 г. № 305-ЭС21-4424 по делу № А40-301015/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

23. Определение СКЭС ВС РФ от 29 июня 2021 г. № 305-ЭС20-14492(2) по делу № А40-192270/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

24. Определение СКЭС ВС РФ от 23 июня 2021 г. № 305-ЭС19-17221(2) по делу № А40-90454/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
25. Определение СКЭС ВС РФ от 26 авг. 2020 г. № 308-ЭС-2721 по делу № А53-30443/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
26. Определение СКЭС ВС РФ от 20 авг. 2020 г. № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
27. Определение СКЭС ВС РФ от 10 авг. 2020 г. № 306-ЭС20-1077(2) по делу № А65-1704/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
28. Определение СКЭС ВС РФ от 3 авг. 2020 г. № 306-ЭС20-2155 по делу № А55-30718/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
29. Определение СКЭС ВС РФ от 17 июня 2020 г. № 310-ЭС18-12776(2) по делу № А68-7860/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
30. Определение СКЭС ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912 по делу № А65-3053/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
31. Определение СКЭС ВС РФ от 4 июня 2020 г. № 306-ЭС20-224(2,3,5) по делу № А65-20265/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
32. Определение СКЭС ВС РФ от 3 июня 2020 г. № 306-ЭС20-224(1,4,6) по делу № А65-20265/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
33. Определение СКЭС ВС РФ от 29 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
34. Определение СКЭС ВС РФ от 19 марта 2020 г. № 308-ЭС19-20513(1,2,4) по делу № А53-5956/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
35. Определение СКЭС ВС РФ от 17 марта 2020 г. № 307-ЭС19-10177(4) по делу № А56-42355/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
36. Определение СКЭС ВС РФ от 1 нояб. 2019 г. № 307-ЭС19-10177(2,3) по делу № А56-42355/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

37. Определение СКЭС ВС РФ от 21 окт. 2019 г. № 305-ЭС19-9992 по делу № А40-155759/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
38. Определение СКЭС ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 302-ЭС18-8995(2) по делу № А33-20114/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
39. Определение СКЭС ВС РФ от 8 мая 2019 г. № 306-ЭС18-26294 по делу № А57-17489/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
40. Определение СКЭС ВС РФ от 28 марта 2019 г. № 305-ЭС18-17629(2) по делу № А40-122605/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
41. Определение СКЭС ВС РФ от 14 февр. 2019 г. № 305-ЭС18-17629 по делу № А40-122605/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
42. Определение СКЭС ВС РФ от 4 февр. 2019 г. № 304-ЭС18-14031 по делу № А81-7027/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
43. Определение СКЭС ВС РФ от 26 нояб. 2018 г. № 305-ЭС18-11840 по делу № А40-70992/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
44. Определение СКЭС ВС РФ от 15 нояб. 2018 г. № 301-ЭС18-9388(1) по делу № А43-5622/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
45. Определение СКЭС ВС РФ от 27 сент. 2018 г. № 305-ЭС18-8007 по делу № А40-11766/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
46. Определение СКЭС ВС РФ от 30 авг. 2018 г. № 305-ЭС17-18744(2) по делу № А40-209015/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
47. Определение СКЭС ВС РФ от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413 по делу № А40-163846/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
48. Определение СКЭС ВС РФ от 23 июля 2018 г. № 310-ЭС17-20671 по делу № А68-2070/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
49. Определение СКЭС ВС РФ от 28 мая 2018 г. № 301-ЭС17-22652(1,2,3) по делу № А43-10686/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

50. Определение СКЭС ВС РФ от 27 апр. 2018 г. № 305-ЭС17-2344(12) по делу № А40-232020/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

51. Определение СКЭС ВС РФ от 21 февр. 2018 г. № 310-ЭС17-17994(1,2) по делу № А68-10446/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

52. Определение СКЭС ВС РФ от 12 февр. 2018 г. № 305-ЭС15-5734(4,5) по делу № А40-140479/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

53. Определение СКЭС ВС а РФ от 19 дек. 2017 г. по делу № 306-ЭС17-16139. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

54. Определение СКЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556(1) по делу № А32-19056/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

55. Определение СКЭС ВС РФ от 26 мая 2017 г. № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

56. Определение СКЭС ВС РФ от 19 мая 2017 г. № 308-ЭС17-1556(1,2) по делу № А32-19056/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

57. Определение СКЭС ВС РФ от 30 марта 2017 г. № 306-ЭС16-17647(1,2) по делу № А12-45752/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

58. Определение СКЭС ВС РФ от 25 янв. 2017 г. № 305-ЭС16-15945 по делу № А41-108121/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

59. Определение СКЭС ВС РФ от 15 авг. 2016 г. № 308-ЭС16-4658 по делу № А53-2012/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

60. Определение СКЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049 по делу № А33-20480/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

61. Определение СКЭС ВС РФ от 15 июня 2016 г. № 308-ЭС16-1475 по делу № А53-885/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

62. Определение СКЭС ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 305-ЭС16-1045 по делу № А40-95123/2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

63. Определение СКЭС ВС РФ от 24 сент. 2014 г. № 307-ЭС14-100 по делу № А44-5100/2012. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

64. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 марта 2019 г. № Ф01-284/2019 по делу № А43-20053/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

65. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10 июня 2020 г. № Ф04-4747/2019 по делу № А70-8365/2019. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

66. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21 дек. 2017 г. № Ф04-4160/2016 по делу № А45-27751/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

67. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23 окт. 2020 г. № Ф05-12131/2019 по делу № А40-212814/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

68. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29 дек. 2018 г. № Ф05-21469/2018 по делу № А41-26907/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

69. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29 мая 2017 г. № Ф05-4320/2017 по делу № А41-4408/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

70. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 февр. 2017 г. № Ф05-15815/2012 по делу № А40-15413/2011-71-78. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

71. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 июля 2016 г. № Ф05-9990/2016 по делу № А41-96797/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

72. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 29 мая 2014 г. № Ф05-4869/2014 по делу № А41-49369/2013. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

73. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 4 июня 2012 г. по делу № А40-34524/2011-38-173Б. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

74. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 апр. 2006 г. № КГ-А41/2041-06 по делу № А41-К1-11344/05. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

75. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 25 февр. 2020 г. № Ф06-50773/2019 по делу № А06-3155/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

76. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 12 окт. 2017 г. № Ф06-13365/2016 по делу № А06-336/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

77. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27 янв. 2016 г. по делу № А56-46691/2012. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

78. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 9 апр. 2015 г. № Ф07-765/2010 по делу № А56-13368/2009. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

79. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26 февр. 2018 г. № Ф08-300/2018 по делу № А53-20523/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

80. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 5 февр. 2020 г. № Ф09-6201/19 по делу № А60-51632/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

81. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 21 июля 2016 г. № Ф09-7530/16 по делу № А60-10706/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

82. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 16 окт. 2015 г. № Ф10-3305/2015 по делу № А64-271/2015. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

83. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26 февр. 2020 г. № 18АП-517/2020 по делу № А07-38601/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

Литература на русском языке

84. Алоян, А. Э. Проблемы имплементации доктрины recharacterization в российскую правовую систему / А. Э. Алоян. – Текст: непосредственный // Вестник гражданского права. – 2017. – № 6. – С. 221–240.

