

О неконституционности субординации внутригрупповых займов в банкротстве

07.07.2019

СТАТЬИ

«Признаюсь, что в течение длительного времени я был ярым сторонником создания в нашей стране института субординации для заемных требований аффилированных лиц. Затянувшееся молчание законодателя в отношении этой острой проблемы привело к тому, что исполнение миссии Прометея, дарующего людям огонь, взял на себя Верховный суд. Однако, как известно, благими намерениями вымощена дорога в ад. Огонь Прометея дал не только живительное тепло независимым кредиторам, но и поджег фитиль ружья, выстрелившего бизнесу в спину. Благородное деяние, предпринятое ВС РФ, оборачивается негативными последствиями, заставляющими погрузиться в раздумья над конституционностью правовых позиций о субординации, укореняющихся в правоприменительной практике».

Мой критический настрой отнюдь не означает, что из поклонника субординации я превратился в ее ненавистника. Напротив, моя вера в необходимость существования этого института в отечественном праве только окрепла. Но его отрицательная сторона, отчетливо проявившаяся на фоне допущенных судебных ошибок, призывает осторожно прививать субординацию российскому правопорядку. Необходимо снять банкротные шоры и посмотреть на происходящее сквозь призму общеправовых принципов, позволяющих дать происходящему объективную оценку и выстроить сбалансированный подход, учитывающий конституционные права всех противоборствующих сторон.

В рамках настоящей статьи я хочу обнажить нелицеприятные проявления отечественной модели субординации внутригрупповых займов, рассмотрев ее с позиции конституционных ценностей. Надеюсь, мои скромные соображения на этот счет поспособствуют привлечению внимания юридического сообщества к обозначенной проблеме, что, в конечном итоге, поможет выстроить адекватное правовое регулирование в искомой сфере.

Краткая история развития субординации внутригрупповых займов

Прежде чем переходить к изложению своего мнения о конституционности субординации, следует лаконично напомнить о хронологическом развитии этого института в России. Именно его история во многом способствовала тому, что сейчас субординация стала головной болью не только для «художников» искусственной задолженности, но и для вполне добросовестных субъектов оборота.

До середины 2017 г. в нашей стране субординации внутригрупповых займов в общей процедуре банкротства не существовало. Сложившаяся в этот период судебная практика твердо придерживалась взгляда, признающего принципиальную возможность существования полноценных заемных отношений между заемщиком-банкротом и его акционером (участником). Данная позиция в равной мере распространялась и на других лиц, аффилированных с несостоятельным заемщиком. Лишь изредка встречались споры, при рассмотрении которых суды занимали противоположную позицию. Но такие отклонения находились в пределах естественной погрешности, вызванной либо судебной ошибкой, либо особенностями конкретного спора.

Гарантом стабильности укоренившегося подхода, допускающего безболезненное финансирование бизнеса со стороны аффилированных лиц, выступал, ни много, ни мало, авторитет российского экономического правосудия. Даже период настороженности и неопределенности, вызванный упразднением ВАС РФ, был легким и быстротечным. О проблеме внутригрупповых займов Экономическая коллегия высказалась уже в Определении от 06.08.2015 No 302-ЭС15-3973. Она подтвердила преемственность взгляда

относительно отсутствия корпоративного характера у отношений займа, а сам по себе факт, что займодавцем выступает участник должника, оказался недостаточным для того, чтобы сделать вывод об отсутствии заемных отношений и направленности на реализацию внутрикорпоративных отношений. Мнение ВС РФ было воспринято нижестоящими судами как руководство к включению займов, предоставленных аффилированными лицами, в реестр требований кредиторов несостоятельного должника.

