***Алекперов Д. С. оглы, 4 курс***

***Санкт-Петербургский Государственный Университет,***

***г. Санкт-Петербург.***

***Научный руководитель:***

***д. ю. н., профессор, профессор***

***кафедры коммерческого права***

***Городов О. А.***

**Проблемы субординации займов участников (акционеров) в период пандемии**

Период пандемии отразился во всех сферах жизни общества, в том числе, в экономике всех стран, где до сих пор наблюдается кризис, что, в свою очередь, натолкнуло законодателей взять курс на ее поддержание, чтобы не допустить банкротства компаний. Для достижения этой цели законодателями государств были предприняты различные шаги.

В Российской Федерации с 1 апреля 2020 года вступила в силу статья 9.1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», где говорится о временном приостановлении обязанности должника подать заявление о признании себя несостоятельным. Аналогичная статья появилась и в Германском законе о моратории[[1]](#footnote-1).

Однако приостановление обязанности подать заявление о собственном банкротстве не означает, что сами должники не будут обращаться в арбитражный суд для признания себя банкротом (абз. 3 п. 1 ст. 9.1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»). В этой связи в Германии, где действует «жесткая» модель субординации, означающая, что требования к должнику контролирующих должника лиц (*далее - КДЛ*) и лиц, аффилированных с ним (*далее - АФЛ*), субординируются в силу наличия у них такого статуса[[2]](#footnote-2), была принята иная правовая позиция по поводу субординации займов участников. Из пунктов 2, 3 статьи 1 Германского Закона о моратории прямо следует, что займы, предоставленные в период приостановления (в период пандемии) не будут субординироваться. Вследствие этого перед отечественной правоприменительной практикой был поставлен вопрос: «Следует ли субординировать займы участников (акционеров), предоставленные в период пандемии, в случае последующего банкротства должника?».

Участники (акционеры) (внутренние кредиторы) могут финансировать свою организацию различными путями. В частности, можно внести имущество в уставный капитал, то есть докапитализировать компанию, либо использовать конструкцию договора займа (также возможна отсрочка, рассрочка платежа должнику по договорам купли-продажи, подряда, аренды)[[3]](#footnote-3). Различие в этих формах финансирования состоит в том, что внутренние кредиторы, докапитализируя организацию через внесение имущества в уставный капитал, в случае последующего банкротства должника почти никогда не получают имущество (капитал), которое ими было внесено в уставный капитал. Для того чтобы увеличить возможность возврата внесенного в организацию капитала, участники пользуются конструкцией договора займа, при которой в случае наступления банкротства требования внутренних кредиторов удовлетворяются наряду с требованиями внешних кредиторов, то есть вносятся в реестр требований кредиторов третьей очереди. Так как предоставление займа участниками (акционерами) является менее рискованным путем финансирования компании, на практике появилось понятие контролируемого банкротства[[4]](#footnote-4), что является особой формой злоупотребления правом, при котором КДЛ, имея возможность руководить бизнесом должника, предоставляет займы вместо докапитализации организации, дабы получить контроль над процедурой банкротства и нанести вред интересам внешних кредиторов[[5]](#footnote-5). Для того чтобы предотвратить это, в практике Верховного суда появился институт субординации, где требования злоупотребляющих правом участников понижались в очередности[[6]](#footnote-6).

Следовательно, представляется целесообразным ответ на вопрос: «Существует ли в РФ субординация и в какой модели?». До вступления в силу закона о введении моратория в РФ Верховным судом был издан "Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований, КДЛ и АФЛ" (*далее – Обзор*). В пункте 2 данного Обзора был сформулирован тезис о том, что само по себе наличие статуса лица, контролирующего должника, не является достаточным основанием для субординации его требования. Таким образом, судебная практика в РФ, на взгляд автора данной публикации, отказалась от «жёсткой» модели и в качестве общего подхода приняла «мягкую» Австрийскую модель субординации, предполагающую понижение в очередности требований, контролирующих должника лиц в случае предоставления займа в период имущественного кризиса должника[[7]](#footnote-7). Вместе с тем, необходимо обратить внимание на то, что из систематического толкования пунктов данного Обзора следует, что Российская модель субординации отличается от классической мягкой модели. Например, в пункте 3.2 Обзора говорится, что займы участников (акционеров), предоставленные до кризиса, которые были пролонгированы или погашение которых было отсрочено, понижаются в очередности. Напротив, в Австрии такие займы не субординируются со ссылкой на то, что новая ликвидность не предоставляется. Следовательно, позиция, выраженная в Обзоре, является не вполне верной. Невостребование займов, предоставленных до кризиса (отсроченных до банкротства), может быть связано с различными причинами, одним из которых является поддержание санации должника. Так как своевременное истребование займов может привести к банкротству должника, что крайне нежелательно, участники такого общества дожидаются окончания процесса санации, в связи с чем они отсрочивают требования к должнику. Исходя из этого, сама по себе отсрочка займов, предоставленных до кризиса, не является достаточным основанием для их субординации. Такие требования субординацируются лишь в случае установления дополнительных обстоятельств, в частности, предоставление займа только с целью причинения вреда интересам внешних кредиторов.

