KK&P TRIAL LAWYERS | КУЛЬКОВ КОЛОТИЛОВ И ПАРТНЕРЫ

Критерии и практика субординирования требований

Николай Покрышкин

ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

Банкротство: защита прав кредиторов

27 ноября 2018 г.

План

1. Суть института субординации
2. Критерии субординации требований
3. Развитие практики по субординации
4. Возможные сценарии дальнейшего развития практики по субординации

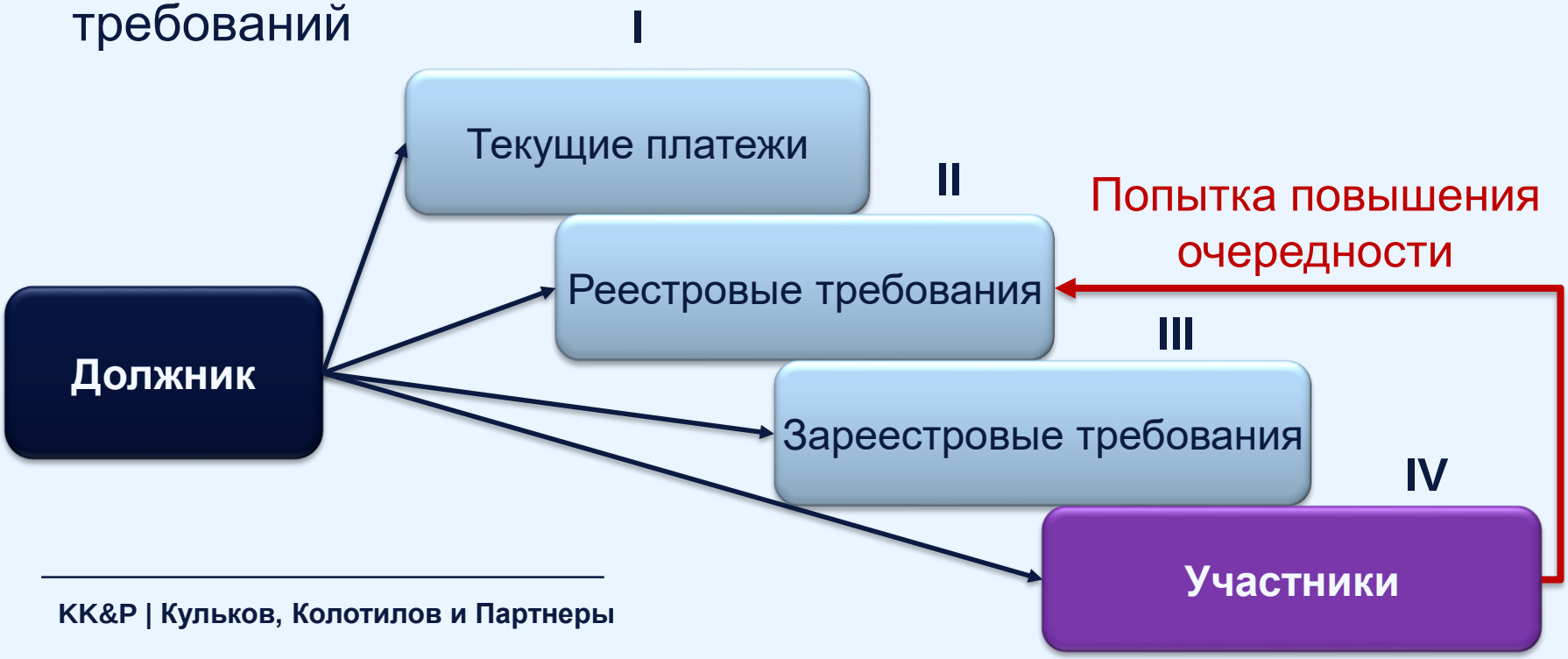
СУТЬ ИНСТИТУТА СУБОРДИНАЦИИ

Цель механизма субординации

- Ст. 148 Закона о банкротстве:

«участник должника вправе получить имущество должника, оставшееся после завершения расчетов с его кредиторами»