Однако спустя два года ВС РФ начал корректировать свой подход [\[1\]](#). Вначале он взял курс на борьбу с участниками (акционерами) общества, пытающимися попасть в реестр кредиторов на основании заемной задолженности, а впоследствии распространил эту практику на займы всех аффилированных с должником лиц. На протяжении 2018–2019 гг. ВС РФ упорно продолжал войну с заемной задолженностью уже всех аффилированных с должником лиц, развивая тему фиктивных требований и порочности капиталозамещающего финансирования в условиях кризиса [\[2\]](#). Тем самым ВС РФ вмешался в сформировавшуюся судебную практику, сложившуюся в пользу акционеров (участников) должника, но сделал это достаточно аккуратно, о чем подробнее будет сказано далее. В то же время в большинстве случаев нижестоящие суды, не отличаясь тонкостью подхода, восприняли позицию высшей инстанции как карт-бланш для отказа во включении в реестр внутригрупповых заемных требований.

К какому выводу подталкивает изложенная информация? Без сомнения, она позволяет прийти к умозаключению о том, что на протяжении многих лет позитивное законодательство и устойчивая правоприменительная практика формировали у представителей юридического и предпринимательского сообщества мнение о допустимости внутреннего финансирования на тех же условиях, что и для внешних кредиторов. При этом участники бизнес-процессов не должны были принимать на себя роль законодателя с целью оценки того, насколько правильной и справедливой является эта модель. Их обязанность заключалась лишь в соблюдении сложившихся правил: если они выполняли их добросовестно, заемные требования подлежали включению в реестр. Но маятник судебной

практики качнулся в противоположную сторону, и ожидания не оправдались. Для многих займодавцев правила неожиданно изменились прямо в ходе игры.

Конституционность модели, признающей субординацию внутригрупповых займов Положения абз. 8 ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» являются отправной точкой в правовом режиме заемных требований акционеров (участников) к должнику. Их содержание настолько лапидарно, что при первом обращении понять смысл трудно даже юристу, если он не специализируется на банкротстве. Судите сами, «конкурсные кредиторы — кредиторы по денежным обязательствам, за исключением... учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия».

Эта оплошность в юридической технике, в принципе, позволяет очень своевольно относиться к уяснению сферы «денежных обязательств, вытекающих из такого участия». При должной сноровке в области юридической герменевтики можно с равным успехом обосновать два противоположных толкования: за включение заемных требований участников в реестр конкурсных кредиторов и против него.

Тем не менее жизнь быстро справилась с этой проблемой. И доктрина, и судебная практика исходили из узкого толкования указанной нормы, относя к таким денежным требованиям лишь обязательства, вытекающие сугубо из корпоративных отношений (дивиденды, действительная стоимость доли и т. д.). Заемные требования участников (и тем более других аффилированных лиц) не были поражены, а конкурировали на равных с денежными обязательствами независимых кредиторов. По этой причине неудачная работа законодателя не привела к нарушению принципа формальной определенности, поскольку возможные сомнения в толковании нормы были нивелированы единообразием ее понимания в судебной практике. Всем разумным участникам оборота это обеспечивало ясность по поводу того, что денежные требования из внутригрупповых займов будут полноценно учитываться в процедуре банкротства.

Однако на сегодняшний день очевидно, что законодательные положения абз. 8 ст. 2 ФЗ «О

несостоятельности (банкротстве)» в том понимании, в каком они существовали на протяжении долгих лет, уже никого не интересуют. С середины 2017 г. воззрение судов на необходимость субординации формируется не на основании закона, а исключительно через практику и разъяснения ВС РФ, точнее через то, как нижестоящие суды уясняют для себя суть взглядов высшей инстанции.

Стоит признать, что за последние два года судебная практика диаметрально изменила правовое регулирование внутрикорпоративного финансирования. В этом не было бы ничего плохого, если бы мы действительно считали любое заемное внутригрупповое финансирование всего лишь инструментом для обмана кредиторов, который использовали только недобросовестные лица и мошенники, желающие нарастить подконтрольную задолженность и обокрасть кредиторов. Многие добросовестные лица невольно стали заложниками модного судебного тренда или рискуют стать ими в ближайшее время. Именно о таких лицах мы не должны забывать, увлекаясь идеями субординации. Необходимо помнить, что любое лекарство способно как вылечить, так и навредить, если принимать его неправильно. А нынешняя ситуация с субординацией займов и вовсе напоминает самолечение, которое, как известно, может закончиться плачевно.

