

Вступительное слово

автора

Не знаю, как вы, дорогие читатели, а я с детства очень любил в полных собраниях сочинений великих людей (как правило, литераторов) читать переписку этих незаурядных личностей, потому что в ней передавалось что-то интимное, сиюминутное, страстное и эмоциональное, натуральное, то, что никогда не попадает в ткань их произведений, поскольку в результате фильтрационной работы самих авторов и редакторов отпадает, вычищается, текст как бы стерилизуется, редуцируется, он становится слишком идеальным, а личность автора как бы вымывается. Также я люблю мемуары, книги из серии «ЖЗЛ», поскольку в них события описываются через личность человека и, наоборот, жизнь и поступки людей — в представленных обстоятельствах, т.е. не голые факты, даты, местности, а то, почему, в каком контексте и на основании каких личных причин принимались те или иные решения, осуществлялись действия, под чьим открытым или латентным воздействием это происходило («когда б вы знали, из какого сора...»). Это очень интересно, поскольку позволяет получить сферический и обзорный вид на историю, так и интереснее, и понятнее, это позволяет сделать более точные выводы и извлечь уроки, попытаться научиться на чужих ошибках (правда, не уверен полностью, что это возможно). Но главное, в этом чувствуются витальность, эмоции, искренность, истовость, порыв, страсть как акторов, так и их окружения, их друзей и врагов. Кстати сказать, в наше время благодаря социальным сетям, в которых лично я в силу принципиальных (если не сказать идеологических) причин не состою, миллионы и даже миллиарды людей коллективно, при этом не сговариваясь, также ведут некоторую летопись времени, по которой какой-нибудь мощный компьютер, вероятно, сможет передать как некий общий облик современника, так и в целом атмосферу в той или иной стране, в то или иное время. Возможно, это будут принципиально иные учебники истории.

Сам я никаких дневников никогда не вел, не веду и сейчас, хотя события 2020–2022 гг., наверное, были достойны того, чтобы систематически записывать свои ощущения от происходящего. Тем не менее с самого первого года появления ресурса «Закон.ру» я стал писать посты (редко, по 7–10 раз в год), которые создавались исключительно по порыву сердца и разума, исходя из принципа «если можешь не писать, не пиши»), когда что-то из происходящего вокруг меня задевало, вызывало либо протест, гнев, либо, наоборот, радость и восхищение. Я тратил на их написание от 20 минут до полутора часов (кажется, только три поста потребовали у меня больше времени). И это принципиально важно, поскольку я никогда не относился к ним излишне серьезно, не считал

каким-то научным или даже публицистическим высказыванием, скорее эмоциональным криком души в режиме «не могу молчать». Только три или четыре раза я брал паузу («утро вечера мудренее»), а во всех остальных случаях тут же публиковал написанное. Всего четыре раза я не опубликовал тот пост, который написал. Хочу сразу подчеркнуть, что ни в момент написания, ни тем более сейчас, несмотря на часто встречающийся сарказм и обильно употребляемые пейоративы, я никогда не ставил целью кого-то обидеть, задеть, раскисировать — просто считал невозможным смолчать, когда кто-то совершает или планирует совершить что-то плохое, недостойное, возмутительное. Я исповедую парламентские формы выражения мыслей и дипломатизм, но иногда надо одернуть, окрикнуть, охолонить возмутителя спокойствия, не дать ему совершить «ошибку, которая больше, чем преступление». Иначе само высказывание становится бессмысленным.

И вот теперь, спустя более 10 лет от момента написания первого поста, когда их общее количество достигло 100, я решил опубликовать некоторые из них, причем делаю это не столько из тщеславия, сколько из соображений, что именно сведенные воедино и изложенные в темпоральной последовательности, они, наверное, смогут создать некоторое ощущение времени, прошедшего десятилетия, выступить неким барометром. Уважаемый читатель сможет сам сделать вывод о том, как пульсировали право, законность, состояние правосудия и лиц, его отправляющих. Я принципиально никак не правил сам тексты постов, поскольку важен именно слепок времени, то, как это виделось и писалось именно в момент события или реакции на него, позволил себе только добавить информацию о том, чем в результате закончилось то или иное дело, был или не был принят тот или иной законопроект или проект постановления Пленума, либо описать контекст события, чтобы читателю было удобнее понять смысл поста. Более того, хочу отметить, что по некоторым вопросам моя позиция немного изменилась и скорректировалась, чаще всего став более сдержанной, менее категоричной.

