

СУБОРДИНАЦИЯ ТРЕБОВАНИЙ АФФИЛИРОВАННЫХ С ДОЛЖНИКОМ КРЕДИТОРОВ В КОНКУРСНОМ ПРАВЕ РОССИИ: ГЕНЕЗИС И РАЗВИТИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аннотация: В настоящей статье рассмотрены вопросы возникновения и развития доктрины субординации (понижения очередности удовлетворения) требований аффилированных с должником кредиторов в судебной практике и правовой науке Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки. Кроме того, анализируется правоприменительная практика субординации требований аффилированных с должником кредиторов Правительствующего Сената Российской Империи.

Ключевые слова: несостоятельность (банкротство), реестр требований кредиторов, аффилированность, стандарт поведения, стандарт доказывания, субординация требований кредиторов.

SUBORDINATION OF CLAIMS OF CREDITORS AFFILIATED WITH THE DEBTOR IN THE BANKRUPTCY LAW OF RUSSIA: GENESIS AND DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION AND ENFORCEMENT

Abstract: This article discusses the emergence and development of the doctrine of subordination (lowering the priority of satisfaction) of creditors' claims affiliated with the debtor in judicial practice and legal science of the Russian Federation and the United States of America. Moreover, the article analyzes the law enforcement practice of subordination of the Governing Senate of the Russian Empire.

Key words: insolvency (bankruptcy), register of creditors claims, affiliation, standard of conduct, standard of proof, subordination of creditors' claims.

Одной из наиболее ключевых проблем российского конкурсного права, оказывающих существенное влияние на гражданский оборот и обсуждаемых в профессиональном и научном юридическом сообществе, считается вопрос о доказывании обоснованности требований кредиторов к должнику в рамках дела о несостоятельности (банкротстве)². Несмотря на отсутствие категории «стандарт доказывания» в позитивном отечественном праве, Верховный Суд

¹ Кузнецов Александр Сергеевич, Студент магистратуры ФГБОУ ВО «Курский государственный университет» по направлению подготовки 40.04.01 «Юриспруденция», профиль. «Юрист в сфере экономического правосудия», -e-mail: aleksandr.kuznetsoff1998@gmail.com

² Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 8. С. 130-131; Подольский Ю.Д. Обособленные споры в делах о несостоятельности (банкротстве): Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2018. С. 159-162.

Российской Федерации активно использует данный термин в своей судебной практике при рассмотрении данной категории споров, фактически реципируя правоприменительный опыт англо-саксонской правовой семьи³.

Однако, как справедливо указывает судья Разумов И.В., на текущий момент существующее правовое регулирование не позволяет положительно сделать выводы о том, какой стандарт доказывания должен применяться в отношении аффилированных и контролирующих лиц должника при споре об установлении обоснованности и правомерности их требований к должнику, что влечет возникновение неопределенности по политико-правовому вопросу о наличии или отсутствии потенциальной возможности компенсационного финансирования экономической деятельности должника указанными лицами в условиях финансово-экономического кризиса⁴.

Таким образом, судья Разумов И.В., один из отцов-основателей теории фактической аффилированности в правоприменительной практике Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, абсолютно обоснованно обратил внимание научно-практического правового сообщества на ключевую проблему нашего правопорядка: отсутствие ясного и нормативно определенного стандарта поведения участников гражданского оборота в условиях имущественного кризиса и потенциального банкротства.

Зарубежные правопорядки далеко не однозначны в правовом подходе к определению возможности кредитования как на льготных, так и на рыночных условиях субъекта экономической деятельности, находящегося фактически в состоянии объективного банкротства, контролирующими его лицами либо же аффилированными с ним лицами: в частности, конкурсное законодательство Германии и Испании придерживается позиции о безусловном понижении в очередности удовлетворения требований таких кредиторов к должнику, в то время как в странах общего права (*common law*) законодатели поддерживают противоположный подход, направленный на определение воли кредиторов и должника и реальных финансовых возможностей сторон правоотношений на момент возникновения спорных обязательств, без применения презумпции о порочном характере их договорных отношений⁵.

Следует отметить, что настоящая проблематика не является новой для российского правопорядка. Шершеневич Г.Ф., основатель теории конкурсного права Российской Империи, рассуждая о природе правоотношений должника

³ Соболева М.Ю. Стандарты доказывания в гражданском и арбитражном процессах Российской Федерации // Вопросы российской юстиции. 2019. № 3. С. 1119; Сердитова А.В. Повышенные стандарты доказывания при включении требований в реестр требований кредиторов. Анализ судебной практики // Вопросы российской юстиции. 2020. № 7. С. 627-628.