85. Банкротство хозяйствующих субъектов: учебник для бакалавров / отв. ред. И. В. Ершова, Е. Е. Енькова. – М.: Проспект, 2016. – 336 с. – Текст: непосредственный.

86. Бевзенко, Р. С. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии: Комментарий к Постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» / Р. С. Бевзенко. – М.: Статут, 2013. – 230 с. – Текст: непосредственный.

87. Белоусов, И. А. Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве / И. А. Белоусов. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 5. – С. 120–169.

88. Бойко, Т. С. Что осталось за скобками реформы Гражданского кодекса в части регулирования юридических лиц / Т. С. Бойко. – Текст: непосредственный // Закон. – 2014. – № 7. – С. 56–61.

89. Будылин, С. Л. Стандарты доказывания в банкротстве. По мотивам Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.06.2018 № 305-ЭС18-413 / С. Л. Будылин. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 11. – С. 130–157.

90. Будылин, С. Л. Субординация займов акционеров: Так говорил Заратустра / С. Л. Будылин. – Текст : электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2018/4/24/subordinaciya_zajmov_akcionerov_tak_govoril_zaratus tra (дата последнего обращения: 11.08.2020).

91. Быканов, Д. Д. «Проникающая ответственность» в зарубежном и российском корпоративном праве: специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Быканов Денис Дмитриевич ; Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации». – М., 2018. – 269 с. – Текст: непосредственный.

92. Галкин, С. С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты / С. С. Галкин. – Текст: непосредственный // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». – 2018. – № 3. – С. 41–51.

93. Глушецкий, А. А. Уставный капитал хозяйственного общества: экономический анализ норм корпоративного права / А. А. Глушецкий. – Текст: непосредственный // Вестник гражданского права. – 2020. – № 2. – С. 217–278.

94. Горбашев, И. В. Дело «Уралмаш НГО Холдинг» против Свиридова и Юркова. Почему Верховный суд отказался включить требование участников в реестр / И. В. Горбашев. – Текст: непосредственный // Арбитражная практика для юристов. – 2017. – № 9. – С. 30–39.

95. Егоров, А. В. Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными

субъектами оборота / А. В. Егоров, К. А. Усачева. – Текст: непосредственный // Вестник гражданского права. – 2014. – № 1. – С. 31–73.

96. Егоров, А. В. Комментарий к делу о включении требований открытого акционерного общества «Коммерческий инвестиционно-трастовый банк «Казанский» в реестр требований кредиторов общества с ограниченной ответственностью «Стройиндустрия» / А. В. Егоров. – Текст: непосредственный // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2010 год с комментариями / под ред. А. А. Иванова. – М. : Статут, 2015. – С. 143–149.

97. Егоров, А. В. Комментарий к делу «ОАО «Банк Москвы» в деле о банкротстве ОАО «Новосибирский хладокомбинат» против гражданина Косых А.В. о признании ничтожным договора поручительства» / А. В. Егоров. – Текст: непосредственный // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2010 год с комментариями / под ред. А. А. Иванова. – М. : Статут, 2015. – С. 143–149.

98. Егоров, А. В. Лизинг: аренда или финансирование? / А. В. Егоров. – Текст: непосредственный // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2012. – № 3. – С. 36–60.

99. Егоров, А. В. Субординация требований аффилированных кредиторов при банкротстве: актуальный вызов времени / А. В. Егоров. – Текст: непосредственный // ЭЖ-Юрист. – 2018. – № 39.

100. Егоров, А. В. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства – неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова / А. В. Егоров, А. К. Усачева. – Текст: непосредственный // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2013. – № 12. – С. 6–61.

101. Егоров, А. В. Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2006. С. 68–137.

102. Ефимов, А. В. Признаки, основания и гражданско-правовые последствия аффилированности юридических лиц: специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Ефимов Анатолий Викторович ; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Российский государственный университет правосудия». – М., 2018. – 248 с. – Текст: непосредственный.

103. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. – М. : М-Логос, 2019. – 1282 с. – Текст: непосредственный.

104. Зайцев, О. Р., Бевзенко, Р. С. Об отсутствии у кредитора, виновного в банкротстве основного должника, права требовать выплаты от поручителя / О. Р. Зайцев, Р. С. Бевзенко. – Текст: непосредственный // Цивилистика. – 2021. – № 4. – С. 151-157.

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

106. Захаров, А. Н. Некоторые вопросы снятия корпоративной вуали: американский опыт и возможности его использования в российском праве / А. Н. Захаров. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2014. – № 10. – С. 32–62.

107. Карапетов, А. Г. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование / А. Г. Карапетов, А. С. Косарев. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. – 2019. – № 5. Специальный выпуск. – С. 3–96.

108. Карапетов, А. Г. Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы / А. Г.

Карпетов. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2018/07/03/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzchnik_a_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата последнего обращения: 13.01.2020).

109. Карпетов, А. Г. Экономический анализ права / А. Г. Карпетов. – М. : Статут, 2016. – 528 с. – Текст: непосредственный.

110. Карелина, С. А. Экономическая сущность несостоятельности и правовая форма ее реализации / С. А. Карелина. – Текст: непосредственный // Предпринимательское право. – 2019. – № 2. – С. 24–30.

111. Кокорин, И. В. Все кредиторы равны, но некоторые равнее других. К вопросу о субординации корпоративных займов при банкротстве в России, Германии и США / И. В. Кокорин. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 2. – С. 119–137.

112. Кокорин, И. В. Один за всех и все за одного: предотвращение банкротства и пределы свободы договора / И. В. Кокорин. – Текст : непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2020. – № 2. – С. 32–44.

113. Кравченко, А. А. Реализация принципа добросовестности в сфере несостоятельности (банкротства): правовые вопросы: специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Кравченко Александр Александрович ; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова». – М., 2020. – 42 с. – Текст: непосредственный.

114. Куготова, Е. Д. Субординация требований кредиторов должника по сделкам, совершенным в условиях моратория на возбуждение дел о банкротстве / Е. Д. Куготова. – Текст: непосредственный // Реформирование института несостоятельности (банкротства) в современной России: проблемы правовой

эффективности: монография, коллектив авторов. / МГУ им. М. В. Ломоносова; отв. ред. С. А. Карелина, И. В. Фролов. – М. : Юстицинформ, 2021. – С. 194–210.