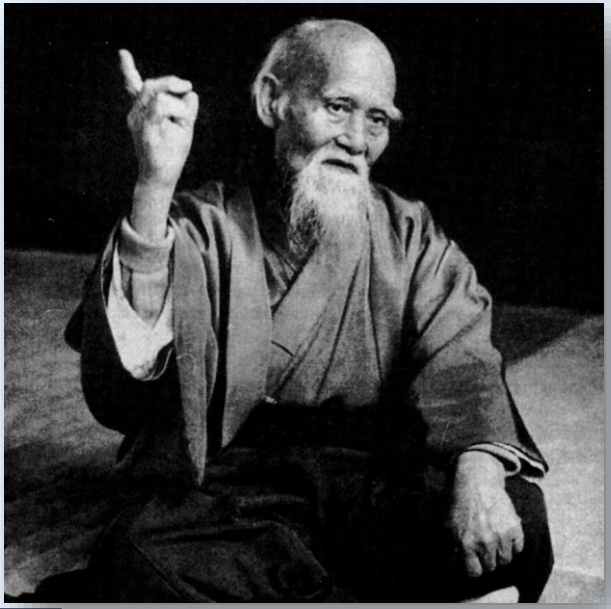
- На практике, у должника в банкротстве обычно нет имущества для расчета со всеми кредиторами (ст. 3 Закона о банкротстве)
- **Цель** – не допустить нарушения очередности удовлетворения требований



Толкование Верховного суда

Верховный суд в Определении ВС РФ от 21.02.2018 по делу №А68-10446/2015 указал:

«*Когда участник осуществляет вложение средств с использованием заемного механизма, финансирование публично не раскрывается. <…> В такой ситуации на участников (акционеров) относятся убытки, связанные с санационной деятельностью, в пределах финансирования, внесенного ими*».



Нормативная база субординации

- Закон о банкротстве не содержит специальных положений о субординации требований, кроме ст. 2, 4 и 148;
- Суды субординируют требования на основании позиций ВС;
- При субординации ссылаются на ст. 2 Закона о банкротстве, ст. 10 и ч. 2 ст. 170 ГК РФ:

Конкурсные кредиторы *- кредиторы по денежным обязательствам (за исключением <…> учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия)*

Притворная сделка*, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа и содержания сделки применяются относящиеся к ней правила*

Не допускаются <…> ***действия в обход закона*** *с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (****злоупотребление правом****).*

«Базовая» позиция Верховного Суда

- Самая «популярная» и цитируемая нижестоящими инстанциями позиция Верховного суда содержится в **Определении ВС от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556 (1,2):**

Суд вправе переквалифицировать заемные отношения в отношения по поводу увеличения уставного капитала по правилам пункта 2 статьи 170 ГК РФ либо при установлении противоправной цели - по правилам об обходе закона (пункт 1 статьи 10 ГК РФ, абзац 8 статьи 2 Закона о банкротстве), ***признав за прикрываемым требованием статус корпоративного****.*

P.S. У Фемиды на здании ВС не завязаны глаза

Последствия субординации

- Отказ во включении в реестр (по делу № А32-19056/2014):

Руководствуясь статьями 184-186, 223 АПК РФ, статьями 4, 71, 142 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», суд

ОПРЕДЕЛИЛ:

В удовлетворении заявления Свиридова Игоря Владимировича об установлении требований отказать.

- Участники имеют право на получение имущества Должника в порядке ст. 148 вне зависимости от размера требования и признания требования обоснованным;
- **Читать такие определения следует так**:

«Отказать во включении в реестр, признать подлежащим удовлетворению в порядке ст. 148 Закона о банкротстве, после удовлетворения всех требований кредиторов должника»

Отказать во включении в реестр требований кредиторов

КРИТЕРИИ СУБОРДИНАЦИИ ТРЕБОВАНИЙ

Критерии для субординации
на примере договора займа

Отражены в Определении ВС от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556 (1,2) и Определении ВС РФ от 26 мая 2017 г. № 306-ЭС16-20056 (6), указанных ниже актах