⁴ Разумов И.А. Институт банкротства экономически неэффективен // Закон. 2020. № 9. С. 14-16.

⁵ Алоян А.Э. Проблемы имплементации доктрины *recharacterization* в российскую правовую систему // Вестник гражданского права. 2017. № 6. С. 221-240; Галкин С.С. К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2018. № 3. С. 45-51.

и конкурсных кредиторов в условиях дела о несостоятельности, справедливо отметил, что рыночные (кредитные) отношения основаны, прежде всего, на доверии между участниками гражданского оборота, в силу чего любые иные действия должника и связанных с ним лиц, направленные на неправомерное формирование фиктивного долга во вред целям конкурса, в конечном итоге дестабилизируют деловой оборот, подрывая доверие участников рынка друг к другу⁶.

Анализируя вышеизложенные доктринальные источники конкурсного права, невозможно не отметить очевидную преемственность анализируемой нами проблематики в отечественной правовой традиции. Схожесть правовой мысли Разумова И.В. и Шершеневича Г.Ф., разделенных между собой веками развития общественных отношений, дополнительно актуализирует политико-правовую проблему допуска связанных с должником кредиторов к участию в конкурсе наравне с независимыми кредиторами, привлекая к себе внимание юридического сообщества.

Учитывая наличие вышеуказанной правовой лакуны, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации пыталась преодолеть пробел правового регулирования в течение длительного периода времени с 2014 г. по 2019 г. путем казуального толкования совокупности положений ст. ст. 71, 100, 126 Федерального закона от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) в рамках отдельных дел о банкротстве⁷. Между тем данный способ разрешения рассматриваемой проблематики, избранный Верховным Судом РФ, вызвал неоднозначную реакцию юридического сообщества.

Неоднократно в отечественной цивилистической науке отмечалось, что казуальные разъяснения высшей судебной инстанции о применении по делам о банкротстве отдельных стандартов доказывания отличаются отсутствием не только терминологической ясности определений данных правовых терминов, но и правовой определенности в вопросе распределения бремени доказывания обоснованности требований⁸.

Научное юридическое сообщество обоснованно критически оценило внедрение Верховным Судом иерархической системы различных стандартов

⁶ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. Москва, 2003. С. 265, 531-536.

⁷ Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 4. С. 34-66; Смольников Д.И. Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. № 12. С. 199-205; Борисов А.А. Терновцов А.В. Поворот правоприменительной практики в вопросе субординированных обязательств в процедуре банкротства // Юрист в сфере экономического правосудия. 2017. № 1. С. 22-26.

⁸ Будылин С.Л. Стандарты доказывания в банкротстве По мотивам Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.06.2018 г. № 305-ЭС18-413 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 11. С. 130-158; Арапова Т.Ф., Будылин С.Л. Дело о транзитном должнике, или Верховный Суд о субординации требований в банкротстве. Комментарий к Определениям Судебной коллегии ВС РФ от 14.02.2019 г. № 305-ЭС18-17629, от 28.03.2019 г. № 305-ЭС18-17629 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 9. С. 4-24.

доказывания, значительно усложнившее применение и толкование положений законодательства и противоречащее опыту зарубежных стран, в том числе Великобритании и Соединенных Штатов Америки⁹.

Закономерно, что высшая судебная инстанция, руководствуясь вполне обоснованным желанием заполнить данный пробел правового регулирования, предприняла меры по дифференциации и терминологическому определению стандартов доказывания столь значимой для отечественного гражданского оборота категории дел на основании сформированной правоприменительной практики¹⁰. Безусловно, наиболее важным достижением в этом направлении следует считать принятие Верховным Судом РФ обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (далее – Обзор судебной практики от 29.01.2020 г., Обзор)¹¹.

Правовые позиции высшей судебной инстанции, изложенные в данном Обзоре судебной практики от 29.01.2020 г., вызвали значительную дискуссию в научном и профессиональном юридическом сообществе, связанную с рядом вопросов как о порядке применения судами в правоприменительной практике стандартов доказывания, так и о политико-правовых причинах использования указанных стандартов доказывания обоснованности требований кредиторов к несостоятельному должнику¹².

Однако невозможно отрицать достоинства указанного Обзора судебной практики, прежде всего, выраженные в обобщении многолетнего казуального правоприменительного опыта Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации и арбитражных судов кассационных и апелляционных инстанций посредством абстрактных разъяснений. Вместе с тем Президиум Верховного Суда РФ, очевидно, осознавая экономическое значение института несостоятельности для субъектов гражданского оборота,

⁹ Сафонов А.В. Справедливая очередь кредиторов. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.07.2018 N 310-ЭС17-20671 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 14-21; Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 8. С. 129-165

¹⁰ Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследования // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2019. № 5 (63). С. 64-65.