115. Курбанов, Б. Законопроект о моратории на банкротство: несколько замечаний по существу / Б. Курбанов. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/30/zakonoproekt_o_moratorii_na_bankrotstvo_neskolko_zamechanij_po_suschestvu?fbclid=IwAR2jPmClsD_RtWdKWoc3IVMk3OU6TxJuSCyTtqd1Zgh-%20VIL_AinKBPDm14Ho (дата последнего обращения: 20.05.2020).

116. Медведев, А. Ю. История доктрины корпорации в английском праве (XVIII-середина XX вв.): специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Медведев Андрей Юрьевич ; Федеральное государственное бюджетное учреждение науки Институт государства и права Российской академии наук. – М., 2014. – 201 с. – Текст: непосредственный.

117. Мифтахутдинов, Р. Т. Высшая судебная инстанция продолжает объяснять правила «доказательственного пинг-понга». Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.05.2017 № 306-ЭС15-8369 / Р. Т. Мифтахутдинов. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2017. – № 7. – С. 24–26.

118. Мифтахутдинов, Р. Т. «Субсидиарная ответственность – это некая страшилка, которая заставляет бизнесменов не терять чувство меры»; интервьюер А. В. Егоров / Р. Т. Мифтахутдинов. – Текст: непосредственный // Арбитражная практика. – 2014. – № 4. – С. 12–19.

119. Михалев, К. А. Защита прав кредиторов хозяйственного общества от использования конструкции общества в противоречии с ее назначением: специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Михалев Кирилл Андреевич ; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Уральский государственный юридический университет». – Екатеринбург, 2015. – 235 с. – Текст: непосредственный.

120. Может ли юридическое лицо быть признано несостоятельным? // Юридический вестник. 1879. Кн. 7. С. 170–171.

121. Морозов, С. А. Сам себе кредитор: статус кредитора, аффилированного с должником, в деле о банкротстве / С. А. Морозов. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2016/07/19/sam_sebe_kreditor_status_kreditora_affilirovannogo_s_dolzhnikom_v_dele_o_bankrotstve (дата последнего обращения: 24.08.2018).

122. Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В. В. Витрянского. – М. : Статут, 2003. – 1037 с. – Текст: непосредственный.

123. Николаев, А. Р. Правовое положение контролирующих должника лиц в процедурах несостоятельности (банкротства): специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Николаев Алексей Радьевич; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина». – М., 2013. – 213 с. – Текст: непосредственный.

124. Османова, Д. О. Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве): монография / Д. О. Османова ; под ред. О. А. Беляевой. – М. : Юстицинформ, 2020. – 184 с. – Текст: непосредственный.

125. Османова, Д. О. Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве): специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право»: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Османова Диана Османовна ; Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации». – М., 2018. – 23 с. – Текст: непосредственный.

126. Покровский, С. С. Ответственность контролирующих должника лиц за доведение до банкротства: специальность 12.00.03 «Гражданское право;

предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Покровский Сергей Сергеевич; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Санкт-Петербургский государственный университет». – СПб, 2017. – 226 с. – Текст: непосредственный.

127. Разумов, И. В. Институт банкротства экономически неэффективен; интервьюеры А. Н. Верещагин, В. Б. Румак / И. В. Разумов. – Текст: непосредственный // Закон. – 2020. – № 9. – С. 8–20.

128. Родина, Н. В. Механизм субординации требований кредиторов в процессе несостоятельности (банкротства) юридических лиц: проблемы правовой регламентации специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Родина Надежда Викторовна ; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова». – М., 2022. – 238 с. – Текст: непосредственный.

129. Сафонов, А. В. Справедливая очередь кредиторов / А. В. Сафонов. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 12. – С. 14–22.

130. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. – 1264 с. – Текст: непосредственный.

131. Сеницын, С. А. Правовые средства предупреждения и противодействия вывода активов российскими банками: вопросы совершенствования законодательства / С. А. Сеницын. – Текст: непосредственный // Предпринимательское право. – 2018. – № 1. – С. 66–70.

132. Скловский, К. И. Применение права и принцип добросовестности / К. И. Скловский. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 2. – С. 94–119.

133. Смирнов, В. И. Особенности применения субординации требований кредиторов в процедуре банкротства / В. И. Смирнов, П. А. Меньшикова. – Текст: непосредственный // Арбитражный и гражданский процесс. – 2020. – № 3. – С. 49–54.

134. Смола, А. А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд / А. А. Смола. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2018. – № 8. – С. 129–165.

135. Смольников, Д. И. Переход бремени доказывания в гражданском судопроизводстве: игра в пинг-понг или стрельба из лука? / Д. И. Смольников. – Текст: непосредственный // Закон. – 2019. – № 1. – С. 138–148.

136. Стасюк, И. В. Участники общества-банкрота как конкурсные кредиторы. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 06.08.2015 № 302-ЭС15-3973 / И. В. Стасюк. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2015. – № 11. – С. 22–26.

137. Степанов, Д. И. Для чего необходим минимальный уставный капитал и как определять его уровень? / Д. И. Степанов. – Текст: непосредственный // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2011. – № 4. – С. 43–65.

138. Степанов, Д. И. Проблемные вопросы корпоративного законодательства о группах компаний и холдингах / Д. И. Степанов. – Текст: непосредственный // Закон. – 2016. – № 5. – С. 67–86.

139. Суворов, Е. Д. Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению / Е. Д. Суворов. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2019. – № 4. – С. 130–161; № 5. – 53–107.

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

141. Суханов, Е. А. Сравнительное корпоративное право / Е. А. Суханов. – М. : Статут, 2014. – 456 с. – Текст: непосредственный.

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

143. Текутьев, Д. И. Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации / Д. И. Текутьев. – М. : Статут, 2017. – 176 с. – Текст: непосредственный.

144. Телюкина, М. В. Основы конкурсного права / М. В. Телюкина. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 560 с. – Текст: непосредственный.

145. Ткачев, В. Н. Актуальные проблемы правового регулирования несостоятельности (банкротства) в современном российском праве : специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Ткачев Валентин Николаевич ; Юридический институт МВД России. – М., 1999. – 221 с. – Текст: непосредственный.

146. Усачева, К. А. Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве. Еще раз о выборе модели / К. А. Усачева. – Текст: непосредственный // Журнал РШЧП. – 2019. – № 4. – С. 159–163.

147. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)». Постатейный комментарий / под общ. ред. В. В. Витрянского. – М.: Статут, 1998. – Текст: непосредственный.

148. Федотов, Д. В. Уступка права требования к несостоятельному должнику: способы защиты прав цессионария в случае наличия оснований для субординации требования / Д. В. Федотов. – Текст: непосредственный // Юрист. – 2021. – № 2. – С. 57–62.