Также у меня возник вопрос: зачем публиковать в книге то, что есть в открытом доступе и написано (а многое уже и прочитано целевой группой) много лет назад? Но, как мне представляется (может быть, ошибочно), именно такое одновременное прочтение их с высоты прошедшего времени, подряд, одномоментно может позволить собрать в голове этот пазл, мозаику, получив пусть и пристрастную, рассматриваемую моей оптикой, но цельную картину десятилетия. В ней будут и люди, и события, и решения, и эмоции, т.е. «кардиограмма» права и государства.

Разумеется, все написанное мной исключительно пристрастно, субъективно, является отражением только моей точки зрения и никогда не было позицией тех замечательных коллективов, с которыми мне довелось работать, сотрудничать и общаться (вузы, неформальные объединения правоведов и благотворителей, органов адвокатского сообщества, моих дорогих коллег из АБ «Бартолиус», поскольку у всех людей, входящих в перечисленные сообщества, я постоянно обучался и продолжаю это делать). «Пестрота глав», т.е. широкий круг вопросов, о которых я высказывался, обусловлена исключительно моментом, событием, моей внутренней реакцией. Далеко не во всех темах, о которых я набирался наглости писать, я разбираюсь глубоко и детально (да простит мне это дорогой читатель), однако надеюсь, что все-таки избежал ситуаций, когда мои мысли были «космического масштаба и космической же глупости».

В завершение я хотел бы поблагодарить всех людей, которые помогли мне подготовить эту книгу, прежде всего художника Евгения Чарского и Кирилла Самойлова, а также возглавляемое им издательство «Статут», авторов предисловий, которые любезно согласились высказать свое мнение: выдающегося правоведа и замечательного человека Артема Георгиевича Карапетова и главного редактора портала «Закон.ру» Владимира Ахсаровича Багаева.

Отдельно стоит выразить признательность моим учителям-наставникам: Василию Владимировичу Витрянскому, который за руку привел меня в юриспруденцию как науку и задал высочайшую планку; Генри Марковичу Резнику, который продемонстрировал, что значит быть настоящим адвокатом; Владимиру Саурсеевичу Ему, который показал, что занятие наукой не только не противоречит, но и многократно усиливает желание практиковать.

Также не могу не упомянуть моих коллег и клиентов, без которых у меня не было бы поводов реализовывать себя в профессии, моих равнодушных и активных студентов, магистрантов и слушателей, которые уже 18 лет заставляют меня работать над собой.

Список признательностей был бы неполным, если бы я не поблагодарил мою любимую семью, члены которой дарят мне любовь, окружают заботой, со стоическим терпением и христианским пониманием относятся к моему ужасному графику жизни. Без них не только были бы невозможны эти посты, но, главное, не имело бы смысла все то, чем я вообще занимаюсь в моей жизни.

Вступительное слово

Листая книгу с заметками Юлия Тая на «Закон.ру», я вижу историю развития этого сайта и, главное, историю развития российской юридической жизни. Расположение материала в хронологическом порядке очень удачно. Можно «промотать» ленту лет и быстро узнать, что волновало юристов (в лице автора) год за годом. Вот видно период, когда Высший Арбитражный Суд РФ еще жив; Юлий активно критикует его судебные акты. Далее начинается обсуждение судебной реформы, предполагавшей упразднение этого суда. Этому событию посвящен пост с очень грустным названием — «Реквием по мечте». Действительно, тогда у нас отобрали мечту о независимом высшем суде, выпускающем содержательные решения, которые интересно обсуждать и которые влияют на развитие права в стране не хуже законодательных актов. Потом появляются Кодекс административного судопроизводства, реформа третейских судов, обширная реформа процесса и судов общей юрисдикции, инициированная Верховным Судом РФ, обновление Конституции РФ с обнулением президентских сроков, пандемия «Ковид-19». Смотришь на это и удивляешься: кажется, что потерянное десятилетие, а на самом деле сколько всего мы пережили!