¹¹ 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 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 7. Июль. 2020.

¹² Кручинина Н.В., Воробьева Я.А. Правовая природа дохода, получаемого от участия в хозяйственном обществе // Российская юстиция. 2020. № 12. С. 8-11; Шайдуллин А.И. Особенности участия связанных с должником кредиторов в процедурах банкротства // Закон. 2020. № 9. С. 53-65; Суворов Е.Д. Принцип равенства кредиторов как инструмент выявления злоупотреблений в банкротстве: равное равным, различное различным // Закон. 2020. № 9. С. 39-52; Коловоротная С.Н., Лукьянова М.А. Правовые риски кредитора при синдицированном кредитовании по российскому праву // Банковское право. 2020. № 2. С. 45-53.

усовершенствовал правовые подходы, сформированные в судебной практике, по установлению обоснованности требований аффилированных с должником лиц.

В частности, среди особенностей данного Обзора судебной практики следует выделить указание высшей судебной инстанцией целого ряда новых понятий, позитивно не закрепленных в ст. 2 Закона о банкротстве, в том числе «ситуация имущественного кризиса», «компенсационное финансирование», «перераспределение риска на случай банкротства», ранее не используемые в правоприменительной практике высшей судебной инстанции¹³.

При этом, используя данные термины, Президиум Верховного Суда РФ ориентирует нижестоящие арбитражные суды на расширительное толкование Закона о банкротстве, предполагая присутствие в содержании анализируемых норм действующего законодательства качественных характеристик понятий, сформулированных в Обзоре судебной практики от 29.01.2020 г.

Так, в качестве дефиниции понятия «имущественный кризис» в п. 3.1 указанного Обзора высшая судебная инстанция ссылается на п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, разъясняя, что при наличии любого из обстоятельств, которые поименованы в данном пункте, считается, что должник находится в трудном экономическом положении, то есть имущественном кризисе.

Аналогичный подход наблюдается при разъяснении Обзором судебной практики от 29.01.2020 г. понятия «компенсационное финансирование» путем расширительного толкования п. п. 1, 2 ст. 9 Закона о банкротстве и указания на противоречащее смыслу Закона о банкротстве поведение контролирующего лица по предоставлению финансирования должнику при наличии признаков состояния имущественного кризиса последнего.

Из анализа изложенных разъяснений п. 3.1 Обзора судебной практики от 29.01.2020 г. следует, что высшая судебная инстанция не только пытается адаптировать нормы действующего законодательства о несостоятельности к усложнившимся и развивающимся условиям гражданского оборота, но также и сохраняет разумную дискрецию суда при установлении наличия признаков компенсационного финансирования или имущественного кризиса должника в зависимости от фактических обстоятельств соответствующих споров.

Избранный Верховным Судом Российской Федерации при составлении анализируемого Обзора правовой подход к толкованию и применению права во взаимозависимости с развивающимися общественными отношениями явно вытекает из концепции живого права, разработанной судьей Верховного Суда Соединенных Штатов Америки и ученым-правоведом О.У. Холмсом.

Как справедливо указывал О.У. Холмс, право перманентно пребывает в состоянии изменения под влиянием усложнения общественной жизни, вместе с тем сохраняя приверженность основополагающим принципам, в том числе необходимости сохранения определенности правового регулирования¹⁴.

¹³ Будылин С.Л. Все ли кредиторы равны? // URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/vse-li-kreditory-ravny>.

¹⁴ Holmes O. W. The Common Law (Toronto: University of Toronto Law School). 2011. P. 32

Рассматриваемый подход воспринят в правоприменительной практике судов Соединенных Штатов Америки и Великобритании, послужив основой для разработки института стандартов доказывания (*burden of proof*).

Ronald J. Allen, профессор права Северо-Западного исследовательского университета, и Alex Stein, судья Верховного Суда Израиля, отмечают, что вслед за развивающимися общественными отношениями вполне закономерно достаточно динамично изменяются нормы позитивного права¹⁵.

Ввиду вышеизложенного особое значение в настоящий период времени приобретают судебное правоприменение и правотворчество, призванные как адаптировать положения законодательства к общественным отношениям, так и сохранить принципиальные исторические основы права, стабилизирующие и направляющие развитие общества¹⁶.

Данные выводы поддерживает Richard A. Posner, судья Апелляционного суда Седьмого округа Соединенных Штатов Америки в отставке и основатель теории экономического анализа права, указывающий на непосредственную и взаимообусловленную связь развития экономических отношений и изменений норм права, применение и толкование которых судами должно основываться на цели стимулирования экономически рационального поведения посредством установления определенных процессуальных стандартов доказывания фактов при рассмотрении гражданско-правовых и уголовно-правовых споров¹⁷.

