

Субординация требований участников и аффилированных лиц

Судебная практика по делам о банкротстве все более ужесточается в отношении аффилированных кредиторов, резко повышая риски субординации. Подходы судов и анализ доводов сторон в спорах о банкротстве некредитных организаций — в статье.



Николай Покрышкин,
партнер юридической
фирмы «Кульков,
Колотилов и партнеры»



Владислав Родионов,
юрист юридической
фирмы «Кульков,
Колотилов и партнеры»

Бенефициары часто пытаются обеспечить контроль над процедурами банкротства должников и доминирование в реестре требований кредиторов путем включения в реестр:

- 1) фиктивных требований подконтрольных кредиторов, то есть искусственных долгов из несуществующих правоотношений;
- 2) формально реальных (не фиктивных) требований, возникших из «круговых проводок» имущества через должника, в результате которых должник остается с долгом перед кредитором, а переданное ему имущество через «прослойки» выводится в пользу того же кредитора или связанных с ним лиц;
- 3) реальных, но корпоративных по своей природе требований участников/аффилированных лиц.

Судебная практика противодействия первому из указанных способов активно развивалась в 2009–2016 годах и полноценно сформировалась к текущему моменту, а практика по второму способу сейчас только формируется*.

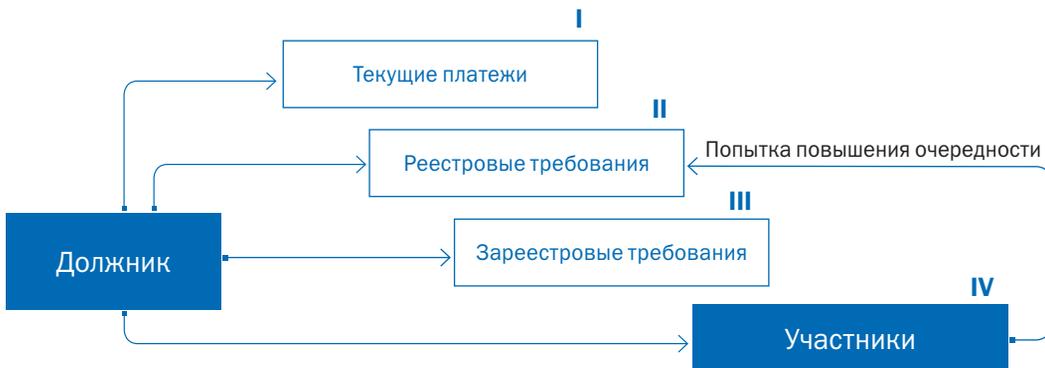
Рассмотрим подход ВС и нижестоящих судов в отношении третьего способа — субординации требований кредиторов.

Суть субординации требований кредиторов

Цель субординации. Основная цель субординации — защита независимых реестровых кредиторов от конкуренции за конкурсную массу с корпоративными требованиями контролирующего должника лиц, допустивших его банкротство.

По умолчанию при банкротстве должника его участники вправе получить лишь остатки его имущества — в случае полного пога-

Попытки участников повысить очередность своих требований



шения текущих платежей и реестровых требований (ст. 148 Закона о банкротстве). Учитывая, что такие ситуации встречаются крайне редко, контролирующие лица зачастую пытаются в обход закона повысить очередность удовлетворения своих требований — встать в реестр наравне с кредиторами должника. Для этого корпоративные по своей природе требования (например, взносы в уставный капитал для поддержания платежеспособности должника) они прикрывают внешне некорпоративной формой — договорами займа, поставки и т. д. Для борьбы с таким обходом очередности и применяется субординация требований участников.

Правовой механизм субординации. Прямые нормы закона о субординации требований установлены только применительно к банкротству кредитных организаций¹. Однако аналогичные подходы применяются и в отношении некредитных организаций.

Основания и механизмы субординации в делах о банкротстве некредитных организаций вырабатываются только на уровне практики ВС, но базируются на весьма общих ст. 2 и 4 Закона о банкротстве. Статья 2 дает определение понятию «конкурсные кредиторы», к которым относятся «кредиторы по денежным обязательствам (за исключением... учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия)». Для определения наличия признаков банкротства учитываются обязательства должника, «за исключением... обязательств перед учредителями (участниками) должника, вытекающих из такого участия»².