Впрочем, пережитое было в основном с отрицательным знаком. Эта череда событий в юридическом мире отражала то, что происходило в течение последних 10 лет во всей России. Мы постепенно отказывались от прогрессивных практик, теряли независимые институты, переживали централизацию управления и ухудшение его качества. В этом путешествии Юлий выступает мудрым проводником, как Вергилий, сопровождавший Данте в его спуске по кругам ада. Комментарии Юлия помогают понять контекст происходящего, увидеть, как все мы оказались в точке, в которой выпускаем эту книгу. Уверен, она будет очень ценным историческим документом. Причем документом, написанным не сухим языком официального источника или чересчур отстраненным языком исследователя. Нет, наш (и ваш, дорогой читатель) Вергилий проведет нас через отечественную правовую действительность, комментируя ее в легком стиле, с шутками и цитатами, точно подобранными под конкретное событие. Чтение такого документа доставит удовольствие любому и сделает работу будущих историков чуть более веселой.

Публикация этого издания напоминает мне о ценности регулярной публикации своего мнения о событиях, происходящих вокруг нас. К сожалению, Юлий — один из немногих авторов-юристов, которые демонстрируют такое постоянство и из работ которых можно составить настолько полную панораму десятилетия. Между тем именно мнение юриста очень ценно, потому

что мало кто так же хорошо чувствует общественную жизнь и знает ее подводные течения. Надеюсь, что творчество Юлия продолжится и после публикации этой книги, несмотря на то что после февраля 2022 г. высказывать свое мнение становится все сложнее. А также надеюсь, что книга подтолкнет и других юристов к фиксации происходящего на бумаге — как к виртуальной, так и к реальной.

В.А. Багаев,
главный редактор «Закон.ру»
Тбилиси, май 2023 г.

Введение

Частное право живет в реальных судебных спорах. Процессуальное право также не может существовать без подпитки из данного источника. Абстрактные понятия и концепции, классификации и модели, научные теории и даже сухая буква законодательных норм наполняются смыслом, реализуясь на практике, проверяются на прочность, а при необходимости корректируются и развиваются при рассмотрении дел в суде.

Именно поэтому практикующие юристы и адвокаты, защищающие своих клиентов, и судьи, разрешающие споры между последними, оказываются неизбежно вовлечены в нескончаемый процесс укрепления и развития права. Без их идей, смелости в их реализации и усердия объективное право обречено на стагнацию, субъективные права частных лиц — на попрание, а справедливость — на забвение.

Это не значит, что и представители сторон, и судьи — единомышленники. Налицо конфликт. Каждое из этих действующих лиц работает в рамках собственной профессиональной логики. Адвокаты истца и ответчика пытаются найти наилучшее правовое обоснование для защиты интересов своих клиентов, высказывают аргументы и варианты интерпретации законодательных норм и судебной практики для достижения своей основной миссии. В идеально устроенной системе судья выступает в качестве беспристрастного арбитра, определяющего ту позицию, которая выглядит наиболее убедительно с правовой точки зрения. Если все участники процесса выполняют свою работу хорошо, то в столкновении позиций сторон выскалывается искра, которая позволяет осветить темные места, выявить проблему, оценить возможные решения и создает шанс на то, что восторжествует существующее право или наметится путь к его оптимизации. Институт правосудия работает тем лучше, чем более профессиональны и добросовестны судебные представители и судьи.

Спор и конфликт, противодействие интересов под управлением беспристрастного арбитра рождает истину, формируют условия для создания и функционирования правового государства и обеспечивают его диалектическое развитие. Из того, что при первом приближении может показаться хаосом бесконечных поединков, по мере эволюции и унификации судебной практики рождается «спонтанный порядок». Вся эта сложная машинерия, работая годами и десятилетиями и преодолевая сбои и ошибки, способна индуктивным образом, без некоего заранее разработанного плана создать и развить крайне сложную правовую систему, но благодаря усилиям высшего суда по унификации судебной практики, продуктивной науке и восприимчивому законодателю этот процесс может существенно ускоряться и приобретать черты более планомерного развития.

Современный мир добавляет к этой картине дополнительные штрихи. Профессиональные роли могут соединяться и переплетаться. Судьи могут выступать в качестве ведущих ученых (вспомним, судей Ричарда Познера в США, Аарона Барака в Израиле, а также Василия Владимировича Витрянского или Сергея Васильевича Сарбаша в России), в ряде стран самые успешные адвокаты на том или ином этапе карьеры становятся судьями...

