



АДВОКАТСКОЕ
БЮРО

ЕГОРОВ
ПУГИНСКИЙ
АФАНАСЬЕВ
И ПАРТНЕРЫ



#ЕРАМОНLINE: Адвокаты ЕПАМ рассказали о рисках для акционеров и возможностях для независимых кредиторов в связи с практикой субординации требований в банкротстве

24 сентября 2020 года в Адвокатском бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» прошла онлайн-дискуссия «Субординация требований в банкротстве: риски для акционеров и возможности для независимых кредиторов». Управляющий партнер Санкт-Петербургского офиса Иван Смирнов, старшие юристы Сергей Королев и Александра Стельмах и юрист Андрей Есманский разобрали обзор судебной практики Президиума Верховного Суда РФ, посвященный вопросам субординации требований контролирующих кредиторов. Адвокаты рассказали о новых решениях проблем участия контролирующих лиц в делах о несостоятельности, в каких случаях независимые кредиторы могут лишиться аффилированных с должником лиц контроля над процедурой, а также разъяснили, какие риски новая практика создает для акционеров, предоставивших своим компаниям заемное финансирование.

Последние тренды

Правительство одобрило продление моратория на банкротство до начала января для компаний из наиболее пострадавших от пандемии отраслей. «По истечении срока действия моратория количество делкратно возрастет. Конкуренция между кредиторами и должниками за контроль над банкротством усилится», - отметил **Иван Смирнов**.

Активно совершенствуется правоприменительная практика в части установления контроля над банкротством со стороны назначаемых СРО и арбитражного управляющего, определения аффилированных лиц, контролирующего должника лица и контролируемой задолженности, а также привлечения к субсидиарной ответственности.

Субординация требований – новый институт, предложенный правоприменительной практикой – позволяет судам любые отношения внутри группы компаний, аффилированных или контролирующих должника лиц признавать корпоративными, тем самым понижая права требования таких лиц в очередности удовлетворения перед другими кредиторами. Что экономически приводит к невозможности удовлетворения таких прав требований и ограничению в правах, за исключением процессуальных. Благодаря этому институту аффилированного кредитора можно понизить в реестре по сути до статуса участника. «Очевидно, что после выбора арбитражного управляющего через назначенное СРО кредиторы и должники будут противоборствовать друг другу именно в этой части», - подчеркнул Иван Смирнов.

«С учетом сложившейся практики и аффилированным лицам, и независимым кредиторам нужно задуматься, как выстраивать свою работу», - продолжил **Сергей Королев**. Можно выделить три ситуации, распространяющиеся на аффилированных лиц в банкротстве. Первая – это когда есть какие-либо сомнения в том, что у аффилированного лица и должника были реальные хозяйственные отношения. В таком случае требования аффилированного лица не включают в реестр. Чтобы этому

противостоять, необходимо представить в суд набор доказательств, подтверждающих хозяйственные отношения. Вторая ситуация - если реальные хозяйственные отношения и были подтверждены, высока вероятность, что требования аффилированного лица субординируют. И если юридически это означает, что компания будет участвовать в банкротстве, то с экономической точки зрения это очень близко к отказу о включении в реестр. В третьем случае возможно полноценное включение в реестр, если доказано реальное и добросовестное ведение хозяйственных отношений, а также нет критериев для субординации.

Эти правила применяются в отношении следующих лиц: контролирующее должника лицо, связанные между собой лица, в совокупности контролирующие должника (если только они не докажут, что их поведение не являлось скоординированным), кредитор, контролируемый тем же лицом, что и должник, а также дочернее общество.

Полный отказ во включении в реестр

Обзор рассматривает две распространенные ситуации, **когда во включении требований в реестр отказывают в полном объеме**. Например, если должник получил деньги, но перевел их другому лицу, входящему в тот же холдинг. Суд такую операцию, вероятнее всего, признает мнимой и не включит долг в реестр. Другой распространенный случай, когда по документам должнику поставили товар, но у добросовестных кредиторов возникают сомнения в реальности поставки и ценообразовании. Если сомнения не устранены, то во включении таких требований полностью отказывают.