Кто же входит в категорию лиц, рискующих быть отравленными неумелым приемом лекарства- субординации? Аффилированные с должником лица — ответ очевидный и правильный, но не исчерпывающий. Не стоит забывать о том, что заемные требования являются самостоятельным объектом, вовлеченным в гражданский оборот. Они могут стать предметом отчуждения либо служить в качестве обеспечения исполнения обязательств. Исходя из этого, второй категорией являются сингулярные правопреемники и залогодержатели заемных требований. Но и это еще не все лица. Немалая часть внутригрупповых договоров займа требовала соблюдения корпоративных процедур. Однако добросовестные члены органов управления, ранее одобrivшие предоставление финансирования на платной и возвратной основе, сейчас рискуют быть привлеченными к корпоративной ответственности. Суды *ex post facto* вменяют такому финансированию

совершенно иную экономическую и правовую природу, что во многих ситуациях означает одобрение притворной сделки, заключенной против интересов корпорации «займодавца».

Итак, мы имеем не менее трех групп лиц, чей правовой статус был подвергнут серьезному влиянию, обусловленному изменившимся взглядом арбитражных судов на вопрос правовой природы и правовых последствий внутригруппового финансирования в случае банкротства заемщика.

Мои сомнения по поводу конституционности существующего положения основываются как минимум на трех базовых принципах: правовой определенности; действия закона во времени; юридического равенства. Отрицательный ответ на вопрос по поводу соответствия сложившейся судебной практики указанным принципам будет свидетельствовать о наличии веских оснований для признания складывающегося подхода неконституционным.

Принципы правовой определенности и действия закона во времени

Ранее я уже неоднократно акцентировал внимание на сложившемся единообразном судебном толковании положений абз. 8 ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», отвергающем возможность субординации заемных требований участников (акционеров) общества. Указанная норма никогда не рассматривалась в качестве основания субординации требований иных аффилированных лиц. Это правовое регулирование способствовало тому, что участники экономических отношений, связанные корпоративными узами, могли полагаться на возможность предоставления заемного финансирования на общих условиях. Желая предоставить денежные средства на возвратной, срочной и, как правило, платной основе, такие лица соотносили свои экономические намерения с их правовой оценкой и разумно полагали, что заем не может произвольно изменить свою природу лишь из-за возможного банкротства должника.

Сложившаяся ситуация усугубляется тем, что правовое регулирование изменено не законодателем, а судебной властью. Маскируя правотворчество толкованием ранее

существовавших норм, суды игнорируют принципы действия закона во времени, подвергая новаторской ревизии правоотношения, рожденные по прежним правилам. Такое нормотворчество ущербно еще и в том, что казуистические примеры не позволяют сформировать полноценную картину под названием «субординация». Происходящее больше напоминает собирание пазла, в котором эпизодически предлагаемый новый кусочек часто не стыкуется с предыдущим. Вместе с тем принцип правовой определенности требует от государства такого правового регулирования, при котором участники соответствующих отношений в разумных временных пределах располагали бы гарантированной возможностью предвидеть последствия своего поведения. Помимо ясности и недвусмысленности предписаний закона, действующего в период возникновения и существования правоотношений, данный принцип требует бережно относиться к действующим правоотношениям, подвергающимся воздействию в результате его изменения. Это достигается как справедливыми и понятными правилами, устанавливающими действие новых норм во времени и в отношении определенного круга лиц, так и в случае необходимости предоставления необходимых временных периодов для комфортной трансформации (адаптации) правоотношений их непосредственными участниками. Нельзя забывать, что общее правило действия закона во времени также запрещает применение новелл с обратной силой, если они ухудшают или иным образом негативно воздействуют на правовое положение лиц. Только такой подход, а не произвольное вмешательство в систему правовых норм, позволяет идентифицировать Россию как правовое государство, признающее и уважающее принцип верховенства права.