Но интереснее другое — открытые и профессиональные юридические дискуссии. Юристы и ученые все интенсивнее открыто обсуждают судебные баталии, позиции сторон, преломление юридических теорий в обстоятельствах конкретных споров. Этот феномен наблюдался и в XIX веке, но по мере развития интернет-технологий данный процесс приобретает абсолютно новые масштабы. Современное пространство правовых знаний трудно представить без разбора профессионалами интересных кейсов в формате стримов на видеохостингах, онлайн-конференций, подкастов и публикаций в профессиональных социальных сетях. Эти форматы не могут и не должны оттеснять на задний план полноценную науку права, но эти пласты юридической культуры не исключают, а дополняют друг друга.

Настоящая книга принадлежит перу успешного адвоката, замечательного преподавателя и автора ряда крайне интересных научных публикаций к.ю.н. Юлия Валерьевича Тая. Она составлена из его постов, опубликованных на портале «Закон.ру» в 2012–2022 годах, и представляет нам блестящие образцы подобного жанра профессионального анализа судебных споров и иных сложных юридических коллизий на стыке науки и юридической публицистики.

АРТЕМ ГЕОРГИЕВИЧ КАРАПЕТОВ,
д.ю.н., директор Юридического института
«М-Логос», главный редактор «Вестника
экономического правосудия РФ»

Предисловие

Юлий Тай решил опубликовать отдельной книгой свои посты, регулярно размещаемые им в Интернете уже более 10 лет. Посты для социальных сетей нетипичны — все они «профессионально окрашены» и, по сути, посвящены одной проблеме: гарантиям справедливости правосудия. Главным образом его арбитражной формы, в которой разрешаются экономические споры, связанные с предпринимательской деятельностью. Напрашивается вопрос: что побудило автора — известного адвоката, также успешно реализующегося в научной и преподавательской деятельности, последовательно заниматься просветительством и из года в год пытаться просто и доходчиво разъяснять широкому кругу интернет-пользователей значение юридических категорий и норм, в силу ряда причин не попадающих в фокус общественного внимания? Ответ, полагаю, состоит, во-первых, в любви к адвокатской профессии и в заботе о повышении ее престижа в обществе — во-вторых. Арбитражная защита честного бизнеса не находит в общественном мнении и правовой журналистике и малой доли того интереса, какой вызывают резонансные уголовные дела, не только потому, что по своей природе, понятно, уступает им в психологическом или политическом накале, но и в силу специфики исторического развития страны, настороженного, а то и подозрительного отношения массового сознания к предпринимательству. Между тем в условиях рыночной экономики несостоятельность предприятия, разорение фирмы, крах банка болезненно ударяют по экономическим и социальным правам простых людей, влекут утрату работы, потерю имущества и сбережений. Ю. Тай увлеченно пишет о таких обычно считающихся сугубо узкоспециальными категориях, как порядок банкротства, исследование доказательств, обеспечительные меры, судебные расходы, исполнение судебных решений, убедительно показывая, что именно в нарушении этих скучных процессуальных процедур кроется дьявол, препятствующий реализации конституционных прав и свобод. Привлекают внимание нетривиальные мысли автора о совершенствовании процесса вузовской подготовки юристов. Уверен, многие разделят критику неоправданного ограничения принципа судейской независимости и тревогу за качество правосудия, которую несет в себе цифровизация. Читателям предстоит встреча с преданным высокой идее Права и неравнодушным человеком, а такие встречи всегда радуют.

Генри Резник,
первый вице-президент Адвокатской
палаты г. Москвы,
заслуженный юрист РФ

Субординация текущих требований: правовой оксюморон или лекарство?

Amicus curiae brief

по определению № 305-ЭС21-14470(1, 2) по делу № А40-101073/2019¹

В преддверии рассмотрения СКЭС ВС РФ вопроса о субординации текущих требований (определение судьи И. А. Букиной от 28 декабря 2021 г. № 305-ЭС21-14470(1, 2) по делу № А40-101073/2019) предлагаю ознакомиться с мнением, которое выразила по данному вопросу моя коллега Тахмина Арапова (отмечу, что к рассмотрению указанного дела ни я, ни адвокаты моего Бюро не имеют ни прямого, ни косвенного отношения).

В целом эту позицию² я разделяю, придерживаясь, однако, еще более строгого подхода к субординации и полагая, что рассматриваемый механизм требует выработки детальных (фиглигранных) оснований, а негативные последствия, которые может принести его бездумное или ненюансированное применение, спо-

¹ Дата публикации поста — 2 февраля 2022 г. Пост посвящен рассматривавшейся ВС РФ в одном из дел проблеме возможности субординации текущих требований в банкротстве. Об исходе дела — в конце статьи.