149. Фогельсон, Ю. Б. Принцип добросовестности в российской судебной практике / Ю. Б. Фогельсон. – Текст: непосредственный // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2017. – № 9. – С. 103–116.

150. Ходаковский, А. П. Правовой режим требований, не входящих в реестр требований кредиторов, в процессе несостоятельности (банкротства) // Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран:

теория и практика правоприменения: монография / отв. ред. С. А. Карелина, И. В. Фролов. – М.: Юстицинформ, 2020. – С. 179–191. – Текст: непосредственный.

151. Шайдуллин, А. И. Было ли финансирование компенсационным? О делах, переданных на рассмотрение Верховного Суда РФ / А. И. Шайдуллин. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2020/05/07/bylo_li_finansirovanie_kompensacionnym_o_delah_peredannyh_na_rassmotrenie_verhovnogo_suda_rf (дата последнего обращения: 07.05.2020).

152. Шайдуллин, А. И. Конфликт интересов в обществе. Как участнику защитить свои права на основе принципа лояльности / А. И. Шайдуллин. – Текст: непосредственный // Арбитражная практика. – 2017. – № 6. – С. 102–107.

153. Шайдуллин, А. И. Субординация займов в банкротстве: жесткая или мягкая модель? К вопросу об обосновании необходимости субординации займов участников (акционеров) юридического лица / А. И. Шайдуллин. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/3/subordinaciya_zajmov_v_bankrotstve_zhestkaya_ili_myagkaya_model_k_voprosu_ob_obosnovanii_neobhodimos (дата последнего обращения: 10.01.2019).

154. Шайдуллин, А. И. Субординация текущих требований и требования аффилированного лица, приобретенного им у независимого кредитора в процедурах банкротства. О деле, переданном на рассмотрение Верховного Суда РФ / А. И. Шайдуллин. – Текст: электронный // Закон.ру. – URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/02/subordinaciya_tekuschih_trebovanij_i_trebovaniya_afilirovannogo_lica_priobreyonnogo_im_u_nezavisim?fbclid=IwAR39XBpu4O-tCENphyeVjzqaP3EуAFOPvvvvaT0c3ir_nSiAqoa8-Xd_ueM (дата последнего обращения: 02.08.2020).

155. Шевченко, И. М. К вопросу о понижении очередности удовлетворения (субординации) требований кредиторов в делах о банкротстве / И. М. Шевченко. – Текст: непосредственный // Российский судья. – 2018. – № 3. – С. 10–14.

156. Шевченко, И. М. К вопросу о рассмотрении в делах о банкротстве требований, основанных на отношениях внутрикорпоративного

(внутригруппового) характера / И. М. Шевченко. – Текст: непосредственный // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». – 2018. – № 4. – С. 36–54.

157. Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2000. – 477 с. – Текст: непосредственный.

158. Ширвиндт, А. М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. – М.: Статут, 2014. – С. 203–242. – Текст: непосредственный.

159. Широкова, Е. В. Гражданско-правовой механизм субординации требований кредиторов при банкротстве корпораций: специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Широкова Елена Владимировна ; Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Ульяновский государственный университет». – Ульяновск, 2021. – 206 с. – Текст: непосредственный.

160. Шишмарева, Т. П. Институт несостоятельности в России и Германии. / Т. П. Шишмарева. – М. : Статут, 2015. – 332 с. – Текст: непосредственный.

Российские электронные ресурсы

161. Видеозапись Научно-практического круглого стола «Судьба договорных требований контролирующей компанию лиц и иных аффилированных кредиторов при банкротстве компании», организованного Юридическим институтом «М-Логос». URL: https://m-logos.ru/mlogos_publication/nauchno-prakticheskyy_kruglyi_stol_sudba_dogovornyh_trebovaniy_kontroliruushih_kompaniy_li_c_i_inyh_affilirovannyh_kreditorov_pri_bankrotstve_kompanii (дата последнего обращения: 30.04.2019).

162. Онлайн-эфир Фонда «Центр стратегических разработок»: «Банкротство. Реальная практика». URL: <https://www.youtube.com/watch?v=3VeEaVEwHX0> (дата последнего обращения: 30.05.2020).

Зарубежные нормативные правовые акты и материалы законотворческой деятельности

163. Банкротный кодекс США (U.S. Bankruptcy Code). Режим доступа: справ.-правовая система «LexisNexis».

164. Закон Австрии об акционерных обществах (Bundesgesetz über Aktiengesellschaften StF: BGBl. Nr. 98/1965). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002070> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

165. Закон Австрии об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) RGBl. Nr. 58/1906). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001720> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

166. Закон Германии об акционерных обществах (Aktiengesetz. Gesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I S. 1089)). URL: <https://dejure.org/gesetze/AktG> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

167. Закон Германии об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Gesetz vom 20.04.1892 (RGBl. I S. 477)). URL: <https://dejure.org/gesetze/GmbHG> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

168. Закон Германии об оспаривании правовых действий должника вне конкурсного процесса (Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens. vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911)). URL: https://www.gesetze-im-internet.de/anfg_1999/AnfG.pdf (дата последнего обращения: 22.08.2020).

169. Положение Австрии о несостоятельности (Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)) RGBl. Nr. 337/1914). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001736> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

170. Положение Германии о несостоятельности (Insolvenzordnung. Gesetz vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2866)). URL: <https://dejure.org/gesetze/InsO> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

171. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001. (1.3.6.). URL: https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/index_16.html (дата последнего обращения: 22.08.2020).

172. Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 – GesRÄG 2013). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_02356/index.shtml (дата последнего обращения: 22.08.2020).

173. Bundesgesetzblatt I Nr. 92/2003. Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00124/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

174. Directive (EU) 2019/1023 of European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L1023> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

175. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften. BT-Drucks 8/1347. URL: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/08/013/0801347.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

176. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG). BT-Drucks 15/5673. URL: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/mindestkapg/1505673.pdf (дата последнего обращения: 22.08.2020).

177. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 24.03.2020. BT-Drucks 19/18110. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/181/1918110.pdf> (дата последнего обращения: 22.08.2020).

178. Gesetzentwurf Ministerialentwurf betreffend eines Bundesgesetzes, mit dem die Anfechtungsordnung, die Ausgleichsordnung, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Handelsgesetzbuch, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und die Konkursordnung geändert werden (Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1993 – IRÄG 1993). URL: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XVIII/ME/ME_00322/index.shtml (дата последнего обращения: 19.12.2017).

179. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25.07.2007. BT-Drucks 16/6140. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/16/061/1606140.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

180. Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 15.12.1977. BT-Drucksache 8/1347. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/08/013/0801347.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

181. Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) // BT-Drucksache 16/6140. URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/061/1606140.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

182. Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG). BT-Dr 13/7141. S. 12. URL: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/071/1307141.pdf> (дата последнего обращения: 19.12.2017).

183. GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht vom 19. Dezember 2001. (1.3.6.). URL: https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/index_16.html (дата последнего обращения: 19.12.2017).

Материалы зарубежной судебной практики

184. Allied Eastern States Maintenance Corp. v. Miller (In re Lemco Gypsum, Inc.), 911 F.2d 1553, 1557 (11th Cir. 1990).

185. AutoStyle Plastics, Inc. (227 BR 797 - Bankr. Court, WD Michigan, 1998).

186. Benjamin v. Diamond, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977).

187. Benjamin v. Diamond (Inre Mobile Steel Co.), 563 F.2d 692, 703 (5th Cir. 1977).

188. Braas Sys., Inc. v. WMR Partners (In re Octagon Roofing), 157 B.R. 852, 858 (N.D. Ill. 1993).

189. Cass. Civ., Sez. I, sentenza 20 giugno 2018, n. 16291.

190. Celotex Corp. v. Hillsborough Holdings Corp. (In re Hillsborough Holdings Corp.), 176 B.R. 223, 249 (Bankr. M.D. Fla. 1994).

191. Clarke v. Rogers, 228 U.S. 534, 548 (1913).

192. Cold Harbor Associates, L.P., 204 BR.

193. Costello v. Fazio, 256 F.2d 903, 910 (9th Cir. 1958).

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

195. In re Mr. R's Prepared Foods, Inc., 251 B.R. 24 (Bankr. D. Conn. 2000).

196. In re Official Committee of Unsecured Creditors for Dornier Aviation (north America), 453 F.3d 225 (4th Cir. 2006).
197. In RE v. Loewer's Gambrinus Brewery Co., 167 F.2d 318 (2d Cir.1948).
198. Kreisler, 546 F.3d 863 (7th Cir. 2008).
199. Matter of Mobile Steel Co 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977).
200. In re Optical Technologies, Inc., 252 B.R. 531, 533 (M.D. Fla. 2000) 246 F.3d 1332 (11th Cir. 2001).
201. Pepper v. Litton 308 U.S. 295, 306-07 (1939).
202. Rego Crescent Corp. v. Tymon (In re Rego Crescent Corp.), 23 B.L 958, 962-65 (Bankr. E.D.N.Y. 1982).
203. Roth Steel Tube v. U.S., 800 F.2d 625, 631(6th Cir. 1986).
204. Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp., 313 U.S. 215, 219 (1941).
205. Summit Coffee Co. v. Herby's Foods, Inc. (In re Herby's Foods, Inc.), 2 F.3d 128 (5th Cir. 1993).
206. Taylor v. Standard Gas & Electric Co 306 U.S. 307 (1939).
207. United States v. Colorado Invesco, Inc., 902 F. Supp. 1339, 1342 (D. Colo. 1995).
208. Wood v. Richmond (In re Branding Iron Steak House), 536 F.2d 299 (9th Cir. 1976).
209. Wooley v. Faulkner (In re SI Restructuring, Inc.), 532 F.3d 355 (5th Cir. 2008).
210. RG. Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37.
211. RG Urt. v. 03.12.1938 – II 84/38.
212. RG Urt. v. 13.01.1941 – II 88/40.
213. BGH Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57.
214. BGH Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77.
215. BGH Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77.
216. BGH Urt. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80.
217. BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83.
218. BGH Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84.

219. LG Dortmund. v. 11.06.1985 – 9 T 274/85.
220. BGH Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87.
221. BGH Urt. v. 16.10.1989 – Az. II ZR 307/88.
222. OGH Urt. v. 08.05.1991 – 8 Ob 9/91.
223. BGH Urt. v. 16.12.1991 – II ZR 294/90.
224. BGH Urt. v. 13.07.1992 – II ZR 251/91.
225. BGH Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91.
226. OGH Urt. v. 16.09.1993 – 8 Ob 15/93.
227. OGH Urt. v. 22.12.1993 – 8 Ob 28/93.
228. BGH Urt. v. 11.07.1994 – Az.: II ZR 146/92.
229. BGH Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93.
230. OGH Urt. v. 15.12.1994 – 8 Ob 629/92.
231. OGH Urt. v. 27.07.1995 – 7 Ob 568/95.
232. OGH Urt. v. 12.09.1996 – 8 ObS 2107/96b.
233. OGH Urt. v. 28.01.1997 – 1Ob2044/96m.
234. OGH Urt. v. 12.03.1998 – 8Ob336/97p.
235. BGH Urt. v. 08.02.1999 – II ZR 261/97.
236. BGH Urt. v. 10.02.1999 – VIII ZR 70/98.
237. OGH Urt. v. 23.11.1999 – 7 Ob 366/98v.
238. OGH Urt. v. 24.02.2000 – 6 Ob 235/99.
239. BGH Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 179/99.
240. OGH Urt. v. 11.06.2001 – 8 Ob 193/00s.
241. OGH Urt. v. 07.11.2002 – 8 ObS 200/02y.
242. BGH Urt. v. 16.12.2003 – VIII R 6/93.
243. BGH Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 103/02.
244. OGH Urt. v. 08.06.2005 – 7 Ob 288/04k.
245. BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03.
246. BGH Urt. v. 16.07.2007 – II ZR 3/04.
247. BGH Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 264/06.
248. BGH Urt. v. 05.05.2008 – II ZR 108/07.

249. BGH Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07.
250. BGH Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07.
251. BGH Urt. v. 03.12.2009 – IX ZR 7/09.
252. BGH Urt. v. 17.02.2011 – IX ZR 131/10.
253. BGH Urt. v. 05.04.2011 – II ZR 173/10.
254. BGH Urt. v. 11.10.2011 – II ZR 18/10.
255. BGH Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11.
256. BGH Urt. v. 28.02.2012 – II ZR 115/11.
257. BGH Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12.
258. BGH Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13.
259. Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal 10 March 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:1695).
260. Alternate Fuels, Inc., 2015 WL 3635366 (10th Cir. June 12, 2015) (2-1) («AFI»).
261. LG Hamburg Urt. vom 18.06.2015 Az. 301 O 1/15.
262. BGH Urt. v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14.
263. BGH Urt. v. 13.07.2017 – IX ZR 173/16.
264. BGH Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18.
265. BGH Urt. v. 14.02.2019 – IX ZR 149/16.