«Если добросовестный контрагент хочет включить свои требования в реестр и видит подозрительные требования, следует вооружиться новыми правилами. Самое главное – доказать аффилированность, это та отправная точка, когда бремя доказывания перекладывается на недобросовестного должника», - рекомендовал Сергей Королев.

Основания для субординации

«**Обзор выделяет три основания для субординации**: предоставление должнику финансирования контролирующим должника и аффилированными с ним лицами в ситуации, когда он находится в состоянии имущественного кризиса, изначальное предоставление должнику недостаточного капитала для ведения деятельности и субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц», - перечислила **Александра Стельмах**.

Правоприменитель исходит из принципа добросовестности должника, который должен при наличии первых признаков банкротства заявить о собственном банкротстве. В предбанкротной ситуации контролирующему должника лицу не следует спасать свою компанию путем предоставления займов или другими способами скрытого финансирования, поскольку при последующем банкротстве должника, такое финансирование станет нереестровым благодаря институту субординации. «Используя аналогию медицинской практики, правоприменитель через механизм субординации предлагает больному не заниматься самолечением с сокрытием от окружающих факта своей болезни, а официально признаться о болезни, чтобы предотвратить как дальнейшее ухудшение здоровья больного, так и возможное заражение других», - привел пример Иван Смирнов.

Правоприменитель требует от должника сразу заявить своим контрагентам, что он находится в экономическом кризисе и существует серьезный риск невыполнения обязательств. «Таким образом, если у контролирующего лица должника есть финансовая возможность сохранить хозяйственную деятельность должника, то самый безопасный вариант - это инициировать процедуру банкротства и в рамках переговоров с конкурсными кредиторами заключить мировое соглашение», - рекомендовал адвокат.

«При этом следует помнить, что любые сомнения в том, что должник был в хорошем финансовом состоянии толкуется в пользу независимых кредиторов, и при наличии

таких сомнений требования аффилированных лиц должны понижаться», - отметила Александра.

Какие требования могут быть понижены в очередности

«Предоставление денежных средств или иного имущества, отсрочка или рассрочка платежа по договору поставки, аренды, подряда и др., обеспечительные сделки, например, поручительство за должника, приобретение требований независимых кредиторов, иное исполнение обязательства за должника, - все это разновидности компенсационного финансирования», - перечислила Александра Стельмах. Спикер отметила один из неочевидных случаев – **непринятие мер по взысканию дебиторской задолженности**. Александра привела пример из практики, когда аффилированное лицо сдавало в аренду имущество и не взыскивало арендную плату в течение 3 лет. Эта ситуация может быть рассмотрена как предоставление финансирования и отдаление обращения с заявлением о банкротстве общества.

Еще один распространенный случай финансирования - когда при учреждении общества ему устанавливают минимальный уставный капитал, а все финансирование бизнеса проводится через займы. Таким образом, учредитель берет на себя минимальные риски и фактически перекладывает их на будущих кредиторов. В этом случае требования субординируются, отметил юрист.

При привлечении аффилированного лица к субсидиарной ответственности требования также могут быть понижены в очередности. Если вопрос о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности только рассматривается, выплаты по его требованию приостанавливаются, а соответствующие суммы резервируются до момента принятия определения о привлечении к субсидиарной ответственности. В этом случае Андрей рекомендовал принимать обеспечительные меры в виде запрета на расчеты с контролирующим должника лицом. Если контролирующее должника лицо уже привлечено к ответственности, то причитавшаяся ему сумма распределяется между остальными кредиторами, после чего определяется размер субсидиарной ответственности.

«В случае если аффилированный кредитор покупает требования независимого кредитора для контроля над процедурой, требования становятся «плохими» и должны субординироваться, т.к. это – скрытая форма отсрочки банкротства. В противоположной ситуации, когда независимый кредитор покупает требования у аффилированного кредитора, требование также должно субординироваться, т.к. природа долга не поменялась», - обратил внимание Сергей Королев.