Развивая вышеизложенные теоретико-юридические положения, Gideon Parchomovsky, профессор права Пенсильванского университета, полагает, что доказательственное право, формулируемое и развиваемое в правотворческой деятельности судов Соединенных Штатов Америки, должно быть направлено на формирование экономически оптимального стандарта разумного поведения сторон судебного разбирательства¹⁸.

С учетом общего мнения научного и профессионального юридического сообщества, мы полагаем, что такие оценочные понятия как «имущественный кризис», «компенсационное финансирование», изложенные в Обзоре судебной практики от 29.01.2020 г., разработаны Президиумом Верховного Суда РФ на основании положений доктрины общего права, в полной мере раскрывающей цели избранного правового подхода высшей судебной инстанции.

В частности, следует говорить о явственном желании Верховного Суда сформировать ориентиры добросовестного и разумного поведения участников российского гражданского оборота в условиях нестабильной и неустойчивой экономической ситуации, весьма обостряющей конкуренцию хозяйствующих субъектов в их стремлении защитить свои законные интересы.

¹⁵ Ronald J. Allen, Alex Stein. Evidence, Probability, and the Burden of Proof // Arizona Law Review, Vol. 54. 2013. P. 579-581.

¹⁶ Там же. P. 582-584.

¹⁷ Richard A. Posner. An Economic Approach to the Law of Evidence. J. John M. Olin Law & Economics Working Paper. № 66. 1999. P. 2-4.

¹⁸ Gideon Parchomovsky, Alex Stein. The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior // Harvard Law Review. № 518. 2010. 542-547.

Неоднократно в правоприменительной практике Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации отмечалось, что единственным и основополагающим законным интересом кредиторов в процедуре банкротства должника является наиболее полное удовлетворение заявленных денежных требований в реестр требований кредиторов¹⁹.

Данная правовая позиция также получила свое закрепление в п. п. 1, 2, 3.1, 12 рассматриваемого Обзора судебной практики от 29.01.2020 г.

В отношении законного интереса контролирурующих должника лиц либо аффилированных с ним лиц высшая судебная инстанция указала в п. 2 Обзора судебной практики от 29.01.2020 г., что само по себе предоставление данными лицами дополнительного финансирования должнику посредством займа или иного допустимого действующим законодательством способа инвестирования в отсутствие признаков наступления имущественного кризиса экономической деятельности последнего не следует считать неправомерным.

Развивая вышеизложенную мысль, Президиум Верховного Суда также разъясняет, что финансирование должно осуществляться контролирующими должника или аффилированными с ним лицами добросовестно и разумно, то есть не должно быть направлено на уклонение от исполнения обязанности по подаче в арбитражный суд заявления о банкротстве должника, закрепленной положениями п. п. 1, 3.1 ст. 9 Закона о банкротстве.

При этом в п. п. 3.1, 3.2., 3.3 вышеуказанного Обзора высшая судебная инстанция справедливо отмечает, что в случае отклонения контролирующих должника лиц и аффилированных с ним лиц от данного стандарта поведения посредством предоставления финансирования должнику, пребывающему уже в состоянии кризиса, вытекающие из такой сделки требования не могут конкурировать и противопоставляться наравне с требованиями независимых кредиторов, заинтересованных лишь в наиболее полном удовлетворении их требований.

В случае наличия обоснованных сомнений независимых кредиторов в реальности правоотношений между должником и контролирующим его лицом или аффилированным с ним лицом Верховным Судом Российской Федерации установлено требование раскрытия данными лицами экономического смысла сделки, требования по которой заявлены к включению в реестр требований кредиторов несостоятельного должника, согласно п. п. 4, 5 Обзора судебной практики от 29.01.2020 г.

Таким образом, Обзором судебной практики от 29.01.2020 г. достаточно ясно разъяснен стандарт надлежащего поведения участников отечественного гражданского оборота как кредиторов несостоятельного должника, который, в сущности, требует от хозяйствующих субъектов совершение экономически и юридически рациональных действий в условиях имущественного кризиса.

¹⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 16.06.2016 г. №302-ЭС16-2049 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 15.08.2016 г. №308-ЭС16-4658 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда РФ от 25.01.2017 г. №305-ЭС16-15945 // СПС «КонсультантПлюс».