Верховный суд применительно к прикрытию займом отношений по увеличению уставного капитала указывал, что, исходя

* Подробнее о противодействии этим способам см.: Покрышкин Н. Недобросовестный контроль банкротства: схемы и противодействие // Legal Insight. 2016. № 7 (53); «Опасность, которая всегда рядом с банками» с комментарием Н. Покрышкина // НБЖ. 2018. № 8 (174).

¹ ст. 189.95, п. 12 и 12.1 ст. 189.49 Закона о банкротстве;

ст. 25.1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»

² ст. 4 Закона о банкротстве

На заметку

В 99,99 процента случаев участники не получают никакого имущества по итогам банкротства.



Сам факт участия в компании-должнике — не основание для субординации требований кредитора

③ определение ВС от 21.02.2018 по делу № А68-10446/2015

из конкретных обстоятельств дела, суд вправе переквалифицировать заемные отношения в отношения по поводу увеличения уставного капитала по правилам п. 2 ст. 170 ГК либо по правилам об обходе закона (п. 1 ст. 10 ГК, абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве), признав за спорным требованием статус корпоративного³.

Интересно, что суд установил альтернативные основания субординации:

- п. 1 ст. 10 ГК — в последующей практике это основание обычно применяется, когда возможно доказать конкретный умысел потеснить кредиторов в реестре или создать иные неблагоприятные последствия для третьих лиц;
- п. 2 ст. 170 ГК — применяется чаще, поскольку в предмет доказывания не входит умысел на причинение вреда. Достаточно установить, что без разумных экономических/юридических причин стороны выбрали форму некорпоративной сделки, хотя по существу отношения имели корпоративный характер.

Процессуально субординация выражается в отказе во включении в реестр требований кредиторов, а не просто в понижении очередности удовлетворения требований.

Критерии субординации требований

Сами по себе отношения прямого участия в юридическом лице не являются основанием для субординации требований кредитора. Тем не менее при наличии отношений участия и некоторых других критериев требования кредитора с высокой долей вероятности будут субординированы.

Верховный суд выработал четыре критерия субординации требований кредиторов в делах Свиридова, Юркова и Михеевых⁴. Некоторые дополнительные тесты в рамках данных критериев выработали суды округов. В таблице ниже мы обобщаем критерии из различных судебных актов на примере субординации займов (примеры в правой колонке применимы прежде всего именно к займам, но сами критерии в средней колонке применимы и к иным видам прикрывающих сделок).

Перенос бремени доказывания. Верховный суд в деле Юркова отразил правило о переносе бремени доказывания на заявителя

④ определения ВС от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1,2), от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6)

Что почитать

А. Набережный

Требования аффилированного текущего кредитора. Как с ними бороться? АП. 2018. № 7

Критерии субординации на примере займов

№	Критерий	Пример
1	Нерыночные условия договора между участником и должником	— Заем выдан до востребования или на неопределенный срок; — проценты ниже рыночных (или ниже ставок, установленных ЦБ для определенных видов займов); — отсутствуют санкции за просрочку исполнения требования со стороны должника
2	Транзитный характер проводок денежных средств	— Деньги, выданные должнику, получены от него же (в виде дивидендов, в качестве оплаты товара, услуг или в ином виде); — денежные средства, полученные от кредитора, были направлены должником аффилированному третьему лицу (то есть деньги остались внутри группы компаний); — особенности отражения полученных средств на балансе должника (как квалифицированы деньги в бухгалтерском балансе) (постановление АС Московского округа от 11.09.2018 по делу № А40-143482/2016)
3	Нерациональное поведение кредитора	— Отсутствие действий кредитора, направленных на возврат займа, в течение длительного времени; — последующая уступка права требования к должнику аффилированному с кредитором/должником лицу
4	Отсутствие экономической целесообразности совершения операции и правового смысла избранной формы сделки	Двухуровневый тест: — целесообразность совершения экономической операции — например, проверка необходимости привлечения средств (постановление АС Уральского округа от 03.10.2018 по делу № А50-10605/2017); — обоснование использования конкретной правовой конструкции (займа), а не какой-либо иной (вклада в уставный капитал) для реализации той же экономической операции

в том случае, если представлены доказательства, лишь указывающие на корпоративный характер требования: «При представлении заинтересованным лицом доказательств, указывающих на корпоративный характер заявленного участником требования, на последнего переходит бремя по опровержению соответствующего довода путем доказывания гражданско-правовой природы обязательства. В частности, судом на такое лицо может быть возложена обязанность раскрыть разумные экономические мотивы выбора конструкции займа, привлечения займа именно от аффилированного лица, предоставления финансирования на нерыночных условиях и т. д.».