Эти требования, адресованные правовым актам, в равной степени применимы к ситуации, когда правовое регулирование было подвергнуто изменению судебной практикой. Уяснение нормы немислимо без значения, которое в нее вкладывает правоприменительная практика. Разъяснения ВС РФ существенно влияют на формирование судебной практики и фактически способны определять смысл нормативного регулирования. Когда предложенное ВС РФ толкование нормы вносит ключевые изменения в регулирование ранее существовавших

правоотношений, оно должно исходить из общих принципов, регулирующих нормотворчество.

Применительно к проблеме субординации приведенные требования принципа правовой определенности и действия закона во времени до настоящего времени не были соблюдены в достаточной степени, что привело к массовому нарушению прав и законных интересов добросовестных и законопослушных лиц. Если сторонники субординации займов от акционеров (участников) еще хоть как-то пытаются оправдаться манипуляциями нормы абз. 8 ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», то применительно к другим добросовестным аффилированным лицам это неприменимо даже с большой натяжкой. Вера в стабильность правового регулирования и надежда на уважение их правового статуса не оправдались.

Субординация в практике ВС РФ

У многих юристов сложилось неверное представление о том, что все судебные акты, в которых ВС РФ подвергает сомнению включение в реестр заемных требований аффилированных лиц, представляют собой субординацию. Такое слишком широкое понимание субординации размывает ее настоящие границы. На мой взгляд, все известные случаи субординации в практике высшей инстанции условно можно классифицировать следующим образом:

- 1) заем как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ); 2) заем как мнимая сделка (п. 1 ст. 170 ГК РФ);
- 3) заем как притворная сделка, скрывающая увеличение уставного капитала (п. 2 ст. 170 ГК РФ);
- 4) заем как латентный инструмент выхода из кризисной ситуации.

Первый и второй примеры связаны с формированием искусственной (несуществующей) заемной задолженности или с ее целенаправленным наращиванием в целях

контролируемого банкротства. В этих случаях заемные требования не включаются в реестр, поскольку их либо вовсе не существует (мнимая сделка), либо они существуют, но отказ во включении служит санкцией в ответ на злоупотребление правом. Обе ситуации никоим образом не вносят существенных изменений в судебную практику, поскольку являются частным примером широко распространенной практики использования фиктивных документов, симулирующих существование заемных отношений, или мерой ответственности за явно противоправное использование существующего субъективного права.

Третий случай построен по модели переквалификации притворного заемного правоотношения в истинное правоотношение по увеличению уставного капитала. В качестве нормативной основы для такой квалификации ВС РФ использует нормы о притворной сделке (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Кажется, эту ситуацию также можно было бы отнести к стандартной ситуации развития положений уже существующей правоприменительной практики о притворных сделках, но имеется один нюанс. По смыслу положений п. 2 ст. 170 ГК РФ притворной можно признать лишь такую сделку, обе стороны которой желают придать ей форму, не соответствующую существу, то есть искажают свое волеизъявление, осознавая его направленность на достижение другого правового результата. Применительно к субординации это означает, что и воля заемщика, и воля займодавца действительно были направлены на увеличение уставного капитала, а не на предоставление финансирования на возвратной, срочной и платной (факультативный элемент) основе.

Однако ВС РФ не акцентирует должное внимание на таком важнейшем элементе состава притворной сделки. Это создает у нижестоящих судов ложное мнение по поводу того, что можно не устанавливать истинную волю сторон, а просто подменить ее фактом их аффилированности. Однако это обстоятельство само по себе не может свидетельствовать, что воля сторон была направлена на предоставление денежных средств на невозвратной основе. Более того, даже если одна из сторон воспринимала финансирование в качестве милостыни, это еще не означает, что другая сторона, пусть и аффилированная с ней, не

исходила из условий срочности и возвратности предоставленных средств. Между тем, очевидно, что для большинства случаев факт аффилированности способен лишь породить презумпцию, а не аксиому совпадения воли сторон. Исключение, пожалуй, могут составить споры, где юридическое лицо де факто было лишь alter ego других аффилированных с ним лиц. Игнорирование положений п. 2 ст. 170 ГК РФ приводит к субординации требований только в силу самой аффилированности, что не соответствует ни одной существующей или существовавшей норме законодательства. Такова одна из главных проблем субординации, нечаянно или умышленно создаваемой в практике арбитражных судов.