При этом высшая судебная инстанция неоднократно обращала внимание на взаимосвязанность и взаимообусловленность надлежащего рационального экономического поведения должника и кредитора в рамках обязательственных правоотношений и обоснованностью требований последнего к первому в ходе споров об установлении требований в деле о банкротстве²⁰.

Вышеуказанный стандарт добросовестного поведения, в свою очередь, реализуется, в том числе, посредством формирования стандартов доказывания обоснованности требований субъектов экономической деятельности в деле о несостоятельности (банкротстве).

Рассматривая вопрос о понятии и характеристиках термина «стандарт доказывания», Карапетов А.Г. на основании сравнительно-правового анализа законодательства, юридической и судебной доктрины Соединенных Штатов Америки и Великобритании приходит к выводу о том, что в странах общего права под стандартом доказывания понимается определенная минимальная степень субъективной уверенности судьи в истинности спорного факта, при котором возложенное на сторону бремя доказывания является выполненным, а фактическое обстоятельство – доказанным²¹.

В целях наиболее полного исследования определения данного термина в российском конкурсном праве, представляется целесообразным установить хронологию возникновения и развития категории стандартов доказывания в правоприменительной практике Верховного Суда Российской Федерации.

Первоначально идея о повышенном стандарте доказывания требований кредиторов к должнику в делах о банкротстве была выражена Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в его постановлении от 30.11.2010 г. № 10254/10²².

В рамках вышеуказанного судебного акта высшая судебная инстанция впервые в отечественной правоприменительной практике отметила, что при наличии хотя бы даже косвенных признаков, позволяющих квалифицировать договорные отношения кредитора и должника как корпоративные, подобного рода сделка должна рассматриваться судами как ничтожная по смыслу ст. 10 ГК РФ, будучи направленной на неправомерное преодоление установленного законом баланса интересов и имущественных прав кредиторов.

Более того, особенно примечательным является тот факт, что Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в ходе рассмотрения данного дела отдельно установил юридически значимое обстоятельство, впоследствии, как мы увидим из анализа развития данной правовой позиции, ставшего основой

²⁰ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.05.2017 г. № 306-ЭС16-20056 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 11.09.2017 г. № 301-ЭС17-4784 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда РФ от 13.07.2018 г. № 308-ЭС18-2197 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследования // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2019. № 5 (63). 2019. С. 10.

²² Постановление Президиума ВАС РФ от 30.11.2010 г. № 10254/10 // СПС «КонсультантПлюс».

подхода арбитражных судов и высшей инстанции к определению реальности правоотношений кредитора и должника:

- получение должником какой-либо имущественной или иной выгоды от заключения спорной сделки.

В данной части нельзя не отметить, что во многом схожие разъяснения имели место в правоприменительной практике Правительствующего Сената, который в рамках решений Гражданского кассационного департамента 1910 г. № 11069, 1884 г. № 698, 1888 г. № 1862 сформулировал основополагающий критерий сомнительности кредиторской задолженности применительно к ст. 489 Устава торгового судопроизводства Российской Империи:

- обязательства должника перед кредитором должны подтверждаться не только оформленной в соответствии с требованиями законодательства договорной и первичной документацией, но и вытекать из существа обычной хозяйственной деятельности несостоятельного²³.

Указанная историческая закономерность явственно подтверждает как обоснованность, так и объективную необходимость оценки экономической деятельности должника в деле о банкротстве при проверке правомерности и установлении требований кредиторов в реестре требований кредиторов.

Формальный подход к оценке доказательств реальности договорных правоотношений несостоятельного и кредиторов, в отсутствие надлежащего судебного исследования условий хозяйственной деятельности должника, был признан противоречащим смыслу, политико-правовому назначению и целям института банкротства в судебной практике Правительствующего Сената.

Так, из решений Гражданского кассационного департамента 1898 г. № 67, 1880 г. № 273 следует, что кредитор в рамках процедуры проверки конкурсным управлением, судом обоснованности и законности его претензий к должнику должен представить доказательства его собственной финансовой состоятельности в подтверждение реальной экономической возможности со стороны кредитора исполнить в исследуемый период времени обязательства перед должником (например, свидетельствующие о возможности кредитора предоставить заемные денежные средства на крупную сумму должнику)²⁴.

Изложенная правовая позиция Правительствующего Сената по вопросу установления обоснованности денежных притязаний кредитора к должнику во многом воспроизведена в разъяснениях Высшего Арбитражного Суда РФ, но более систематизированной и актуальной применительно к современным общественным отношениям форме.