В последующей практике нижестоящих судов этот тест свелся к тому, что если доказана аффилированность кредитора с должником, то этого достаточно для переноса бремени доказывания на кредитора — и, по сути, он должен доказать отсутствие каждого из четырех критериев, выработанных ВС.

Таким образом, де факто при наличии отношений участия (или аффилированности) устанавливается опровержимая презумпция того, что требование является корпоративным, и на кредитора переходит бремя доказывания обратного.

При этом вынести бремя доказывания, особенно по критериям 3 и 4, кредиторам непросто, что подтверждается количеством определений об отказе во включении в реестр требований кредиторов.

«Неклассические» сценарии субординации требований

«Классическая» субординация касается лишь прямых участников должника, что соответствует буквальному содержанию ст. 2 и 4 Закона о банкротстве. Однако развитие практики расширило перечень лиц, требования которых могут быть субординированы.

Субординация требований дочерних компаний к материнским компаниям/участникам. В деле о банкротстве Одинцова А. Н. компания, в которой он является участником, заявила о включении в реестр требований кредиторов. Верховный суд отказал, сославшись на то, что фактически выдача обществом займа своему учредителю являлась притворной сделкой, прикрывавшей корпоративные отношения по получению дивидендов⁵. Этот подход также применим, если в реестр к материнской компании включается дочерняя.

⁵ определение ВС от 07.06.2018 по делу № А41-77824/2015

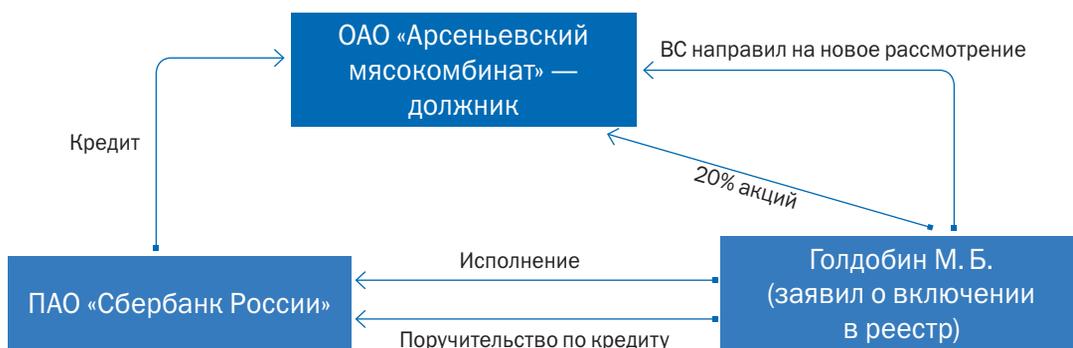
Субординация требований, полученных участником от третьих лиц. В деле Голдобина Верховный суд субординировал требование акционера, перешедшее к нему от независимого третьего лица в порядке суброгации после исполнения за должника по договору поручительства⁶. При новом рассмотрении дела требования Голдобина включили в реестр, но исключительно в результате того, что кредиторы отказались от возражений.

⁶ определение ВС от 23.07.2018 по делу № А68-2070/2016

Дело Одинцова (№ А41-77824/2015)



Дело Голдобина (№ А68-2070/2016)



В этом деле примечательно то, что требование не было корпоративным само по себе при его возникновении (пока оно оставалось у первоначального кредитора). Его «опорочил» именно субъектный состав — лицо (участник), получившее это требование позднее.

Субординация требований аффилированного лица (не прямого участника и не дочерней компании). В деле Михеевой Верховный суд впервые субординировал требование аффилированного с должником лица — не прямого участника (если не считать случаи субординирования требований лиц, аффилированных с банками-должниками)⁷.

Этот подход получил развитие в деле о несостоятельности ОАО «Е4-Центрэнерго-ремонт». Здесь суд субординировал требование аффилированного лица из группы компаний, вообще не связанного отношениями участия с должником. Для целей субординации суд учел не юридическую, а фактическую аффилированность (в контексте общности экономических интересов), значение которой не так давно подтвердил Верховный суд.

