

DOI 10.37882/2223–2974.2022.07.03

## О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРИМЕНЕНИЯ МЕХАНИЗМА СУБОРДИНАЦИИ К ТРЕБОВАНИЯМ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА ЛИЦ В БАНКРОТНОЙ ПРОЦЕДУРЕ

### ON SOME ISSUES OF APPLYING THE SUBORDINATION MECHANISM TO THE REQUIREMENTS OF THE DEBTOR'S CONTROLLING PERSONS IN THE BANKRUPTCY PROCEDURE

*M. Gergolenko*

*Summary.* The article examines the topical issues of applying the subordination mechanism to the requirements of the debtor's controlling persons in the bankruptcy procedure. At the moment, the problem under study is the most relevant, the legislator and law enforcement officers are in search of the optimal model of competitive subordination. The author came to the conclusion that the mechanism of subordination additionally reveals the legal position of the controlling debtor of the person through the prism of his rights and obligations towards the debtor in the interaction of each element of the system of competitive relations, while by its legal nature, competitive subordination is not a measure of responsibility for the unfair behavior of the controlling debtor of the person, since it is not applied by the court for the purpose of compensation creditor's property losses — competitive subordination is applied by the court in order to establish the legal nature of the claim of the controlling person, based on the principle of impossibility in the conditions of the competitive procedure of the same priority of corporate claims and claims of independent external creditors.

*Keywords:* controlling debtor, subordination of claims, property crisis, affiliated persons, compensatory financing.

*Герголенко Михаил Алексеевич*

*Аспирант, Московский государственный  
юридический университет имени О.Е. Кутафина  
(МГЮА)  
mgergolenko@mail.ru*

*Аннотация.* В статье исследованы актуальные вопросы применения механизма субординации к требованиям контролирующих должника лиц в банкротной процедуре. В настоящий момент исследуемая проблематика является наиболее актуальной, законодатель и правоприменители находятся в поиске оптимальной модели конкурсной субординации в российском банкротном праве. Автор пришёл к выводу, что механизм субординации раскрывает правовое положение контролирующего должника лица через призму его прав и обязанностей по отношению к должнику при взаимодействии каждого элемента системы конкурсных отношений, при этом по своей правовой природе конкурсная субординация не является мерой ответственности за недобросовестное поведение контролирующего должника лица, поскольку она не применяется судом с целью компенсации имущественных потерь кредитора — конкурсная субординация применяется судом с целью установления правовой природы требования контролирующего лица, основанного на принципе невозможности в условиях конкурсной процедуры одинаковой очередности корпоративных требований и требований независимых внешних кредиторов.

*Ключевые слова:* контролирующее должника лицо, субординация требований, имущественный кризис, аффилированные компенсационное финансирование.

**И**нститут субординации в банкротной процедуре встречается во многих правовых системах, при этом в различных странах в связи с историко-политическими процессами он находится на разных этапах своего развития.

Важным аспектом всестороннего исследования правового положения контролирующего должника лица является анализ возможности субординации его требований к должнику в процедуре банкротства. Дореволюционное российское банкротное право не дошло до обсуждения вопроса субординации требова-

ний, а советское право данный институт не развивало в принципе.

Стремительное развитие механизма субординации в современном российском банкротном праве в первую очередь обусловлено недобросовестными действиями контролирующих должника лиц, которые злоупотребляя своими правами, желают получить контроль на банкротной процедурой.

Сама по себе категория субординации требований, контролирующих должника и аффилированных с ним

лиц до настоящего времени, не имеет самостоятельно законодательного регулирования, впервые рассматриваемый механизм защиты кредиторов нашел свое отражение в отечественном праве в судебной практике при рассмотрении вопросов включения в реестр требований кредиторов требований контролирующих должника лиц.

Более гармоничное развитие институт субординации получил в зарубежных правовых системах, где сформировалось несколько классических моделей субординации.

Например, в Германии все требования участников (акционеров) должника должны понижаться в очередности, помимо прямо упомянутых в законе случаев. В Италии и Австрии требования участников (акционеров) понижаются в очередности только тогда, когда они предоставлены в условиях экономического кризиса должника. Интересным примером служит модель субординации, которая применяется в США. Она любопытна тем, требования участника (акционера) понижаются в очередности только в том случае, если будет установлена недобросовестность в действиях контролирующего должника лица и намерении причинить вред иным кредиторам [1].