№	Критерий	Пример
1.	Нерыночные условия договора между участником и должником	• Заем выдан до востребований или на неопределенный срок; • Проценты ниже рыночных (или ставки ЦБ); • Отсутствуют санкции за просрочку исполнения
2.	Транзитный характер проводок денежных средств	• Деньги, выданные должнику, получены от него же (в виде дивидендов); • Денежные средства, полученные от кредитора, были направлены должником аффилированному третьему лицу; • Особенности отражения полученных средств на балансе должника (не в смысле фиктивности, а кас. квалификации): Постановление АС Московского округа от 11.09.2018 по делу №А40-143482/2016: «*судам надлежит проверять отражение полученных средств на бухгалтерском балансе должника*»

Критерии для субординации
на примере договора займа

№	Критерий	Пример
3.	Нерациональное поведение кредитора	• Отсутствие действий кредитора, направленных на возврат займа в течение длительного времени; • Последующая уступка права требования к должнику на аффилированное с кредитором/должником лицо;
4.	Экономическая целесообразность совершения операции и смысл использования выбранной юридической формы	Двухуровневый тест: • Целесообразность совершения экономической операции – например, привлечения средств (Постановление АС Уральского округа от 03.10.2018 по делу № А50-10605/2017); и • Обоснование использования конкретной правовой конструкции (займа), а не какой-либо иной (вклад в уставной капитал) для реализации той же экономической операции

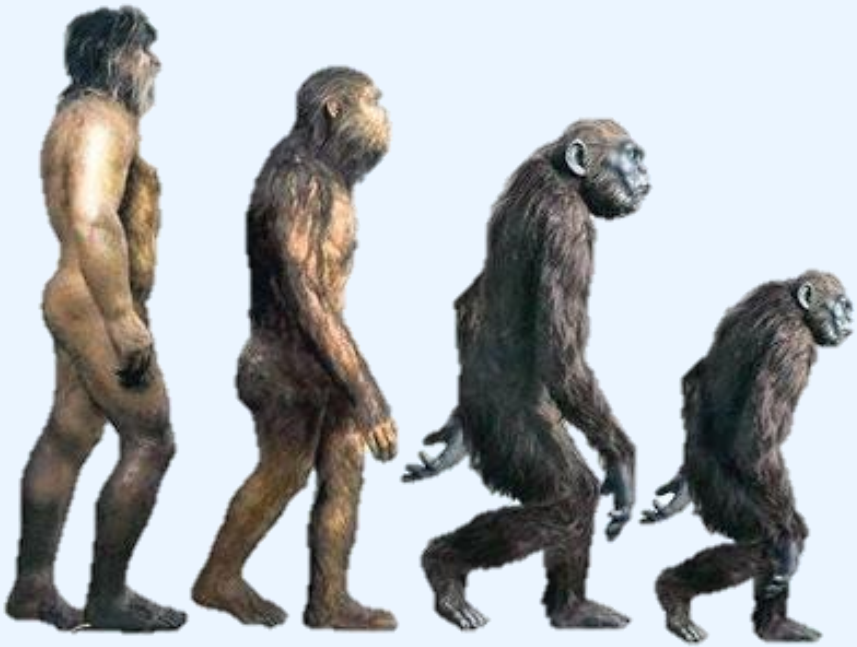
«Не рабочие» доводы защиты

- Суды склонны переносить бремя доказывания, которое не выносит заявитель.
- Довод о «небезденежности» сделки не спасет от субординации:

Постановление АС Дальневосточного округа от 16.10.2017 по делу № А73-10218/2016: «*наличие на расчетном счете Алиева денежных средств само по себе не свидетельствует о том, что эти средства были предоставлены должнику*».