⁷ определение ВС от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056 (6)

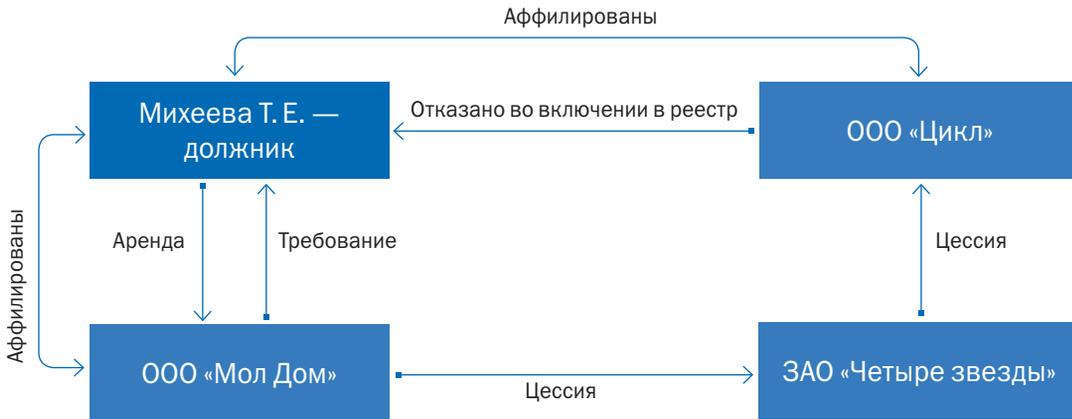
Возражения против субординации требований

Кредиторам тяжело выносить бремя доказывания, перенесенное на них в результате представления доказательств наличия аффилированности или корпоративного характера требования. В этой связи полезно обобщить потенциально перспективные и заведомо бесперспективные возражения против субординации.

Перспективные доводы против субординации

1. Ключевой довод — опровержение критериев субординации по существу, например:

Дело Михеевой (№ А12-45751/2015)



- конкретные доказательства того, что на практике сделки на аналогичных условиях фактически совершаются и между неаффилированными лицами (отчеты оценщиков, судебная практика, данные и письма от банков и иных компаний на рынке);
- отсутствие транзита денежных средств, то есть раскрытие источников денежных средств/имущества, переданных по сделке (для демонстрации того, что они не были получены ранее от самого контрагента по сделке), и отсутствие сведений о том, как контрагент распорядился полученным им имуществом (например, что оно не осталось в рамках той же группы компаний);
- подтверждение наличия собственного экономического интереса у всех лиц в цепочке сделок (наличие маржи у каждого субъекта в цепочке и проведение цепочки сделок не одним днем);
- доказательства рационального поведения кредитора в виде попыток взыскания (в претензионном и/или судебном порядке), проведения переговоров, реструктуризации задолженности.

2. Наличие соглашения с мажоритарным кредитором о несубординации.

В недавнем определении по делу «Анкор Девелопмент» Верховный суд включил требования мажоритарного акционера в реестр.

Кредитор финансировал должника в условиях корпоративного конфликта с другим участником должника. Кроме того, между должником и Сбербанком, правопродшественником мажоритар-

ного кредитора, был заключен кредитный договор, по условиям которого должник мог привлекать кредитные средства исключительно от участников группы компаний. Кредитный договор устанавливал, что требования участников группы компаний не субординируются перед требованиями банка и его правопреемника. Суд оценил такое положение договора в качестве совместного инвестиционного проекта кредитора и группы компаний, в которую входит должник.

Верховный суд учел, что источники финансирования деятельности должника не скрывались от кредиторов, признал наличие корпоративного конфликта разумным экономическим мотивом кредитования должника, а также расценил условия кредитного договора как соглашение кредиторов о порядке удовлетворения требований к должнику.

Верховный суд разъяснил, что отсутствуют основания не применять ст. 309.1 ГК в условиях несостоятельности должника, а банк фактически являлся соинвестором вместе с другими участниками группы компаний. В таких условиях, по мнению ВС, банк рассматривал участников группы компаний как партнеров, а правопреемник банка лишен оснований возражать против требований аффилированного кредитора⁸.

Из данного постановления Верховного суда следует, что требования аффилированного с должником лица не будут субординированы, если кредитор был лишен возможности финансировать должника иным способом, а иные кредиторы выступали соинвесторами и между ними имеется соглашение о порядке удовлетворения требований к должнику.

3. Финансирование от доверительного управляющего, а не самого аффилированного лица должника. В феврале 2019 года Арбитражный суд Московского округа по делу о несостоятельности компании «Арт Альянс» отменил акты нижестоящих судов о субординации требований участника и генерального директора общества по нескольким договорам займа.

Суд установил, что заявитель не был участником должника при заключении всех договоров займа. При заключении части договоров заявитель являлся доверительным управляющим, который управлял долями в должнике в интересах третьего лица. В связи с этим выводы судов нижестоящих инстанций преждевременны⁹.