Литература на иностранных языках

266. Althuber F., Brandstätter T., Haberer T. Gesellschafterleistungen in der Krise – Neuregelung des österreichischen Eigenkapitalersatzrechts. In: NZI. 2004. S. 610–615.
267. Altmeppen H. Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis. In: Neue Juristische Woche. 2008. S. 3601 ff.
268. Armour J., Bartkus G., Clarke B.J. et al. Report on the Recognition of the Interest of the Group. 2016. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888863> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

269. Azara D. Die neue BGH-Rechtsprechung zur Abtretung von Gesellschafterdarlehensforderungen und ihre praktischen Auswirkungen. DStR. 2013.
270. Bahadur N. Subordination of shareholder loans in insolvency. Should the Netherlands introduce a rule in Dutch law regarding subordination of shareholder loans in insolvency? Master thesis. Amsterdam. 2012.
271. Baumbach A., Hueck A. GmbH-Gesetz Kommentar 18. Auflage. München. 2013.
272. Baumbach A., Hueck A. GmbHG § 5 Stammkapital. Geschäftsanteil, GmbH-Gesetz. 21. Auflage. München. C.H. Beck. 2017. 2400 s.
273. Baumbach A., Hueck A. Kommentar zum GmbH. 20. Auflage. München. C.H. Beck. 2013. 2344 s.
274. Bernard A. Riemer. Claims Against Bankrupt Corporations Based On Advances by Controlling Stockholders or Parent Corporations, 73 COM. L.J. 1968.
275. Bitter G. Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2010. S. 1–15.
276. Blumberg P.I. Amerikanisches Konzernrecht. In: ZGR. 1991. S. 327 ff.
277. Bork R. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts? In: Zeitschrift fuer Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2007. S. 250–270.
278. Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht. 8., ueberarbeitete Auflage Tuebingen, Mohr Siebeck. 2017. 309 s.
279. Borns W. Einführung in das GmbH-Recht: Leitfaden fuer GmbH-Geschäftsführer. 2. Auflage. Wien, Verlag Oesterreich. 2014. 151 s.
280. Braunschweig V. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA. Frankfurt am Main, Peter Lang. 2012. 322 s.
281. Buck Ch. Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken. Dissertation. Stuttgart. 2005. 425 s.
282. Cahn A. Equitable Subordination of Shareholder Loans? European Business Organization Law Review (EBOR), Vol. 7. 2006.

283. Cahn A. *Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz. Die Aktiengesellschaft.* 2005. S. 217–227.
284. Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden: a shareholder loan does not in itself have a subordinated character. Stibbe. URL: <https://www.stibbe.com/en/news/2015/october/court-of-appeal-arnhem-leeuwarden-a-shareholder-loan-does-not-in-itself-have-a-subordinated-charact> (дата последнего обращения: 22.08.2017).
285. Damnitz M., Degenhardt J. *Faktische Geschaeftsführung und kapitalersetzende (Bank-) Darlehen bei der AG.* WM. 2005. S. 583–588.
286. DeNatale A., Prudence B. Abram. *The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors.* Business Law. 1985. Vol. 40. P. 417-448.
287. Douglas M.D. *Absence of Actual Harm to Creditors Defeats Equitable Subordination Bid.* Jones Day Business Restructuring Review. September – October 2008. URL: <https://www.jonesday.com/en/insights/2008/10/absence-of-actual-harm-to-creditors-defeats-equitable-subordination-bid> (дата последнего обращения: 27.08.2020).
288. Eidenmüller H. *Comparative Corporate Insolvency Law.* European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 319/2016.
289. Eidenmüller H. *Contracting for a European Insolvency Regime.* European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 341/2017. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2896340> (дата последнего обращения: 27.08.2020).
290. Eidenmüller H. *Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz.* In: *Festschrift fuer Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag.* Band II. München. C.H. Beck. 2007. S. 49–54.
291. Eidenmüller H. *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz.* Köln, O. Schmidt. 1999. 1088 s.
292. Emmerich V., Habersack M. *Konzernrecht.* 10. Auflage. München. C.H. Beck. 2013. 621 s.

293. Engert A. Die oekonomische begruendung der grundsaezte ordnungsgemaeßer Unternehmensfinanzierung. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. 2004. S. 813–841.

294. Feibelman A. Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. UNC Legal Studies Research Paper No. 1032309. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1032309 (дата последнего обращения: 27.08.2020).

295. Fellner M., Mutz M. Eigenkapitalersatz-Gesetz. Praxiskommentar (nach oesterr. Recht). Wien, WUV-Univ.-Verlag. 2004. 141 s.

296. Fischer Th.R. Glaebigerschutz durch eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen? Regulierung und Unternehmenspolitik Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse. Wiesbaden. Gabler. 1996. S. 179–195.

297. Fleischer H. Covenants und Kapitalersatz. In: ZIP. 1998. S. 313–321.

298. Flöther L.F., Wilke A.K. Auswirkungen des praeventiven Restrukturierungsrahmens auf die Insolvenzantragstellun. NZI-Beilage. 2019.

299. Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (FK-InsO). § 39. Hermann Luchterhand Verlag. 7. Auflage. München. 2012. 3664 s.

300. Frizberg N. Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren. Manz Verlag. Wien. 2021. 246 s.

301. Früh A. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen. GmbHR. 1999. S. 842–847.

302. Führ W. Die Auswirkungen des MoMiG auf abgetretene Gesellschafterdarlehensforderungen. NZG. 2010.

303. Gehrlein M. Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikation. In: Betriebs-Berater (Beilage). No. 3. 2011. S. 3–8.

304. Gehrlein M. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG. In: Betriebs-Berater. 2008. S. 846–854.

305. Gehrlein M., Witt C.-H., Volmer M. GmbH-Recht in der Praxis. 4., ueberarbeitete und erweiterte Auflage. Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft GmbH. 2019. 602 p.

306. Geist A. Konzerninnenfinanzierung – Gibt es insolvenzfeste Alternativen zum Darlehen des Gesellschafters? In: ZIP. 2014. S. 1662–1672.

307. Gelter M. The Subordination of Shareholder Loans in Bankruptcy (January 17, 2005). Harvard Olin Fellows' Discussion Paper Series No. 4, 1/2005. International Review of Law and Economics, Vol. 26, No. 4. 2006.

308. Gelter M. Roth J. Subordination of Shareholder Loans from a Legal and Economic Perspective. 2007. Journal for Institutional Comparisons. Vol. 5. No. 2. P. 40-47.

309. Gleick Harry S. Subordination of Claims in Bankruptcy Under the Equitable Power of the Bankruptcy Court. The Business Lawyer. Vol. 16, No. 3. 1961. P. 611–625.

310. Gurrea-Martínez A. Insolvency Law in Times of COVID-19. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper. 2/2020. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562685 (дата последнего обращения: 27.08.2020).

311. Gurrea-Martínez A. Directors' Duties of Financially Distressed Companies in the Time of COVID-19. University of Oxford. Faculty of Law. URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/directors-duties-financially-distressed-companies-time-covid-19> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

312. Haas U. Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG. ZInsO. 2007. S. 617–629.

313. Habersack M. Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund. In: ZIP. 2008, 2385.

314. Habersack M. Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und. Rechtsfolgen der Neuregelung. In: ZIP. 2007. S. 2145–2153.