² «Согласна, что с введением субординации текущие риски для контрагентов должника повысятся (особенно учитывая, что иногда аффилированность находят там, где ее нет). Но бесконечно закрывать глаза на проблему злоупотреблений статусом текущего кредитора тоже нельзя» (из комментария Т. Араповой от 4 февраля 2022 г. к этому посту).

собны перевесить весь позитивный эффект для конкурсных кредиторов в частности и правопорядка в целом.

Первая реакция на идею субординации текущих требований, как правило, оказывается отрицательной, возможно, в силу свойственного юристам консерватизма, возможно, в силу того, что привычное политико-правовое обоснование субординации, выработанное для реестровых требований, очевидно, кажется неподходящим для текущих требований, возможно, из-за относительной новизны института субординации в банкротстве.

Тем не менее практика показывает, что арбитражные суды пошли по пути признания субординации текущих требований. Первые судебные акты о понижении текущих требований, которые мне удалось найти, датируются 2018 г. Естественно, можно обнаружить и обратную практику.

Путь субординации текущих требований схож с путем субординации требований реестровых. Законом о банкротстве¹ такое понижение очередности не предусмотрено, разъяснения высшей судебной инстанции пока тоже отсутствуют. Мы снова сталкиваемся с субинститутом, который на наших глазах порождается судебной практикой по рассмотрению конкретных дел.

Полагаю, что официально появление субординации текущих требований скорее всего произойдет 7 февраля 2022 г., когда СКЭС ВС РФ рассмотрит спор № 305-ЭС21-14470(1, 2) (№ А40-101073/2019) в деле о банкротстве ООО «СкладЛогистик». Ранее Коллегия Верховного Суда РФ дела о субординации текущих требований не рассматривала, но встречаются отказные определения, которыми была сохранена субординация, проведенная нижестоящими судами (см., например, Определение от 29 декабря 2021 г. № 307-ЭС20-5902(19) по делу № А56-19962/2017). Это позволяет говорить о том, что принципиального несогласия высшей судебной инстанции с самой идеей субординации текущих требований нет. Помимо прочего дело № А40-101073/2019 передано в СКЭС ВС РФ и в поддержку возможности понижения очередности.

Если посмотреть на обоснования, которые даются сейчас в судебных актах, понижающих текущие требования, то можно

¹ Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве).

увидеть, что никакой новизны по сравнению с объяснением необходимости понижения реестровых требований в них нет. Суды просто дословно повторяют довод о недопустимости противопоставления независимым кредиторам требования, основанного на предоставлении внутрикорпоративного финансирования в ситуации кризиса должника (компенсационное финансирование). Таким образом, субординация текущих требований обосновывается ровно так же, как и субординация требований реестровых.

В деле, которое будет рассматривать СКЭС ВС РФ 7 февраля, ни о каком финансировании со стороны аффилированного лица речь не идет. Текущие требования вытекают из субподрядного договора, по которому должник выступал заказчиком услуг, а аффилированное лицо — исполнителем. Субподрядный договор был призван обеспечивать исполнение основного комплексного договора с крупным ритейлером «Перекресток», по которому должник являлся исполнителем и который продолжал действовать в период банкротства должника. При этом ранее услуги «Перекрестку» должник оказывал сам, имея необходимые для этого штат сотрудников и основные средства. Однако в преддверии начала процедуры банкротства и вскоре после нее сотрудники были переведены в аффилированное лицо, с которым должник заключил субподрядный договор, этому же лицу были переданы основные средства. В итоге текущие требования аффилированного субподрядчика погашались за счет выручки, получавшейся должником по договору с «Перекрестком». Независимые кредиторы (банк «ВТБ») и конкурсный управляющий должника считают, что текущие требования аффилированного лица должны быть понижены и погашаться только после расчетов с реестровыми кредиторами.