По всей видимости, субординирования не произойдет, если требование к должнику предъявит не его прямой участник, а доверительный управляющий такого участника, что дает некое пространство для творчества в вопросе структурирования сделок с подконтрольными лицами. Однако полагаться на данный

⁸ определение ВС от 04.02.2019 по делу № А81-7027/2016

⁹ постановление АС Московского округа от 13.02.2019 по делу № А40-253134/2017

подход преждевременно, поскольку Верховный суд еще не высказал своей позиции по нему.

4. Приобретение требований аффилированным лицом от независимого третьего лица. Такая ситуация имела место в деле Голдобина. Верховный суд признал требование кредитора «порочным» (только по субъектному составу) и отменил судебные акты о включении требования Голдобина в реестр к его аффилированному лицу¹⁰. Тем не менее на новом круге рассмотрения требование было включено в реестр, но только в результате отказа других кредиторов от возражений.

¹⁰ определение ВС от 23.07.2018 по делу № А68-2070/2016

Учитывая, что суд самостоятельно должен проверять обоснованность требований кредитора к должнику, последнее дело можно считать подтверждением того, что приобретенное от третьего лица требование не субординируется. Однако необходимо отметить, что, поскольку иные кредиторы отказались от возражений и не обжаловали судебный акт первой инстанции, на такой довод против субординации также нельзя полагаться.

Бесперспективные доводы против субординации. Примеров бесперспективных доводов против субординации намного больше. Зачастую участники или аффилированные лица должника просто не выносят бремя доказывания, перенесенное на них судом в соответствии с позицией ВС в деле Михеевых. Впрочем, они бесперспективны лишь условно: практика меняется динамично, и некоторые из них могут получить вес в будущем.

1. Несоблюдение корпоративных процедур при одобрении сделки с заинтересованностью. Соблюдение данных процедур не будет иметь значение для суда. Так, в деле о несостоятельности ЗАО «Светлана-Оптоэлектроника» кредитор заявил о включении в реестр требований кредиторов долга по договорам займа. В качестве доказательства того, что сделка не носит корпоративного характера, заявитель приводил довод о том, что решение об одобрении сделок принимало общее собрание должника, на котором заявитель не голосовал.

Суд посчитал, что одного факта получения корпоративного одобрения от других акционеров должника (а не от самого кредитора) недостаточно, чтобы закрыть глаза на высокую степень влияния кредитора на должника¹¹.

¹¹ постановление 13ААС от 17.10.2017 по делу № А56-83431/2016/тр.4

2. Отсутствие корпоративных отношений с должником. Аффилированные лица пытаются защищаться тем, что их прямое участие в уставном капитале должника не доказано (особенно если



Усложнение структуры сделок не защитит аффилированных лиц от субординации

между ними стоит офшорная компания), а тот факт, что они входят в одну группу компаний, не свидетельствует о наличии между лицами корпоративных отношений.

Однако последняя практика АС Московского округа свидетельствует, что для сохранения требования такой защиты недостаточно. В деле о несостоятельности ОАО «Е4-Центрэнергомонтаж» кредитор, относящийся к одной группе компаний с должником, заявил о включении своего требования в реестр. АС Московского округа поддержал выводы нижестоящих судов и отказал во включении, указав, что даже в случае наличия общности экономических интересов требования кредитора, входящего в одну группу компаний с должником, не могут приравниваться к требованиям независимых кредиторов¹².

Аффилированные лица не смогут защитить свои требования, даже если будут заявлять о включении в реестр на основании вступивших в силу судебных актов. В деле о банкротстве ЗАО «Спектр КСК» суд округа отменил акты нижестоящих инстанций о включении в реестр просуженного требования акционера должника.

Суд указал, что, несмотря на наличие преюдициального судебного акта, такой способ правовой защиты кредиторов, как субординация, может быть применен только в деле о банкротстве. В этом случае квалификация правоотношений судом по ранее рассмотренному спору не влияет на возможность кредиторов или должника заявить о корпоративном характере задолженности¹³.

Таким образом, многие, казалось бы, логичные и сильные доводы не работают, когда оппоненты заявляют, что требование носит корпоративный характер.

3. Реальность сделки. Не сработает и, пожалуй, самое популярное возражение кредиторов против субординации: «Но ведь имущество реально было передано по сделке, она была исполнена — не являлась фиктивной!» Реальность сделки не является доводом против субординации, поскольку она и не ставится под сомнение: спор не о том, фиктивна ли сделка, а о том, каков характер этой не фиктивной сделки — корпоративный или нет. Однако многие кредиторы забывают об этой особенности механизма субординации и приводят неотносимые доводы о реальности сделок.