В частности, п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» предписывает судам вне зависимости от наличия разногласий

²³ Добровольский А.А., Завадский С.В., Свидерский В.Н. Свод общеимперских законоположений о торговой и неторговой несостоятельности и об администрациях (т. X. ч. 1, т. XI ч. 2, т. XII ч. 1, т. XV и т. XVI ч. 1 и 2 по последним изданиям и продолжениям Свода законов по новейшим узаконениям). Санкт-Петербург, 1914. С. 223-224.

²⁴ Там же. С. 224-226; Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 373-379.

относительно заявленных к рассмотрению требований кредиторов разрешать вопрос их обоснованности в общем порядке, установленном п. п. 3 – 5 ст. 71, п. 3 – 5 ст. 100 Закона о банкротстве²⁵.

В рамках указанного пункта высшая судебная инстанция отметила, что при установлении требований кредиторов в деле о банкротстве судам следует исходить из того, что установленными могут быть признаны исключительно требования, в отношении которых представлены достаточные доказательства наличия и размера задолженности.

В силу вышеизложенного абз. абз. 2 – 3 п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» установлено, что признание со стороны должника долга или обстоятельств, на которые ссылается данный кредитор, не имеют правового значения и должны устанавливаться судом на основании совокупности доказательств и обстоятельств спора.

Дополнительно разъяснениями п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» отмечены первые наиболее общие методы определения реальности кредиторской задолженности:

1) установление объективной финансово-экономической возможности у кредитора исполнить перед должником спорное обязательство;

2) выявление реальности получения должником спорных товаров либо же заемных денежных средств;

3) определение использования должником в его обычной хозяйственной деятельности предоставленных кредитором по сделке товара или денежных средств;

4) отражение должником, кредитором получение этого имущество или товара, задолженности в бухгалтерской, налоговой и иной отчетности.

При этом, развивая правовой подход, установленный постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ 30.11.2010 г. № 10254/10, абз. 4 п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» указывает на возможность квалификации сделки кредитора и должника, при которой явно допущено злоупотребление правом, как ничтожной на основании ст. ст. 10, 168 ГК РФ, в том числе при рассмотрении требования, основанного на такой сделке²⁶.

Таким образом, на начальном этапе формирования указанной доктрины субординации требований аффилированных кредиторов с должником, исходя из изложенных разъяснений Высшего Арбитражного Суда РФ, превалировал подход, преимущественно направленный на полное недопущение включения

²⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶ Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».

в реестр требований кредиторов должника требований аффилированных лиц с должником.

Ученые-правоведы и практикующие юристы неоднократно отмечали, что данный подход фактически реализует объективное вменение, поскольку любые взаимные денежные обязательства должника и аффилированных с ним лиц будут рассматриваться судом как недобросовестные, направленные лишь на формирование подконтрольного контролирующим должника лицам права требования, позволяющего, в свою очередь, им осуществлять управление над ходом процедуры банкротства²⁷.

Анализируя практику применения указанных норм конкурсного права Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее по тексту – СКЭС ВС РФ) следует отметить следующее.

В течение периода 2014-2018 гг. наблюдалась тенденция, направленная на продолжение и развитие правового подхода, заложенного в практике ВАС РФ, объективной субординации требований аффилированных с должником лиц в реестре требований кредиторов.

В частности, в рамках определений Верховного Суда РФ от 06.08.2015 г. № 302-ЭС15-3973, от 15.06.2016 г. №308-ЭС16-1475, 06.07.2017 г. № 308-ЭС17-1556 высшая судебная инстанция акцентировала внимание на том, что в процессе по установлению обоснованности требований кредиторов в реестре требований кредиторов должника следует применять повышенный стандарт доказывания фактических обстоятельств обособленного спора²⁸.

Кредитору, в отношении требований которого заявлены возражения о фактической либо формально-юридической аффилированности с должником со стороны других участников дела о банкротстве, необходимо представить ясные и убедительные доказательства как обоснованности, так и законности предъявленных им имущественных притязаний к должнику.

Подобный кредитор должен раскрыть реальные экономические причины сделки с должником, на основании которой предъявлены требования в реестр требований кредиторов, и обосновать ее разумный и добросовестный смысл в условиях соответствия финансового состояния должника обстоятельствам и признакам неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества.

В случае признания соответствующих обязательств, вытекающими из факта участия кредитора в хозяйственном обществе – должнике, по смыслу

²⁷ Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) займов участников юридических лиц в Германии и Австрии // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 116 – 158; Суворов Е.Д. Требования связанных с должником лиц в деле о его банкротстве: от объективного к субъективному вменению // Вестник экономического правосудия. 2019. № 4. 130-161; Шайдуллин А.И. Модель понижения в очередности (субординации) займов участников юридических лиц в России: в поисках оптимального регулирования // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 10. С. 24 – 46;

²⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 06.08.2015 г. № 302-ЭС15-3973 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 15.06.2016 г. №308-ЭС16-1475 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 06.07.2017 г. № 308-ЭС17-1556 // СПС «КонсультантПлюс».