Договор покрытия

Понятие договора покрытия – еще одна новелла, которую ввел обзор. Договор покрытия представляет собой соглашение о предоставлении должнику компенсации за изъятые из его оборота активы посредством осуществления аффилированным лицом платежа в пользу внешнего кредитора должника. «Предоставление возмещения по договору покрытия влечет отказ во включении требований в реестр», - предупредила Александра Стельмах.

Чтобы доказать отношения покрытия, необходимо прежде всего установить аффилированность должника и кредитора. Далее следует представить доказательства суду о том, что имело место перемещение денежных средств или иных активов внутри группы лиц, при этом активы были изъяты из имущественной массы должника ранее, в счет чего впоследствии он получил предоставление от аффилированного лица. Независимым кредиторам для доказывания следует истребовать банковские выписки должника и аффилированных лиц, договоры между должником и аффилированными лицами, акты взаимозачета, иные доказательства перераспределения активов внутри группы. «При этом стоимость неденежного предоставления может умышленно искажаться, в связи с чем может понадобиться проведение независимой оценки внутригрупповых предоставлений», - предостерегла юрист.

Рекомендации для защиты прав кредиторов

У кредиторов есть множество способов противостоять аффилированным лицам и добиваться исключения контролируемой задолженности из реестра. Любой кредитор, участвующий в деле о банкротстве может вступить в обособленный спор и заявить свое возражение независимо от суммы его требования. Но прежде чем в такие споры вступать, следует определить круг контролирующих должника и связанных с ними лиц для их мониторинга. Любое новое лицо следует проверять на предмет независимости или связи с должником и принимать участие в рассмотрении как их требований, так и требований правопреемников. «Во-первых, необходимо указывать на фиктивность долга и требовать доказательств его реальности. Во-вторых, если есть подозрение о внутригрупповом покрытии, истребовать информацию о внутригрупповых расчетах. В-третьих, если долг реальный, то в таком случае можно добиваться, чтобы он не был включен в третью очередь. Поможет доказывание, что заем был предоставлен в состоянии имущественного кризиса должника. В-четвертых, проверять обстоятельства финансирования должника в начальный период его деятельности. И наконец, если есть основания субсидиарной ответственности, требовать введения обеспечительных мер», - резюмировал **Андрей Есманский**.

Риски для акционеров и холдинговых структур

С учетом новых разъяснений **все формы финансирования внутри холдинговых структур находятся под угрозой**. Во-первых, есть угроза потери денег, на которые материнская компания рассчитывала в случае банкротства. Во-вторых, даже когда учреждается новое юридическое лицо в холдинговой структуре, нет определенности, какой размер уставного капитала будет адекватным для деятельности компании и какое заемное финансирование потребуется. Кроме того, когда у должника возникают проблемы, практику субординации можно рассматривать как дополнительное препятствие финансовому оздоровлению должника.

Среди рекомендаций при предоставлении финансирования Андрей Есманский выделил необходимость указывать в договоре займа цель финансирования и сохранять доказательства невозможности увеличения уставного капитала, привлечение финансирования из внешних источников, сбор доказательств, подтверждающих отсутствие имущественного кризиса должника на момент предоставления финансирования, заключение с мажоритарными кредиторами соглашения о санации должника. В случае если банкротство неизбежно, необходимо принимать меры по судебному взысканию задолженности.

В заключение дискуссии Иван Смирнов отметил, что закрепленные в обзоре оценочные критерии порождают множество спорных ситуаций, и в течение полугода-года будет наблюдаться консолидация практики и ее стабилизация в законе, который установит правила поведения на будущее. Правоприменение будет выстраиваться в рамках содержащихся в обзоре указаний, которые уже сейчас порождает ломку устоявшихся подходов и принципов презумпции.

КОНТАКТЫ

pr_spb@epam.ru

+7 812 322 96 81

Алина Зорьева

Руководитель отдела стратегических коммуникаций