Возвращаясь к поставленному в начале вопросу, отметим, что 24 декабря 2020 года ВС РФ принял Постановление Пленума N 44, в пункте 12 которого говорится, что по делам о банкротстве, возбужденным в трехмесячный срок после окончания моратория, очередность удовлетворения требования о возврате финансирования, предоставленного должнику КДЛ в период действия моратория, не понижается. Это объясняется тем, что в период распространения коронавируса становится актуальным стимулирование поддержания ликвидности компании в максимальной степени[[8]](#footnote-8). По существу, ВС РФ выразил позицию, противоречащую ранее высказанной им позиции, а также законному регулированию данного вопроса. В статье 9.1 Закона о несостоятельности ничего не говорится о субординации займов КДЛ, предоставленных в период пандемии. Более того, в Обзоре сделан вывод о том, что требования участников (акционеров), основанные на финансировании должника в период имущественного кризиса, субординируются. В связи с этим, думается, что толкование ВС РФ норм закона о несостоятельности, выраженное в Постановлении Пленума №44, является толкованием *contra* *legem*. Несмотря на это, отметим, что данное толкование является правильным с политико-правовой точки зрения. По мнению автора данной публикации, такой шаг правоприменителя был неизбежным, так как одного введения моратория недостаточно для спасения компаний от банкротства. Период пандемии коронавируса, безусловно, является периодом имущественного кризиса для большинства компаний. Согласно вышеописанной позиции ВС РФ, требования, возникшие в период имущественного кризиса, понижались в очередности. Соответственно, для внутренних кредиторов оставался единственный путь финансирования своей компании с наименьшими рисками - соглашение о несубординации с остальными кредиторами (ст. 309.1 ГК РФ). Такое соглашение должно быть заключено между всеми кредиторами, что, в свою очередь, осложняет процедуру его заключения, а иногда вовсе приводит к незаключению[[9]](#footnote-9). Эти барьеры, а также вышеописанный подход (утверждение в Обзоре «мягкой» модели субординации с элементами «жесткой»), при котором не все требования подлежат субординации, заставили ВС РФ пойти еще дальше и полностью отказаться от субординации требований о возврате финансирования, предоставленного должнику участником (акционером) в период действия моратория, что является оправданным как со сравнительно-правовой точки зрения, так и с точки зрения экономической целесообразности.

1. Шайдуллин А. И. Закон о моратории в Германии (перевод А.Шайдуллина) – 2020. – 2 с. [Электронный ресурс]. URL: [https://bankruptcyclub.ru/2020/04/04/закон-о-моратории-германия/](https://bankruptcyclub.ru/2020/04/04/%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD-%D0%BE-%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D0%B8-%D0%B3%D0%B5%D1%80%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D1%8F/) (дата обращения 17.02.2021). [↑](#footnote-ref-1)
2. См.: Шайдуллин А. И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 116 – 158. [↑](#footnote-ref-2)
3. "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). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс», пункт 3.3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Подробнее см.: Османова Д. О. Злоупотребления при несостоятельности (банкротстве) / под ред. О. А. Беляевой. М., 2020; Шайдуллин А. И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. №10. С. 24 – 46. [↑](#footnote-ref-4)
5. Выбор конструкции займа или сходных по результату гражданско-правовых механизмов с целью улучшения положения участника на случай банкротства представляет собой пример осуществления прав с намерением причинить вред другому лицу (ст. 10 ГК РФ). Использование долгового финансирования участниками в ситуации недостаточной капитализации, а также при наличии признаков банкротства должно вести к субординации требований участников. См.: Кокорин И. В. Все кредиторы равны, но некоторые равнее других. // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. №2. С. 119 – 137. [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: определение АС Красноярского края от 10.09.2014 по делу № А33-16866/2013 (Красильников против агентства «Норильск Авиа Сервис»); определение СКЭС ВС РФ от 30.03.2017 №306-ЭС16-17647, №306-ЭС16-17647 (2), №306-ЭС16-17647 (6) (дело «Промсвязьбанк против О. Л. Михеева»); от 26.05.2017 №306-ЭС16-20056 (6) (дело «Промсвязьбанк против Т. Е. Михеевой»). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс». [↑](#footnote-ref-6)
7. Шайдуллин А.И. Указ. соч. Понижение в очередности … в Германии и Австрии; [↑](#footnote-ref-7)
8. ... участники (акционеры) не имеют стимулов предоставить финансирование своему предприятию, зная о риске понижения их требований в очередности. В этой связи должны быть созданы стимулы для краткосрочного предоставления финансирования от участников предприятия, оказавшегося в кризисе в связи с пандемией.  Участники - первые кто могут в условиях экономической турбулентности помочь предприятиям выстоять. Действия по возврату этих займов не должны считаться причиняющими вред кредиторам ... а потому применение жестких банкротно-правовых механизмов является неоправданным. Подробнее см.: *Курбанов Б.* Законопроект о моратории на банкротство: несколько замечаний по существу // Закон.ру. 2020. 20 марта. URL:

https://zakon.ru/blog/2020/03/30/zakonoproekt\_o\_moratorii\_na\_bankrotstvo\_neskolko\_zamechanij\_po\_suschestvu. [↑](#footnote-ref-8)
9. Аналогичная процедура, предусмотренная в статье 309.1 ГК, есть в США, где проблемы субординации в период банкротства решаются через соглашение о плане реструктуризации, то есть займы участников (акционеров) не субординируется и независимые кредиторы дают на это согласие. Либо это решается в рамках досудебного соглашения о реструктуризации, где кредиторы опять дают согласие на несубординацию, то есть должник предлагает кредиторам дать согласие на предоставление займа его участниками (акционерами) должника и в таком случае у компании появляется возможность выйти из имущественного кризиса, иначе должник впадает в банкротство и требования независимых кредиторов удовлетворяются неполноценно. Однако такое соглашение должно быть заключено между всеми кредиторами, так как оно может нарушать права не участвовавших в его заключении кредиторов. Подробнее см.: Мифтахутдинов Р. Т., Шайдуллин А. И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. №9. С. 2-136. [↑](#footnote-ref-9)