Не могу не остановиться и на странном взгляде ВС РФ на то, что прикрываемой сделкой является увеличение уставного капитала. Даже когда договор займа действительно прикрывает безвозмездное внесение денежных средств в имущественную массу общества, увеличение уставного капитала вряд ли можно признать прикрываемой сделкой. Увеличение уставного капитала — особая корпоративная процедура (по своей правовой природе являющаяся сложным юридическим составом), требующая формирования воли у большинства членов компетентного органа управления и влекущая за собой специфические правовые последствия, обусловленные функцией уставного капитала. Сомнительно полагать, что воля участника (акционера) и компании в рамках их отношений по безвозмездному финансированию в действительности направлена на достижение такого правового эффекта, как увеличение уставного капитала. Во-первых, правовой эффект по увеличению уставного капитала в принципе не достижим путем оформления договора займа, поскольку среди прочего предполагает элемент гласности (публичности) и изменение номинальной стоимости долей участников. Во-вторых, предоставляющий финансирование участник может не располагать необходимым числом голосов для принятия соответствующего решения по увеличению уставного капитала. В-третьих, этот взгляд не является универсальным, так как механизм простого финансирования неприменим к порядку увеличению уставного капитала в акционерном обществе.

На мой взгляд, сложившиеся прикрываемые отношения по внутригрупповому

финансированию по общему правилу нужно рассматривать в качестве самостоятельного непоименованного договора о внесении денежных средств в имущество общества на невозвратной основе (договор о пополнении активов). При этом в зависимости от конкретных особенностей дела в обществах с ограниченной ответственностью договором займа могут прикрываться отношения по внесению вклада в имущество общества (ст. 27 ФЗ «Об ООО»). Случаи, когда стороны выстраивают модель отношений по принципу «заплатишь, если выберешься из ямы», то есть вменяют в обязанность компенсировать финансирование в случае восстановления платежеспособности должника, представляют собой разновидность алеаторного (рискового) займа. Естественно, независимо от выбранной квалификации денежные средства, предоставленные по таким сделкам, в силу своей правовой природы не предоставляют кредитору возможности претендовать на место в реестре.

Займ как латентный инструмент выхода из кризиса Что касается последнего, четвертого, случая, встречающегося в практике ВС РФ, то его существование — заслуга судебного творчества. Это единственный случай настоящей субординации заемных требований, когда заемная природа финансирования не вызывает вопросов, но не может конкурировать с ординарными кредиторами в силу своего сугубо корпоративного характера. Правда, с точки зрения позитивного права обоснованность такого подхода вызывает большие сомнения.

При квалификации заемных отношений в качестве корпоративных ВС РФ обратил свой взор на два ключевых момента: в каком финансовом состоянии находился должник при предоставлении займа и раскрывалась ли публично информация о предоставлении займа. По мнению ВС РФ, если предоставление займа осуществлялось в период, когда компания находилась в тяжелом финансовом положении, такое финансирование фактически является одной из стратегий, направленной на выход должника из кризисного состояния. Между тем, в отличие от других возможных вариантов выхода из кризисной ситуации (например, увеличения уставного капитала, ликвидации, банкротства) заемное финансирование может проводиться без публичного раскрытия для потенциально заинтересованных лиц. По этой

причине, если не раскрытый публично план выхода из кризиса не удалось реализовать, на аффилированных лиц относят убытки, связанные с санационной деятельностью в отношении должника, в пределах капиталозамещающего финансирования, осуществленного им при выполнении упомянутого плана. Финансовые обязательства должника перед такими лицами не могут быть приравнены к обязательствам перед независимыми кредиторами [3].