С экономической точки зрения недовольство независимых конкурсных кредиторов может вызывать тот факт, что в результате удовлетворения текущих требований прибыль от сделки с «Перекрестком» забирает себе аффилированное лицо должника, и она не оседает в конкурсной массе, а значит, не идет в счет удовлетворения требований реестровых кредиторов. Ведь если бы должник сам оказывал услуги и субподрядного договора с аффилированным лицом не существовало, то должник нес бы расходы на производство услуг (заработная плата сотрудникам, обслуживание оборудования, социальные отчисления) и конкурсные кредиторы не могли бы

рассчитывать на то, чтобы на погашение реестровых требований шла вся выручка целиком. Следовательно, претензия потенциально обоснована именно в той части, в какой аффилированное лицо забирает себе прибыль, на которую могли бы претендовать конкурсные кредиторы, а не в отношении всей выручки.

При этом требуемый кредиторами способ защиты права (субординация всего текущего требования) превышает защищаемое имущественное благо. В случае субординации всего текущего требования конкурсная масса получит доход, но не понесет никаких расходов. Вряд ли такой подход можно назвать справедливым, если только, конечно, не рассматривать субординацию в качестве карательной меры. Если исходить из того, что субординация призвана лишь скомпенсировать возникший в силу действий аффилированного лица дисбаланс имущественных прав, то скорее следует вести речь о допустимости субординации текущего требования в части прибыли, на которую претендует аффилированное лицо.

В качестве основания сохранения в конкурсной массе этой прибыли можно рассмотреть относимые элементы критерия недобросовестности, применяемые при оценке реестрового требования на предмет его возможной субординации, — одностороннее принятие рискованного решения о способе выхода из сложившейся ситуации, затрагивающего судьбу вложенных независимыми кредиторами средств¹. Чтобы понять, работает ли этот критерий в данном случае, надо ответить на несколько вопросов. Что является решением аффилированного лица? Является ли это решение рискованным и затрагивает ли оно судьбу кредиторских средств? Принято ли это решение аффилированным лицом самостоятельно?

Применительно к делу ООО «СкладЛогистик» решением контролирующего должника лица, вероятно, следует считать совокупность действий, объединенных общей целью: перевод сотрудни-

¹ См. п. 11 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29 января 2020 г.: «Основанием понижения очередности удовлетворения требования контролирующего лица является то, что, предоставляя в ситуации имущественного кризиса компенсационное финансирование, это лицо в одностороннем порядке (без участия независимых кредиторов) принимает рискованное решение о способе выхода из сложившейся ситуации, затрагивающее судьбу уже вложенных независимыми кредиторами средств».

ков от должника к аффилированному лицу, заключение субподрядного договора, возможно, еще какие-то сопутствующие юридически значимые действия, направленные *de facto* на обеспечение возможности аффилированного лица оказывать услуги «Перекрестку».

Если аффилированное лицо намеренно перевело всех сотрудников должника к себе и продолжает опосредованно оказывать те же услуги «Перекрестку», то очевидно, что оно преследует цель продолжить сотрудничество с выгодным заказчиком, переоформить отношения с которым на новое лицо, по всей видимости, невозможно или затруднительно. Предположу, что именно эта трудность и вызывает необходимость конструкции с посредничеством должника. По сути, контролирующее лицо делает выбор между тем, чтобы ничего не делать, пассивно наблюдая за судьбой контракта и доходов от него, и попыткой «спасти» контракт за счет своих активных действий, но «спасти» для себя, т.е. получать прибыль на счета аффилированного лица. Отметим, что характер решения явно отличается от целей компенсационного финансирования. Ясно, что вся схема не преследует цели спасения должника, не направлена на выход из кризисной ситуации.

В ситуации с компенсационным финансированием под риском подразумевается потенциальная невозможность должника вернуться к нормальной деятельности даже после получения инвестиций от контролирующего лица. В случае провала плана аффилированного лица ущерб наступает у независимых кредиторов, так как снижается их процент в общем размере требований кредиторов и соответственно они могут рассчитывать на меньшее удовлетворение. При этом кредиторы претерпевают ущерб от решения, в принятии которого они не участвовали, что и обуславливает справедливость субординации требования аффилированного лица.

Есть ли нечто подобное в казусе с выводом прибыли на аффилированное лицо? Скрытное принятие решения имеется и здесь. На собрании кредиторов не обсуждался вопрос о целесообразности перевода сотрудников в иное юридическое лицо, связанное с должником, и заключения субподрядного договора. Но и какого-либо риска для конкурсной массы и кредиторов от этих действий не усматривается, поскольку не прослеживается альтернативный вариант развития событий, т.е. решение перевести прибыль на другое лицо вряд ли может иметь разные варианты последствий. Риск

получения убытков несет аффилированное лицо, поскольку цены по основному и субподрядному договорам зафиксированы, а потенциально изменчивая себестоимость услуги формируется на стороне субподрядчика.