Во Франции существует своеобразная опровержимая презумпция того, что заем, выданный участником общества, должен быть субординирован ввиду его корпоративного характера, в связи с чем Ионцев М.А. отмечает особенный, гибкий механизм субординации во Франции, где субординация может рассматриваться как санкция, как санкция за недобросовестное поведение контролирующих должника лиц, вследствие которого причинен имущественный вред кредиторам, но при этом характер требования должен соответствовать определенным условиям, к которым судебная практика относит срок исполнения обязательства, существенно отличающиеся от обычных рыночных условия сделки, отсутствие хозяйственной цели сделки [2].

Как отмечает Егоров А.В., анализируя мировой опыт использования механизма субординации, в мировой практике можно выделить 2 модели субординации требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц: мягкую и жесткую модель. Под жесткой моделью субординации понимают формальный анализ судом требования кредитора на предмет аффилированности с должником — при установлении такого обстоятельства требование контролирующего должника лица понижается в очередности относительно требований внешних кредиторов. Напротив, мягкая модель основывается на более глубоком и сущностном анализе требования контролирующего должника лица,

и, в зависимости от природы требования, суд может изменить его очередность — как правило, основаниями для понижения очередности требований внутренних кредиторов является установление корпоративной природы правоотношения или же недобросовестности участников [4].

С учетом специфической истории развития института банкротства в отечественном правовом порядке, российское право пока не избрало окончательный путь, по которому будет развиваться механизм субординации. В правоприменительной практике встречаются признаки как жесткой, так и мягкой моделей субординации, предполагающий более детальный подход к изучению сущности требования контролирующего должника лица [5].

Основой применения механизма субординации в банкротстве является Обзор Верховного суда РФ о судебной практике разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц от 29.01.2020 г. (далее — Обзор Верховного суда РФ) [6].

Согласно вышеуказанному Обзору Верховного суда РФ, субординация требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, предполагает изменение очередности удовлетворения требований таких лиц путем их понижения относительно требований иных независимых кредиторов. Важно отметить, что подход, выработанный Верховным судом, основывается на идее того, что понижение очередности требований контролирующего должника и аффилированного с ним лица не может быть произведено по формальному отнесению данных лиц к числу аффилированных.

По общему правилу, требования учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия, не входят в число требований конкурсных кредиторов. Сама по себе возможность признания лица конкурсным кредитором в деле о банкротстве обусловлена существом обязательства, лежащего в основании требования к должнику, и не может быть поставлена в зависимость от наличия у кредитора статуса участника должника. Как не раз отмечалось в правоприменительной практике по существу к подобного рода обязательствам относятся не только такие, существование которых прямо предусмотрено корпоративным законодательством (выплата дивидендов, действительной стоимости доли и т.д.), но и обязательства, которые хотя формально и имеют гражданско-правовую природу, в действительности таковыми не являются (в том числе по причине того, что их возникновение и существование было бы невозможно, если бы заимодавец не участвовал в капитале должника).

Таким образом, при применении механизма субординации понижению в очередности подлежат те требования, которые формально не имеют признаков корпоративного требования, однако без наличия корпоративной связи сделка, на основании которой возникли такие требования, в рамках обычного делового оборота не состоялась бы. В правоприменительной практике часто встречаются случаи, когда контролирующие должника и аффилированные с ним лица, действуя в обход закона, финансируют должника в период его имущественного кризиса или страхуются на случай прогнозируемого банкротства должника для того, чтобы иметь возможность влияния на банкротную процедуру. Такое финансирование в правовой доктрине называют компенсационным.

Необходимо отметить, что контролирующее должника и аффилированное с ним лицо прямо или косвенно способствует сокрытию имущественного кризиса должника путем предоставления компенсационного финансирования, тем самым принимая на себя риск финансовых убытков и не преодоления имущественного кризиса должника. При таких обстоятельствах контролирующее должника лицо не может быть в равном положении с другими кредиторами в банкротной процедуре. Обратное было бы нарушением основополагающего принципа равенства кредиторов в конкурсном праве.

В правовой доктрине отмечается, что принцип равенства кредиторов вытекает из общеправового принципа равенства и предполагает равное распределение риска банкротства должника среди всех его кредиторов, которые находятся в сходном положении, и, напротив, неравенство в распределении такого риска среди кредиторов, положение которых отличается значимым для уровня риска образом [7].

В рамках конкурсной процедуры в руки кредиторов переходит «банкротный» контроль над должником, что обусловлено перераспределением риском имущественных потерь, которые в банкротной процедуре в полной мере ложатся на конкурсных кредиторов. Для эффективной реализации своих прав и удовлетворения заявленных требований у конкурсных кредиторов появляется возможность осуществлять контроль над должником и его имуществом, определять ход конкурсной процедуры в рамках системы конкурсных отношений. После признания должника банкротом и открытия конкурсного производства кредиторы встают на место участников (акционеров) должника и управляют имуществом должника пропорционально размерам своих требований.