Стоит отметить, что позиция ВС РФ отличается красотой и свидетельствует о высоком уровне погружения в тему внутригруппового финансирования. Вместе с тем критерии и аргументы, использованные для ее обоснования, не отличаются должной определенностью и не имеют нормативной основы. Это создает еще большую неопределенность в судебной практике.

Также вызывает сомнение основной аргумент ВС РФ, согласно которому выбор такой антикризисной модели, как предоставление займа, влечет за собой его потерю (в терминологии ВС РФ — убытки), причем не только для участников (акционеров), но и для любых аффилированных лиц. Создается впечатление, что такое происходит только в случае, когда финансирование осуществляется скрытно, «без публичного раскрытия для потенциально заинтересованных лиц», как пишет ВС РФ. Это напоминает некий синтез негативных последствий недобросовестного поведения и субсидиарной ответственности за несвоевременное обращение с заявлением о банкротстве.

В таких рассуждениях ВС РФ есть зерно здравого смысла, но взойти оно может только в том случае, если его посеют действительно на поле недобросовестных лиц, стремящихся скрыть займами истинное экономическое положение своей компании в ущерб интересам контрагентов. Пока же это напоминает красивый лозунг, не имеющий под собой четкой основы, а потому применяемый тогда, когда хочется убрать любых аффилированных лиц, независимо от их добросовестности. Именно так он все чаще используется в практике арбитражных судов. Данный метод, возможно, эффективен для достижения кажущейся справедливости, но явно противоречит принципу правовой определенности и требованию

уважения конституционных прав добросовестных лиц.

На мой взгляд, преследуемые благие цели могли быть реализованы менее болезненно через действующий закон. Дело в том, что фактически «спящая» статья 30 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» содержит нормы, помогающие вернуть видение ВС РФ в рамки законодательства. С момента возникновения признаков банкротства компании или обстоятельств для подачи заявления о ее банкротстве эта статья возлагает на участников (акционеров) обязанность принимать меры, направленные на восстановление его платежеспособности, вплоть до момента подачи заявления о банкротстве. При этом участники свободны в форме выбора мер по восстановлению платежеспособности должника. Таким образом, из содержания данной статьи следует, что если займы были предоставлены участниками (акционерами) после возникновения этих признаков, то по смыслу абз. 8 ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» такое финансирование нужно рассматривать как денежные обязательства, вытекающие из подобного участия, не подлежащие включению в реестр. Причем такой подход не должен распространяться на других аффилированных лиц, которые предоставляют заемный механизм на условиях возвратности.

Преимущества реанимации ст. 30 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в сравнении с новаторством ВС РФ очевидны. Во-первых, в ней есть четкие временные ориентиры — появление признаков банкротства, установленных п. 2 ст. 3, или обстоятельств, предусмотренных ст. 8 либо ст. 9 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Во-вторых, она содержит четкий перечень субъектов (учредители (участники) должника, собственник имущества должника) унитарного предприятия (но не иных аффилированных лиц). В-третьих, для целей субординации ее системное толкование полностью соотносится с нормами абз. 8 ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Почему ВС РФ не пошел по этому пути, для меня остается загадкой.

Я много раз упоминал ошибочность взгляда, втянувшего в субординацию добросовестных аффилированных лиц, не имевших возможности предвидеть принудительную трансформацию заемных обязательств, возникших в условиях прежнего правового регулирования и устойчивой судебной практики. Этот вывод, на мой взгляд, поддерживается не только принципами правовой определенности и запрета обратного действия закона во времени, но и принципом юридического равенства. Системная связь этих принципов не позволяет исключать или усекать заемные требования аффилированных лиц лишь в связи с их правовым статусом, обусловленным наличием корпоративной взаимосвязанности с должником. Иное означало бы их дискриминацию по произвольному признаку, не предусмотренному законом.