- Соблюдение или несоблюдение корпоративных процедур не спасет от субординации

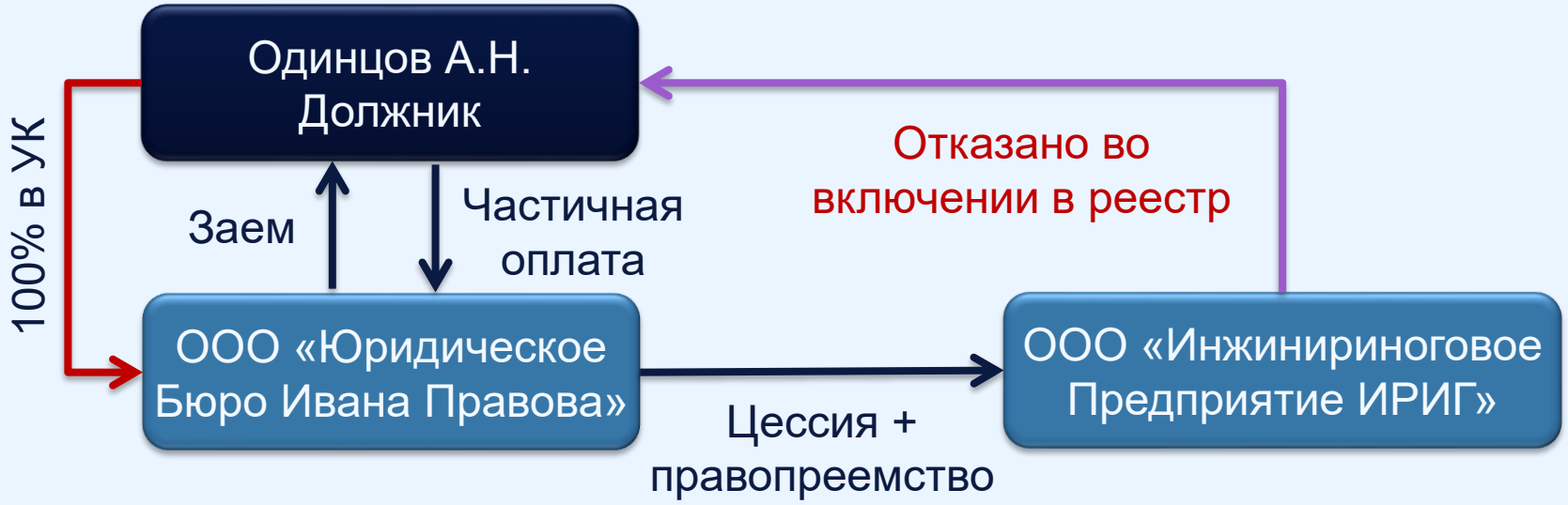
Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.10.2017 по делу № А56-83431/2016: «*То обстоятельство, что при заключении названных сделок заявитель, будучи заинтересованным лицом не голосовал при их одобрении как сделок с заинтересованностью, не умаляет объективного факта значительного влияния на хозяйственную деятельность должника*»



РАЗВИТИЕ ПРАКТИКИ О СУБОРДИНАЦИИ ТРЕБОВАНИЙ

Компания не может включиться в реестр к своему участнику

- В деле о банкротстве Одинцова А.Н. (Определение ВС РФ от 07.06.2018 по делу № А41-77824/2015) ВС субординировал требование компании, в которой должник является участником, мотивировав тем, что должник так получал прибыль (или выводил средства).
- **НО!** Компания не сможет получить оставшиеся после банкротства средства в порядке ст. 148 Закона о банкротстве.



Субординирование требования аффилиата (не участника)*

- В деле о банкротстве Михеевой (Определение ВС РФ от 27.05.2017 по делу № А12-45751/2015) ВС субординировал требование аффилированного кредитора (не участника).
- **НО!** Аффилированные лица не имеют права на получение средств, оставшихся после расчетов с кредиторами.

* Кроме случаев субординирования аффилиатов банков в особом порядке: ст. 12, 12.1, 189.49 Закона о банкротстве и ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности.