Вопрос определения понятия имущественного кризиса остается дискуссионным в отечественной право-

вой доктрине. Существует позиция, что имущественный кризис — это не что иное, как предбанкротный период, в котором находится должник. В правоприменительной практике встречается определение имущественного кризиса как трудного экономического положения должника, при котором в случае объективного банкротства контролирующее лицо принимает на себя риск утраты компенсационного финансирования при попытке его изъятия [8].

Представляется, что под имущественным кризисом необходимо понимать экономически тяжелое переходное состояние должника, которое в случае непринятия своевременных и стабилизирующих мер приведет к объективному банкротству должника.

Традиционным классическим примером компенсационного финансирования является договор займа (кредита) между должником и контролирующим должника лицом. Зачастую это происходит в тех ситуациях, когда должник не может получить внешнее финансирование от третьих лиц, либо в случае, если контролирующее лицо начинает готовиться к банкротной процедуре. В такой ситуации отчетливо проявляется один из признаков имущественного кризиса подконтрольного лица, а именно, неспособность привлечь внешнее финансирование. Возможность бизнеса беспрепятственно привлекать инвестиции в первую очередь говорит о здоровом состоянии и инвестиционной привлекательности предприятия.

В определенных случаях компенсационное финансирование может выражаться в отказе от принятия мер к истребованию задолженности. На практике нередки случаи, когда контролирующие лица предоставляют займ подконтрольному лицу, которое находится в стабильном экономическом состоянии, для развития бизнеса, через определенное время подконтрольное лицо перестает исполнять свои обязательства по договору займа в связи с наступлением имущественного кризиса. В обычных рыночных условиях любой разумный и добросовестный заимодавец станет предпринимать меры по взысканию дебиторской задолженности, однако в случаях компенсационного финансирования контролирующие лица, осознавая имущественное положение заемщика, не предпринимают никаких мер по взысканию возникшей задолженности.

В Обзоре Верховного суда РФ по субординации требований в п. 3.2 указано, что не востребовав контролем лицом займа в разумный срок после истечения срока, на который он предоставлялся, равно как отказ от реализации права на досрочное истребование займа, предусмотренного договором или законом, или подписание дополнительного соглашения о продле-

нии срока возврата займа по существу являются формами финансирования должника.

Такой подход представляется верным, контролирующее лицо несет риск за принятые решения по отношению к подконтрольному лицу, которые обусловлены корпоративной связью между ними, а не обычными условиями гражданского оборота. Очевидно, что такой подход применим и к иным обязательствам с участием подконтрольного лица, с отсрочкой платежа, в рамках которых контролирующее лицо не истребует денежное исполнение с подконтрольного лица. Под субординацию также подпадают требования, приобретенные контролирующим должника или аффилированным с ним лицом у независимого кредитора. Основанием для признания за такого рода обязательствами природы компенсационного финансирования является отсутствие реального экономического обоснования совершения таких сделок в предпринимательской деятельности, кроме как содействия должнику в преодолении имущественного кризиса.

Контролирующие должника и аффилированные с ним лица в случае предоставления подконтрольному лицу компенсационного финансирования могут раскрыть информацию для кредиторов о реальном имущественном состоянии подконтрольного лица, в таком случае их требования не подлежат субординации, поскольку после раскрытия такой информации кредиторы встанут в равное положение с контролирующими лицами.

Важно отметить, что при установлении требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, применяется повышенный стандарт доказывания. В рамках рассмотрения подобных обособленных споров независимые кредиторы не обладают сведениями и достаточными доказательствами компенсационной природы требования заявителя, поэтому для соблюдения баланса прав и законных интересов таким кредиторам необходимо указать лишь на косвенные доказательства, свидетельствующие о компенсационном финансировании должника.

Таким образом, контролирующие должника и аффилированные с ними лица, обладая всей необходимой информацией и доказательствами, должны раскрыть мотивы заключения сделки на представленных условиях и опровергнуть сомнения в их компенсационной природе.

Пандемия COVID-19 внесла определенные коррективы и в банкротный процесс, на определенный период был введен запрет на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов. «Ковидные» ограничения

существенно ударили по бизнесу, многие предприятия встали на порог банкротства в силу объективных причин.

Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2020 № 44 «О некоторых вопросах применения положений статьи 9.1 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», Верховный Суд разъяснил правила применения банкротного моратория [9].

Так, согласно п. 12 Постановления Пленума ВС РФ № 44, исходя из цели введения моратория, положений подпункта 1 пункта 3 статьи 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 статьи 134 Закона о банкротстве.

Отсюда следует, что требования, возникшие в связи с предоставлением, контролирующим должника и иным аффилированным лицом корпоративного финансирования, будут рассматриваться наравне с другими независимыми кредиторами. При этом судам необходимо исходить из устоявшегося принципа повышенного стандарта доказывания в делах о банкротстве, особенно применительно к требованиям контролирующих должника лиц. В таком случае, для защиты прав кредиторов имеет существенное значение установление момента, когда должник стал не способен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов — в том числе об уплате обязательных платежей — из-за превышения совокупного размера обязательств над реальной стоимостью его активов, до появления обстоятельств, послуживших основанием для введения банкротного моратория, или после. Очевидно, что условная отмена субординации по ковидным основаниям открывает возможности злоупотребления со стороны недобросовестных контролирующих должника лиц. Представляется, что конкурсным кредиторам и судам необходимо критически относиться к требованиям такого рода, проверять его экономическую эффективность и реальную исполнимость. При установлении указанных обстоятельств суд сможет разграничить требования добросовестного контролирующего должника лица, который хотел спасти бизнес, и недобросовестного контролирующего лица, целью которого было «размывание» требований кредиторов и создание подконтрольной задолженности.

## Заключение

Представляется, что конкурсная субординация — это особый механизм защиты прав и законных интере-

сов кредиторов в процедуре банкротства, основанный на совокупности правовых принципов: принципа добросовестности, принципа самостоятельности личности юридического лица, принципа равенства кредиторов в банкротной процедуре, который применяется судом и выражается в понижении очередности требования контролирующего должника и аффилированного с ним лица в связи компенсаторной природой соответствующего требования направленного на сокрытие имущественного кризиса должника.

Механизм субординации дополнительно раскрывает правовое положение контролирующего должника лица через призму его прав и обязанностей по отношению к должнику при взаимодействии каждого элемента системы конкурсных отношений. По своей правовой природе конкурсная субординация не является мерой ответственности за недобросовестное поведение контролирующего должника лица, поскольку она не применяется судом с целью компенсации имущественных потерь кредитора — конкурсная субординация приме-

няется судом с целью установления правовой природы требования контролирующего лица, основанного на принципе невозможности в условиях конкурсной процедуры одинаковой очередности корпоративных требований и требований независимых внешних кредиторов.

Таким образом, контролирующее должника лицо в случаях наступления имущественного кризиса в подконтрольном юридическом ему лице должен осознавать то, что его возможное компенсаторное финансирование подконтрольного лица может быть понижено в очередности требований в дальнейшей банкротной процедуре. Для того чтобы избежать указанных последствий, контролирующее лицо может раскрыть информацию о том, что подконтрольное лицо находится в состоянии имущественного кризиса, — в таком случае потенциальный кредитор самостоятельно будет решать, брать ли на себя риск за потенциальное неисполнение обязательств перед контрагентом, который находится в неблагоприятном финансовом состоянии.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.02.2019 N304-ЭС18–14031 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. N10. С. 24–46.
2. Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. N12. С. 116–158.
3. Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований, контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. N9. Специальный выпуск. С. 136.
4. Ионцев М.А. Компаративная справка о субординации требований контролирующих лиц при банкротстве
5. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.08.2015 N302-ЭС15–3973 по делу N A33–16866/2013;
6. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.07.2017 N308-ЭС17–1556(2) по делу N A32–19056/2014;
7. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11.07.2017 N305-ЭС17–2110 по делу N A40–201077/2015.
8. Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, контролирующих должника и аффилированных с ним лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020)//СПС Консультант-плюс.
9. Суворов Е.Д. Принцип равенства кредиторов как инструмент выявления злоупотреблений в банкротстве: равное равным, различное различным // Закон. 2020. N9. С. 42.
10. Фролов И.В. Управленческие функции судебных органов, их место в системе государственного (административного) управления сферы финансового оздоровления, несостоятельности (банкротства) // Вестник Томского государственного университета. 2009. N324. С. 254.
11. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2020 N44 «О некоторых вопросах применения положений статьи 9.1 Федерального закона от 26 октября 2002 года N127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»//СПС Консультант-плюс.

© Герголенко Михаил Алексеевич ( mgergolenko@mail.ru ).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»