нормы абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве подобные требования не могут быть признаны в качестве обоснованных и правомерных, в силу чего не подлежат установлению и включению в реестр требований кредиторов должника.

Аналогичные разъяснения изложены в определениях СКЭС ВС РФ от 23.04.2018 г. № 305-ЭС17-6779 и от 04.06.2018 года № 305-ЭС18-413, исходя из смысла которых в процессе установления судом требований в реестре требований кредиторов при банкротстве должника должен использоваться повышенный стандарт доказывания «ясные и убедительные доказательства», которые требует доказывания как факта реальности долга, так и отсутствия у него корпоративной правовой природы²⁹.

При этом в случае наличия признаков аффилированности кредитора и должника высшая судебная инстанция предписывает использовать еще более повышенный стандарт доказывания – «вне разумных сомнений».

Как указал Верховный Суд, целью судебной проверки таких требований является исключение у суда любых разумных сомнений в наличии и размере долга, а также в его гражданско-правовой характеристике.

В случае несоблюдения установленного законодательством стандарта доказывания обоснованности заявленных кредиторов требований, реальность договорных правоотношений сторон должны быть воспринята критически с учетом позиции п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

Следует отметить, что сложившаяся судебная практика, действительно, подтверждает применение арбитражными судами правовых последствий при несоблюдении повышенного стандарта доказывания. В случае не устранения разумных сомнений, не предоставления убедительных и ясных доказательств в подтверждение реальности, обычного хозяйственного характера долга суды признают сделку ничтожной, хотя и без применения правовых последствий недействительности такой сделки³⁰.

Схожие разъяснения относительно правовой природы сомнительных долгов несостоятельного можно наблюдать также и в правоприменительной практике Правительствующего Сената Российской Империи, выраженной в решениях Гражданского кассационного департамента 1891 г. № 38, 1887 г. № 948, 1875 г. № 224³¹.

²⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2018 г. № 305-ЭС17-6779 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 04.06.2018 года № 305-ЭС18-413 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.10.2020 г. по делу № А40-193879/2018-71-246 Б // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.03.2020 г. по делу № А41-9762/2019 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.08.2019 г. по делу № А41-3432/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ Добровольский А.А., Завадский С.В., Свицерский В.Н. Свод общеимперских законоположений о торговой и неторговой несостоятельности и об администрациях (т. X. ч. 1, т. XI ч. 2, т. XII ч. 1, т. XV и т. XVI ч. 1 и 2 по последним изданиям и продолжениям Свода законов по новейшим узаконениям). Санкт-Петербург, 1914. С. 225.

В частности, дореволюционная высшая судебная инстанция обращала внимание нижестоящих судов на то, что признание притязаний и договорных правоотношений между кредитором и должником сомнительными по смыслу ст. ст. 490, 505 Устава торгового судопроизводства должно отождествляться с признанием соответствующей сделки и вытекающих из нее обязательств кредитора и должника недействительными.

Между тем, в развитие разъяснений п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» высшая судебная инстанция в исследуемый период установила стандарт доказывания мнимости договорных правоотношений должника и аффилированного с ним кредитора.

Исходя из определений Верховного Суда РФ от 28.12.2015 г. № 308-ЭС15-1607 и от 15.06.2016 г. № 308-ЭС16-1475, для признания сделки между должником и кредитором недействительной на основании ст. ст. 10 и 168 ГК РФ необходимо установить признаки злоупотребления правом не только со стороны должника, но и со стороны контрагента³².

Исключительно сама по себе аффилированность должника и кредитора не презюмирует недобросовестности сторон сделки, однако обстоятельства и поведение должника и кредитора должны оцениваться судами на основании разъяснений п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»³³.

Согласно абз. абз. 3, 4 п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», суды, оценивая действия сторон договора как добросовестные или недобросовестные, должны исходить из поведения, ожидаемого от обычного участника гражданского оборота, учитывающего имущественные права и интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.

В тоже время по общему правилу, закрепленному п. 5 ст. 10 ГК РФ, добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий презюмируется, пока не доказано иное.

Из анализа вышеизложенной правоприменительной практики высшей судебной инстанции и арбитражных судов по вопросу толкования ст. ст. 10, 168 ГК РФ применительно к признанию мнимыми договорных отношений должника и аффилированного с ним кредитора в ходе установления судами обоснованности требований последнего в реестре требований кредиторов, мы можем сделать вывод о попытках Верховного Суда сформулировать вполне

³² Определений Верховного Суда Российской Федерации от 28.12.2015 г. № 308-ЭС15-1607 // СПС «КонсультантПлюс».