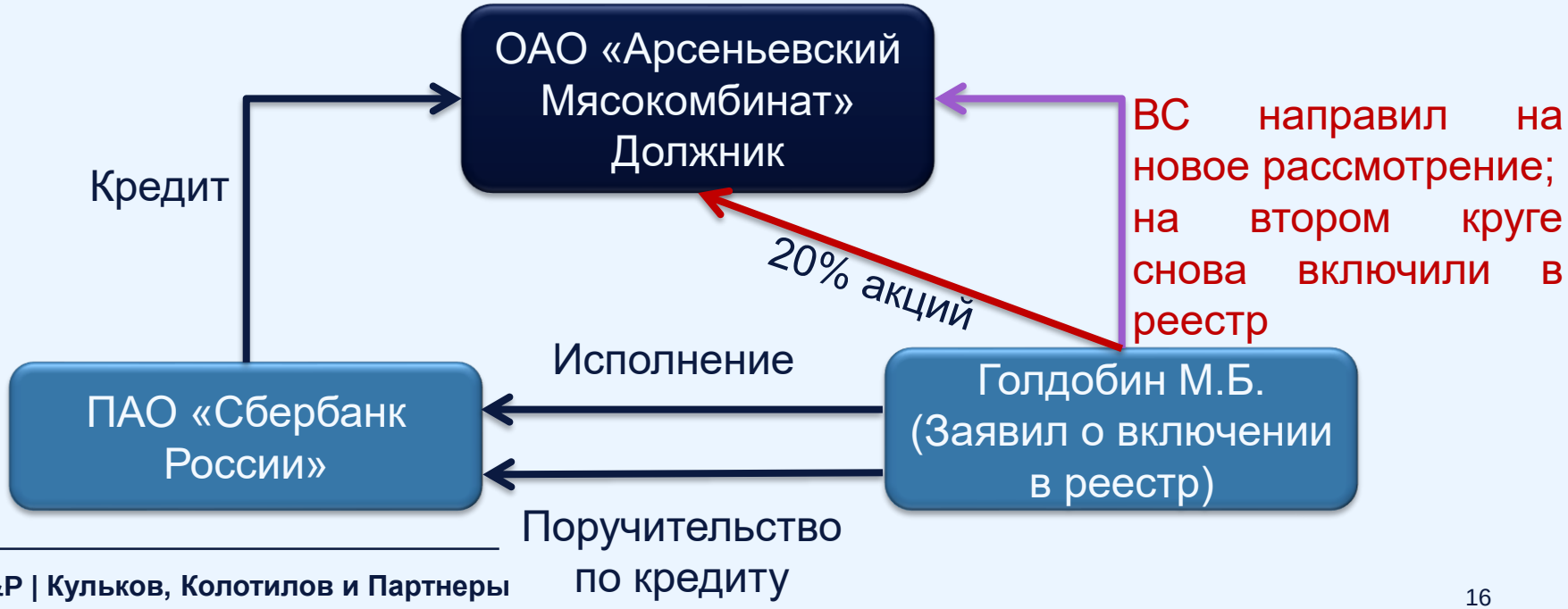
Разграничение субординации прямых участников и аффилиатов

Судами разработана возможность субординации требований: прямых участников; аффилированных лиц; прямых подконтрольных лиц.

№	Тип участия	Нормы	Перенос бремени доказывания	Последствия	Судьба требования
1	Прямой участник включается в реестр к дочерней компании	Ст. 2, 4 Закона о банкротстве Ст. 170 ГК РФ (дополнительно ст. 10 ГК РФ)	Переносится на кредитора, заявившего о включении в реестр	Отказ во включении требования в реестр	Сохраняется с понижением (ст. 148 Закона)
2	Непрямое (аффилирован)	Ст. 10 ГК РФ (дополнительно ст. 170 ГК РФ)			Не сохраняется
3	Дочерняя компания включается в реестр к прямому участнику	Ст. 170 ГК РФ (дополнительно ст. 10 ГК РФ)			Не сохраняется

Участник не может включиться по требованию третьего лица

- В деле о банкротстве ОАО «Арсеньевский мясокомбинат» (Определение ВС РФ от 23.07.2018 по делу № А68-2070/2016) ВС субординировал требование акционера, полученное по суброгации от Сбербанка
- Требование не было корпоративным, то есть его опорочили исключительно субъектным составом
- При новом рассмотрении в результате отказа от возражений других кредиторов требования Голдобина включили в реестр