Сама по себе аффилированность — нормальное явление для российского права, не рассматриваемое в качестве противоправного деяния, осуждаемого законом. Такие лица в полной мере соответствия с принципом свободы договора вольны заключать договоры займа и при добросовестном поведении вправе рассчитывать на достижение всех правовых эффектов, с которыми закон связывает подобные правоотношения. Любые ограничения прав данных лиц в отсутствие установленных судом признаков недобросовестности, злоупотребления правом или иных правонарушений не будут основаны на законе. Когда сам факт аффилированности рассматривается судом как автоматическое основание для субординации требований, нарушает принцип юридического равенства. Фактически это обусловлено тем, что арбитражные суды неправильно понимают модель субординации, которую транслирует и которой придерживается ВС РФ.

В зависимости от того, сторонники какого подхода преобладают в той или иной стране, в зарубежных правовых порядках сложились разные судьбы внутрикорпоративных займов при банкротстве. Можно выделить две основные модели: жесткую и мягкую.

В жесткой модели заемное финансирование от аффилированных лиц подлежит субординации независимо от условий и обстоятельств его предоставления. Факт предоставления заемных средств от аффилированного с должником лица уже сам по себе служит безусловным основанием для применения субординации. В основе жесткой модели лежит идея, запрещающая одинаковое распределение риска банкротства компании между внешними и внутренними кредиторами (повышенный риск несут внутренние кредиторы).

В мягкой модели субординации подлежит лишь то финансирование, которое было предоставлено в период, когда компания уже испытывала

трудности, грозящие вероятным банкротством. Если внутрикорпоративный заем был предоставлен в рамках того жизненного цикла, когда компания располагала достаточными средствами для нормального функционирования, такое финансирование не подлежит субординации. Идея, заложенная в мягкой модели, заключается в том, что аффилированные с должником лица не вправе противопоставлять свои требования внешним кредиторам лишь тогда, когда они приняли на себя риски, вытекающие из решения предоставить финансирование компании, нуждающейся в докапитализации.

С практической точки зрения это разграничение является крайне важным. ВС РФ неоднократно указывал, что сам по себе факт предоставления должнику займа аффилированными лицами не может рассматриваться в качестве безусловного основания для отказа во включении такого требования в реестр (то есть исходил из мягкой модели). К сожалению, нижестоящие суды часто упрощают споры, касающиеся включения в реестр кредиторов задолженности перед аффилированными лицами, и предпочитают видеть в ВС РФ адепта жесткой модели. Они заблуждаются. Чтобы отказать во включении такого требования в реестр, суду необходимо проанализировать индивидуальные особенности спора, свидетельствующие об экономической цели и правовой природе предоставленного финансирования. Лишь в случае, когда будет установлено наличие обстоятельств, позволяющих говорить о присутствии какого-либо из четырех оснований для отказа во

включении в реестр, заемные требования аффилированного лица не могут конкурировать с независимыми кредиторами.

Жесткая модель субординации ни при каких условиях не может быть оправдана с позиции Конституции РФ, поскольку приводит к автоматическому лишению всех аффилированных лиц принадлежащего им имущества в отсутствие предусмотренного законом основания к этому, а также к пересмотру ранее сложившихся отношений без учета существовавшего правового регулирования.

[\[1\]](#) Определение от 06.07.2017 No 308-ЭС17-1556 (1), (2).

[\[2\]](#) Например, определения от 12.02.2018 No 305-ЭС15-5734 (4, 5); от 21.02.2018 No 310-ЭС17-17994 (1, 2); от 15.11.2018 No 301-ЭС18-9388(1); от 04.02.2019 No 304-ЭС18-14031.

[\[3\]](#) Определения ВС РФ от 12.02.2018 No 305-ЭС15-5734 (4, 5); от 21.02.2018 No 310-ЭС17-17994 (1, 2); от 15.11.2018. No 301-ЭС18-9388(1).



Павел
Хлюстов

управляющий партнер «Павел Хлюстов и партнеры»

СТАТЬИ