Вопрос скорее состоит в том, влечет ли решение о применении субподрядной конструкции ущерб для независимых кредиторов, оказались бы они в лучшем положении, если бы такого решения не было. Представляется, что на него можно дать несколько вариантов ответа. Возможно, должник смог бы сохранить штат сотрудников или сформировать его заново и обеспечить исполнение своих обязательств перед «Перекрестком», получив прибыль и распределив ее среди кредиторов. Возможно, должник нарушил бы свои обязательства и конкурсные кредиторы вынуждены были бы выплатить неустойку за счет конкурсной массы. Однозначно сказать, причинило ли решение аффилированного лица ущерб кредиторам или, напротив, спасло их от дополнительных убытков, невозможно.

Но независимо от того, как бы развивались обстоятельства в случае, если бы аффилированное лицо ничего не предприняло, перевод сотрудников и заключение субподряда лишили конкурсного управляющего и конкурсных кредиторов возможности решать самостоятельно, как поступить с контрактом должника с «Перекрестком»: расторгнуть его, добиться внесения в него изменений (в том числе в части регулирования порядка и последствий расторжения, сделав условия менее обременительными для должника), продолжать его исполнять и обеспечить наличие у должника возможности исполнения или, возможно, даже продать права и обязанности исполнителя по договору. Если рассматривать данный контракт как экономический актив, а он скорее всего им является, поскольку заключен с платежеспособным заказчиком на крупную сумму на длительный срок и предполагает большой объем услуг, то аффилированное лицо решило судьбу этого актива за кредиторов, которые могли на него рассчитывать. На мой взгляд, подобное вмешательство в сферу автономии воли конкурсных кредиторов должно обусловить допустимость субординации текущих требований аффилированного лица, но лишь в части прибыли, т.е. того экономического блага, судьба которого была им решена к своей выгоде, но, возможно, в ущерб кредиторам.

Альтернативным решением, наверное, могло бы стать определение допустимости субординации в зависимости от того, какой из вариантов развития событий был наиболее вероятным в случае, если бы аффилированное лицо не вмешалось: смогли бы конкурсные кредиторы извлечь прибыль из контракта или конкурсная масса с большей вероятностью понесла бы убыток. Если аффилированное лицо скорее всего лишило конкурсную массу прибыли, то требование надо субординировать. Если же контролирующее лицо скорее спасло кредиторов от убытков, то требование субординировать не следует. Однако взвешивание вероятностей все же представляется неверным путем, так как принятое решение заведомо будет иметь слабое доказательственное основание. Наверное, допустимо иметь такой способ решения конфликта «про запас» на случай каких-то экстраординарных ситуаций, помня при этом, что тогда необходимо будет учитывать соотношение вероятностей при определении суммы требования, которая будет понижаться.

Если исходить из того, что субординировать необходимо не все требование, а только его часть, соответствующую размеру прибыли, возможности получения которой аффилированное лицо лишило конкурсную массу, то возникает вопрос о том, как эту прибыль определить. Сделать это можно было бы двумя способами: аффилированное лицо могло бы самостоятельно раскрыть свои затраты на производство услуги и представить суду соответствующие документы либо приблизительную оценку вероятного размера маржи производителя услуги могла бы дать судебная экспертиза.

Анализ судебной практики показывает, что основные выгодоприобретатели субординации текущих требований и те, кто активно продвигает эту концепцию (банки, Агентство по страхованию вкладов (АСВ)), стремятся установить подход, при котором достаточным критерием субординации была бы аффилированность текущего кредитора с должником. Должен ли вести к безусловной субординации текущих требований лишь сам по себе факт аффилированности должника и кредитора по текущему обязательству? Этот подход представляется в корне неверным.

Во-первых, вполне мыслимы ситуации, при которых возникновение текущего требования в принципе не обусловлено какими-то решениями со стороны связанного с должником лица

(как, например, в деле № А40-272086/2018^❶, когда текущим являлось требование управляющей компании об оплате своих услуг по управлению общедомовым имуществом в многоквартирном доме, в котором были расположены квартиры должника. Будучи избранной на общем собрании собственников задолго до банкротства должника, управляющая компания продолжала обслуживать дом, а значит, и оказывать услуги должнику в период банкротства последнего и избирательно прекратить эти отношения с должником не могла. Продолжение обслуживания дома при этом нельзя рассматривать как некое решение в отношении должника, которое должно подвергаться судебной оценке на предмет соблюдения прав и законных интересов конкурсных кредиторов должника).