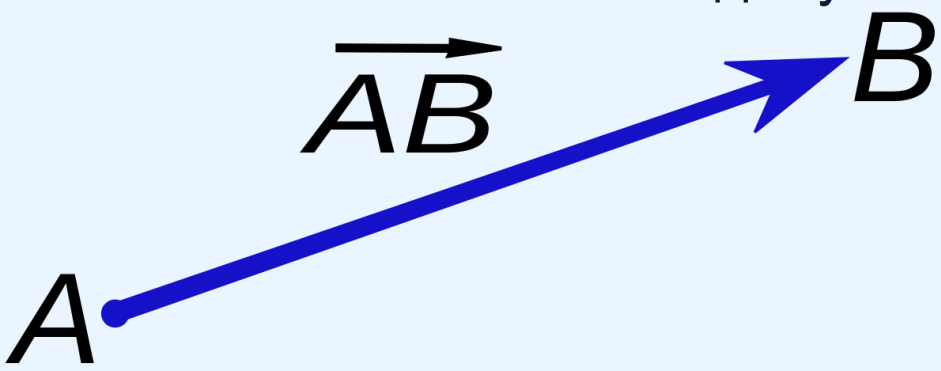


ПОТЕНЦИАЛЬНОЕ РАЗВИТИЕ ПРАКТИКИ

Риск субординации требований аффилированных лиц

Возможно развитие практики в направлении субординации аффилированных лиц, непрямых участников, в том числе:

- лиц, относящихся к одной с должником группе;
- лиц, фактически (не юридически) аффилированных с должником (по цели);
- лиц, в уставном капитале которых участвуют офшорные компании (применение практики, складывавшейся с 2012 г. в отношении установления презумпций) – потенциальное развитие может получить позиция сформированная в Определении ВС РФ от 25.09.2017 по делу № А47-9676/2015.



Прикрываемые сделки

№	Сделка	Пример
1.	Увеличение уставного капитала	• Определение Верховного Суда РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2)
2.	Дарение	• Определение Верховного Суда РФ от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352
3.	Вклад в имущество общества	• Определение Верховного Суда РФ от 05.09.2018 № 304-ЭС18-11869(2)
4.	Распределение прибыли	• Определение Верховного Суда РФ от 07.06.2018 № 305-ЭС16-20992(3)
5.	Уменьшение доли участия в обществе	• Определение Верховного Суда РФ от 25.01.2018 № 301-ЭС17-13352
6.	Налоговая оптимизация	• Определение Верховного Суда РФ от 26.05.2017 № 306-ЭС16-20056(6)
7.	Выплата действительной стоимости доли	• Возможно в теории, может быть классифицирована как вывод активов
8.	Иные сделки (и не предусмотренные корпоративным законодательством)	• Определение Верховного Суда РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556(2): *«к подобного рода обязательствам относятся не только такие, существование которых прямо предусмотрено корпоративным законодательством»*

Прикрывающие сделки

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

Целесообразность законодательного регулирования

Целесообразность обусловлена следующими факторами:

- Позиции ВС не создают правовой определенности по ряду важных вопросов;
- Некоторые позиции ВС неоднозначны или противоречивы (например, позиция о риске участника в случае санации).

Стоит урегулировать	Не стоит урегулировать
Круг лиц, требования которых могут быть субординированы	Перечень прикрываемых обязательств, которые могут быть субординированы
Критерии и презумпции при субординации	Перечень прикрывающих обязательств, которые могут быть субординированы
Тест, достаточный для переноса бремени доказывания	Закрытый перечень случаев / казусов, в которых допустима субординация
Последствия субординации, в т.ч. для аффилированных лиц	

Спасибо за внимание

КК&П | Кульков, Колотилов и Партнеры

Николай Покрышкин

Партнер

119180, г. Москва, 4-й Голутвинский пер., д. 1/8, с. 5

Тел.: + 7 (495) 258-39-41

E-mail: n.pokryshkin@kkplaw.ru

Интернет сайт: www.kkplaw.ru