315. Hachenburg M., Ulmer P. GmbHG. § 30. Grosskommentar. 8. Auflage. Berlin. 1992. 1320 s.

316. Hagemeister A., Bueltmann M. Konflikte von Sicherungsinstrumenten und Eigenkapitalersatz bei Projektfinanzierungen durch Banken. WM. 1997. S. 549–555.
317. Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. Hrsg. von Dr. Andreas Schmidt. 4. Auflage. Köln. 2012.
318. Hamburger Kommentar zur InsO. Münster. 2012. § 39. Rn. 19.
319. Herzog A.S., Zweibel J.B. The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy. Vanderbilt Law Review. 1961. Vol. 15. No. 1. P. 83-113.
320. Hirte H. Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). In: Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV. 2008. S. 1429–1435.
321. Hölzle G. Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG? In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2009. S. 1939–1948.
322. Huber U. Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda. In: Festschrift Priester. Köln. 2007. S. 259–284.
323. Huber U. Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform. In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2010.
324. Huber U., Habersack M. GmbH-Reform: Zwoelf Thesen zu einer moeglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. In: Betriebs-Berater. 2006. S. 1–7.
325. Huber U., Habersack M. Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. In: Lutter M. (Hrsg.). Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa. Berlin, De Gryuter. 2006. S. 370– 433.
326. Huber U., Habersack M.. GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. In: Betriebs-Berater. 2006. S. 1 ff.
327. Insolvenzordnung Großkommentar. Band 4, 9. Auflage. 2008. 664 s.
328. Kästle M. Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditvertraegen. Berlin, Duncker & Humblot. 2003. 274 s.

329. Kampshoff M. Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH. GmbHR. 2010. S. 897–904.
330. Karollus M. Kapitalersetzende Leistungen – jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven. In: Österreichisches Bankarchiv. 1997. 105 f.
331. Kleindieck D. Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung – GAMMA. NZG. 2008. S. 686–690.
332. Kokorin I. Intra-group financial support in a crisis: between rescue and abuse. URL: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Ilya%20Kokorin%20Intra-group%20finance_III%20Prize%20submission.pdf (дата последнего обращения: 27.08.2020).
333. Koppensteiner H.G., Rüffler F. GmbH-Gesetz: Kommentar § 74. 3. Auflage, Verlag. LexisNexis Wien, 2007. Режим доступа: справ.-правовая система«LexisNexis».
334. Krolop K. Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte. In: GmbH-Rundschau. 2009. S. 397–399.
335. Kruth Claus-Peter. Gesellschafter als Vermieter in der Insovenz der Betriebsgesellschaft – Das Ende der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung! DStR. 2015. S. 1454–1458.
336. Kübler B., Pruetting H., Bork R. (Hrsg.). InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, In 5 Bänden. Band 1. Loseblatt. Köln. RWS Verlag. 2017. 8468 s.
337. Law and Policy Reform at the Asian Development Bank. Asian Development Bank. P. 43. URL: <http://www.asianlii.org/asia/other/ADBLPRes/2000/1.pdf> (дата последнего обращения: 19.07.2017).
338. Lazauskaitė R., Petroševičienė O. The doctrine of subordination of shareholder loans as safeguard of creditors' rights and its development in Lithuania. International Journal of Development and Sustainability, 2(3). 2013. P. 1799–801.

339. Levitin A. J. Rough Justice? The Nature and Limits of Equitable Subordination. Working Paper. 2006. URL: <https://ssrn.com/abstract=900444> (дата последнего обращения: 27.08.2020).
340. Long Leonard J. Automatic Subordination as Incentive for Insider Creditors' Prudential Investing. *Journal of Law and Commerce*, Vol. 13, Issue 1. 1993. P. 97–142.
341. Lüneborg C. *Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen*. Peter Lang. Frankfurt am Main. 2010.
342. Lutter M., Hommelhoff P. Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH. *ZGR*. 1979. S. 31–66.
343. Lutter M., P. Hommelhoff P. *GmbH-Gesetz Kommentar § 13*. 18. Auflage. Köln. 2012. 1964 s.
344. Lutter M., Hommelhoff P. *Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a*. 16. Aufl. Köln, 2004.
345. Lutz G.S., Steinecker J. A New Subordination Rule Entered into Force: the Role of Related Party Creditors in Bankruptcy Post Amendment to the Slovak Bankruptcy Act. 2012. URL: <https://spectator.sme.sk/c/20042879/a-new-subordination-rule-entered-into-force-the-role-of-related-party-creditors-in-bankruptcy-post-amendment-to-the-slovak-bankr.html> (дата последнего обращения: 27.08.2020).
346. Maesch S., Voß A. Covenants und Eigenkapitalersatz. *FB*. 2007. S. 1–11.
347. Majic M. *Covenants und Insolvenz: Risiken covenant-gesicherter Kreditgeber im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers*. 1. Auflage. München, De Gruyter. 2013. 285 s.
348. Manganelli P. Equitable Subordination of Loans Granted by Shareholders of an S.p.A. URL: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/equitable-subordination-of-loans-granted-by-shareholders> (дата последнего обращения: 27.08.2020).
349. Marotzke W. Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, *ZInsO*. 2008. S. 1281–1292.
350. Maser P. *Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH*. In: *ZIP*. 1995.

351. Mayer C. Der vertragliche Nachrang von Forderungen: über Rechtsnatur und Rechtsfolgen. der Forderungssubordination bei Nachrangdarlehen, Finanzplankredit, Mezzanine-Finance und Rangrücktritt. Dissertation. Mainz. 2007.

352. Meilicke W. Das Eigenkapitalersatzrecht – eine deutsche Fehlentwicklung. In: GmbH-Rundschau. 2007. S. 225–236.

353. Menzel H. Gesellschaftsfremde Dritte im Eigenkapitalersatzrecht und im Recht der Gesellschafterdarlehen Universitaet zu Köln. Dissertation. Köln. 2015. 175 s.

354. Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz. 3. Auflage. München. C.H. Beck. 2017. 4534 s.

355. Michalski L., Heidinger A., Leible S. et al. Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2. Auflage. München. 2010.

356. Montes M. In re Yellowstone Mountain Club: Equitable Subordination to Police Inequitable Conduct by. Non-Insider Creditors, North Carolina Banking Institute, Feb 10, 2010.

357. Mülbart P. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection – or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection. 2006. ECGI – Law Working Paper № 60/2006. P. 37. URL: <https://ssrn.com/abstract=883625> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

358. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. 8. Auflage. München. C.H.BECK. 2020.

359. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band 2. 3. Auflage. München. C.H.BECK. 2013.

360. Murray John C. Equitable Subordination in Bankruptcy: An Analysis of In re Yellowstone. 2010.

361. Nowotny C. Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens. ÖBA. 1994.

362. Nozemack M. Making Sense Out of Bankruptcy Courts' Recharacterization of Claims: Why Not Use § 510 (c) Equitable Subordination? 56 Wash. & Lee L. Rev. 689. 1999.