Во-вторых, исполнение текущего требования может не причинять имущественного вреда конкурсным кредиторам. Так, например, по делу № А56-19962/2017^❷ суды трех инстанций субординировали текущее требование из договора займа, предоставленного аффилированным лицом должнику после возбуждения дела о банкротстве. Заем был предоставлен для того, чтобы должник смог исполнить обязательство по внесению депозита своему контрагенту и участвовать в исполнении государственного контракта. Исполнение не состоялось, и депозит был возвращен должнику. Займодавец в порядке погашения текущего требования претендовал на возврат займа, что могло быть осуществлено за счет возврата депозита контрагентом должника. Из материалов данного дела не усматривается, в чем состоял ущерб конкурсных кредиторов от подобного временного финансирования, ведь если бы договор займа не был заключен, то в конкурсную массу не попали бы денежные средства в результате возврата депозита. Иными словами, погашение текущего требования приводило бы к тому же положению, в котором конкурсные кредиторы находились бы, если бы заем не был предоставлен.

Представляется, что Верховный Суд РФ обратил внимание на странность того, что субординация применяется формально лишь на том основании, что займодавец является аффилированным

❶ См. Постановление АС Московского округа от 24 ноября 2021 г. по делу № А40-272086/18.

❷ См. Постановление АС Северо-Западного округа от 24 мая 2021 г. по делу № А56-19962/2017.



лицом должника, и не определяется, наносит ли исполнение текущего требования ущерб конкурсным кредиторам. Дело было истребовано (№ 307-ЭС20-5902(19)) и длительное время находилось на рассмотрении судьи Верховного Суда РФ, председатель Коллегии даже продлевал срок рассмотрения кассационной жалобы. Тем не менее в итоге в передаче жалобы в Коллегию было отказано. Примечательно, что о таком юридически значимом обстоятельстве, как взыскание с контрагента должника суммы, предоставленной в качестве депозита (т.е. фактически о том, что должник вернул себе депозит), можно узнать только из определения Верховного Суда РФ. Нижестоящие суды судьба займа не интересовала.

Представляется, что решение аффилированного лица о вступлении с должником в правоотношение, из которого вытекает текущее требование, должно оцениваться с точки зрения

добросовестности и причинения вреда конкурсным кредиторам. В противном случае тотальная субординация текущих требований аффилированных лиц приведет к тому, что контролирующие лица вообще не будут вступать с должником в отношения после начала банкротства, понимая перспективу полной утраты своих вложений. Такой фактический запрет на инвестиции контролирующих лиц в должника, которые могут помочь минимизировать последствия банкротства должника для его кредиторов, работников и контрагентов, будет способствовать увеличению ущерба для экономики от банкротств компаний, и допускать этого не следует.

UPDATE

Верховный Суд РФ разрешил дело «СкладЛогистик» 10 февраля 2022 г. ^❶ СКЭС категорически отвергла возможность субординации текущих требований как противоречащую ранее сформулированным ВС РФ правилам субординации. Вместе с тем Коллегия ввела специальный режим распределения текущей задолженности перед аффилированным кредитором. По мнению Коллегии, выплаты не должны производиться в полном объеме, если должник в преддверии банкротства перевел свой бизнес (в данном случае складской) на аффилированную компанию с целью передавать ей суммы, получаемые от заказчика. Согласно сформулированным Коллегией правилам (1) выручка, полученная от заказчика, обособляется на счетах должника, и из нее производятся прямые выплаты контрагентам аффилированной компании, задействованным в исполнении соответствующих обязательств компании, а (2) выплаты аффилированным лицам должника корректируются с учетом справедливой нормы их прибыли. Коллегия характеризует этот подход как частичную «консолидацию» активов и пассивов группы компаний. Он более сложен, чем прямолинейная субординация текущих требований, но, по-видимому, потенциально позволяет добиться более справедливых результатов.

^❶ Определение СКЭС ВС РФ от 10 февраля 2022 г. № 305-ЭС21-14470(1, 2) по делу № А40-101073/2019.