¹² постановление АС Московского округа от 11.01.2019 по делу № А40-1876/15

¹³ постановление АС Московского округа от 25.12.2018 по делу № А40-239265/2017

Корпоративные отношения, которые могут прикрываться гражданско-правовыми сделками

№	Сделка	Пример
1	Увеличение уставного капитала	Дело Юркова — определение ВС от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2)
2	Дарение части доли обществу	Дело Васильева — определение ВС от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352
3	Вклад в имущество общества	Дело Югорского мясокомбината — определение ВС от 05.09.2018 № 304-ЭС18-11869(2)
4	Распределение прибыли	Дело Одинцова — определение ВС от 07.06.2018 № 305-ЭС16-20992(3)
5	Уменьшение доли участия в обществе	Дело Васильева — определение ВС от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352
6	Налоговая оптимизация	Дело Михеевой — определение ВС от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6)
7	Выплата действительной стоимости доли	Потенциально может быть оценена как вывод активов
8	Иные сделки (в том числе не предусмотренные корпоративным законодательством)	Дело Юркова — определение ВС от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2): «К подобного рода обязательствам относятся не только такие, существование которых прямо предусмотрено корпоративным законодательством»

Раскрытые и перспективные схемы прикрытия корпоративных требований

Поскольку субординация происходит на основании переквалификации судом правоотношений сторон в корпоративные посредством применения ст. 170 ГК, интересно рассмотреть, какие именно корпоративные требования могут быть прикрыты и какими сделками. А также какие аспекты необходимо урегулировать для создания прозрачных и понятных условий субординации.

Прикрываемые корпоративные сделки. Как следует из определения Верховного суда по делу Юркова, перечень прикрываемых сделок для целей субординации является открытым. Фактически любые корпоративные отношения могут являться прикрываемой сделкой и вести к переквалификации гражданско-правовых отношений в корпоративные.

Прикрывающие сделки. Помимо прикрываемых сделок, важно рассмотреть, какие сделки могут являться прикрывающими. Аффилированные лица, не желающие субординации своих требований, в будущем будут стремиться к усложнению структуры прикрывающей сделки. Возможно, будут использоваться нетипичные договоры вроде факторинга, лизинга или концессии, ко-

Примеры прикрывающих сделок

№	Сделка	Пример
1	Заем	Дело Юркова — определение ВС от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2)
2	Аренда	Дело Михеевой — определение ВС от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6)
3	Купля-продажа	Дело Одинцова — определение ВС от 07.06.2018 № 305-ЭС16-20992(3)
4	Кредит	Дело Голдобина — определение ВС от 23.07.2018 № 310-ЭС17-20671
5	Факторинг	На сегодня практика отсутствует, однако возможно ее появление с развитием позиций Верховного суда
6	Лизинг	
7	Оказание услуг	
8	Коммерческая концессия	
9	Агентирование	

торые якобы хороши тем, что в них мало кто разбирается и так будет проще скрыть истинную сделку, носящую корпоративный характер.

Такой подход представляется ошибочным. Он скорее навредит этим лицам, чем поможет. Как только будет перенесено бремя доказывания по указанным выше критериям, заявители обнаружат себя в неприятной ситуации, когда нужно будет доказать суду, что такая сложная сделка между связанными лицами является нормальной, рыночной и экономически обоснованной. В связи с этим только лишь усложнение структуры сделок не защитит аффилированных лиц от субординации.

Вывод. Главный недостаток механизма субординации — отсутствие правовой определенности. Критерии субординации не систематизированы на уровне закона или судебной практики — отсутствует четкий и понятный тест. В такой ситуации участникам оборота затруднительно выработать однозначный подход к структурированию отношений, исключающий субординацию их требований. Также не до конца очевидно, что же должно быть основанием для переноса бремени доказывания «некорпоративности» на заявителя. Спорна справедливость подхода, что сама по себе аффилированность — достаточное основание для переноса бремени (учитывая, что на практике вынести его очень трудно).

Представляется, что урегулирование этих вопросов на уровне постановления Пленума ВС или внесения изменений в Закон о банкротстве является важным условием создания прозрачного правового механизма. До тех пор, пока такие базовые вопросы не урегулированы и решаются судами каждый раз по-новому, говорить об окончательном формировании института субординации невозможно ●