363. Nyzio, Lydia E. Mobile Steel and Beyond: Trends in Equitable Subordination. South Carolina Law Review: Vol. 37: Iss. 4, Article 5. P. 627–677.

364. Ostheim R. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise. Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Österreich. 1989.

365. Ostheim R. Zur Behandlung «stehengelassener» Gesellschafterdarlehen. Anmerkungen zu 8 Ob 28/93. WBl. 1994. S. 185–188.

366. Ostheim R. Zur geplanten Neuregelung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Entwurf zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz. WBl. 1993. S. 386–393.

367. Pentz A. Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen. Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag. München. 2010. S. 747–762.

368. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: Süddeutsche Juristenzeitung 1. 1946. S. 105–108.

369. Rademaker P. Die rechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen im deutschen und österreichischen Recht Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Erweiterung der Risikobeiträge der GmbH-Gesellschafter infolge einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Verlag Dr. Kovac. Hamburg. 2018.

370. Richter T., They A. Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down. INSOL Europe. 2020. P. 11. URL: <https://ssrn.com/abstract=3575511> (дата последнего обращения: 27.08.2020).

371. Roth G. Altmeppen H. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 7. Auflage. München. C.H. Beck. 2012. 1359 s.

372. Roth G.H., Altmeppen H. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. § 30. 8. Auflage. München. C.H. Beck. 2015. 1359 s.

373. Runge J. Covenants in Kreditverträgen: Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern. Bank- und Kapitalmarktrecht in Theorie und Praxis. Köln. In: RWS-Verlag. 2010. 447 s.

374. Scherer E., Schimmelpenninck R.J. Equitable Subordination of Shareholder Loans: Going Dutch or the American Way? 2004. 20 IL & P 54. Режим доступа: справ.-правовая система«LexisNexis».

375. Schihalejev M. Restrictions on the Participation of Debtor-Related Creditors in Bankruptcy Proceedings: Is There a Need for a New Approach in Estonian Law? *International Comparative Jurisprudence*. 2018. Vol. 4. No. 1. P. 52–65.

376. Schmidt K. Fortschritt im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen. *RdW*. 1994. S. 135–137.

377. Schmidt K. Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform – eine alternative Sicht. In: *Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2010. S. 15 ff.

378. Schmidt K. Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. In: *GmbH-Rundschau*. 2009. S. 1009–1019.

379. Schmidt K. Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts? In: *GmbH-Rundschau*. 2005. S. 797–807.

380. Schoen W. The Future of Legal Capital. *European Business Organization Law Review*. 2004. Vol. 5. No. 3. P. 429-448.

381. Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz § 32a. 10. Auflage. Köln, 2006. 1940 s.

382. Schon W. «Zur Existenzvernichtung» der juristischen Person. *ZHR*. 168. 2004. S. 268–290.

383. Schulze De la Cruz. Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen und seine Auswirkungen auf den persönlichen Anwendungsbereich. *Duncker & Humblot GmbH (Verlag)*. 1. Auflage. Berlin. 2015. 336 s.

384. Schwintowski H., Dannischewski J. Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftergleichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG. In: *ZIP*. 2005. S. 840–846.

385. Scott M. Browning. No Fault Equitable Subordination: Reassuring Investors That Only Government Penalty Claims Are at Risk. *34 Wm. & Mary L. Rev.* 487. 1993.

386. Servatius W. Gläubigereinfluss durch Covenants: Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung *Habilitation*. München. Mohr Siebeck. 2008. 657 s.

387. Skauradszun D. Ein Umsetzungskonzept fuer den praeventiven Restrukturierungsrahmen. *Zeitschrift fuer Insolvenzrecht*. 2019. S. 161–192.
388. Skeel David A. Jr., Krause-Vilmar G. Recharacterization and the Nonhindrance of Creditors. *Faculty Scholarship*. 159. 2006.
389. Stanghellini L., Mokal R., Paulus C.G. et al. *Best Practices in European Restructuring – Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*. Milan, Wolters Kluwer. 2018. 302 p.
390. Thole C. Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille? In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*. 2012. Bd. 176. H. 5. S. 513–546.
391. Tillmann T. Kreditinstitute als gesellschafteraehnliche Darlehensgeber: Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs des § 32a III 3 GmbHG? In: *DB*. 2006. S. 199–204.
392. Tillmann T. Der Entwurf des «MoMiG» und die Auswirkungen auf die Gesellschafterfremdfinanzierung – Verstrickte und privilegierte Darlehen. In: *GmbH-Rundschau*. 2006. S. 1289–1295.
393. Tollenaar N. The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings. *Insolvency Intelligence*. 2017. Vol. 30 (5). P. 65–81.
394. Tucker M.R. Debt Recharacterization During an Economic Trough: Trashing Historical Tests to Avoid Discouraging Insider Lending. *Ohio State Law Journal*. 2010. Vol. 71. No. 1. P. 187–228.
395. Ulmer P. *Das neue GmbH-Recht in der Diskussion*. Köln. 1981.
396. Ulrich H. Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform. In: *Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, S. 7–14.
397. UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York. 2005. 400 p.
398. Veil R. Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung. *NJW*. 2008. S. 3264–3266.
399. Verse D.A. Shareholder loans in corporate insolvency – a new approach to an old problem. *German Law Journal*, Vol. 09 No. 09. 2008. P. 1109–1124.

400. Waclawik E. Die Verantwortlichkeit fuer existenzvernichtendes Unterlassen. DStR. 2008. S. 1486–1492.
401. Weber H.-J., Lepper M. Das eigenkapitalersetzende Darlehen des GmbH-Gesellschafters. DStR. 1991. S. 980–985.
402. Weijs R. J. de, M Good. Shareholders' and creditors' entitlements on insolvency: who wins where? *Journal of International Banking and Financial Law*. 2015. P. 642-645.
403. Weijs R. J. de, Breeman M. COMI-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law. *European Company and Financial Law Review*. 2015, 11(4). P. 500-502, 524. URL: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2014-0495>.
404. Weijs R.J., de. Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide. *Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-21*. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932097> (дата последнего обращения: 22.08.2020).
405. Wiedemann H. Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung. In: ZIP. 1986. S. 1293–1303.
406. Wilton J., McGee W. The Past and Future of Debt Recharacterization. *Business Lawyer*. 2018. Vol. 74. P. 91-125.
407. Wood P.R. *Project finance, securitisations, subordinated debt*. London: Sweet and Maxwell. 2007.
408. Wüst G. Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH, DStR. 1991. S. 1388–1393.
409. Ziemons H., Jaeger C. *Beck'sche Online-Kommentar (BeckOK) GmbHG*. 33. Auflage. München. C.H. Beck. 2017. Available at Beck-Online.