³³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 140. 30.06.2015.

определенные правила о распределении бремени доказывания ничтожности денежных обязательств должника перед связанным с ним лицом.

В качестве основных признаков, свидетельствующих о нереальности и корпоративном характере денежных обязательств должника перед подобным связанным с ним кредитором, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ в рамках перечисленных судебных актов поименовала нижеследующие:

1) отсутствие разумного и добросовестного экономического смысла сделки между должником и аффилированным с ним кредитором (в частности, отсутствие маржинальности сделки, коммерческой выгоды от ее исполнения для должника и (или) подобного кредитора, недоступные или даже льготные условия договорных обязательств между должником и кредитором)

Данный критерий, очевидно, заимствован из разъяснений Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в его постановлении от 30.11.2010 г. № 10254/10 и является одним из ключевых для установления при проверке реальности договорных правоотношений сторон, что вытекает из сложившейся в настоящий момент судебной практики³⁴;

2) использование кредитором преимуществ корпоративного положения при заключении сделки с должником (например, в виде наличия недоступной иным лицам информации о финансовом состоянии должника, возможности осуществлять финансирование в условиях кризиса в обход корпоративных процедур по увеличению уставного капитала);

3) наличие умысла при заключении сделки между таким кредитором и должником на причинение вреда независимым кредиторам путем создания и поддержания крупной подконтрольной кредиторской задолженности в целях последующих инициации и осуществления управления над ходом процедуры банкротства (в том числе предъявление требований лишь в банкротном деле в отсутствие реализации конкурсным кредитором права на принудительное взыскание долга или обращение взыскания на предмет залога);

4) явно нерациональное и лишенное разумного экономического смысла поведение кредитора по отношению к должнику (в частности, осуществление полного исполнения обязательств перед должником в отсутствие встречного равноценного предоставления в пользу кредитора, отсутствие объективных и добросовестных действий кредитора по принудительному взысканию долга с дебитора в условиях существенной по времени просрочки исполнения таким должником своих обязательств);

5) участие кредитора в уставном капитале должника (применительно к анализируемым правоотношениям: как непосредственное участие кредитора в уставном капитале юридического лица — должника посредством наличия в

³⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 02.02.2021 г. № 305-ЭС20-22367 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 04.09.2019 г. № 305-ЭС19-11455 // СПС «КонсультантПлюс»; а также постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.10.2020 г. по делу № А40-193879/2018 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.02.2020 г. по делу № А41-32821/2017// СПС «КонсультантПлюс».

его собственности доли или акций должника, так и косвенное, определяемое исходя из наличия общих собственников долей, акций в уставных капиталах кредитора и должника, или бенефициарное, вытекающие из наличия у такого кредитора в его собственности доли, акций в уставном капитале материнской компании должника или группы компаний, в которую входит должника).

Указанные правоотношения в теории конкурсного права и ее судебной практике квалифицируются как фактическая аффилированность кредитора и должника, связанная со сложной, зачастую не транспарентной корпоративной структурой группы компаний как гражданско-правового сообщества, члены которого нередко скрывают наличие корпоративных правоотношений между друг другом³⁵;

б) транзитный характер обязательств должника и аффилированным с ним кредитором (транзитное движение денежных средств, оформленное договорами, может представлять собой сделку, совершенную лишь для вида, либо для прикрытия другой сделки без, намерения создать соответствующие ей правовые последствия, с целью введения в заблуждение окружающих относительно характера возникших между сторонами правоотношений, оформленное договорами транзитное перечисление денежных средств в случае, если оно не было связано с реальным несением кредитором расходов, может свидетельствовать о формальном характере перечислений, имеющих своей исключительной целью установление доминирующего контроля над процедурой банкротства)³⁶.

Таким образом, анализируемый период 2014-2018 гг. ознаменовался в правоприменительной практике Верховного Суда следующими явлениями:

1) формулирование и апробирование в судебной практике стандартов доказывания обоснованности требований кредиторов «ясные и убедительные доказательства», «вне разумных сомнений»;

2) дальнейшая детализация критериев сомнительности кредиторской задолженности;

3) недопущение установления и включения в реестр требований в деле о банкротстве должника требований корпоративного характера.

Между тем, в период 2018-2020 гг. рассматриваемая ранее тенденция и правовая позиция высшей судебной инстанции подверглись значительным, а по мнению ряда исследователей и вовсе радикальным изменениям³⁷.

³⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.05.2017 г. №306-ЭС16-20056 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 13.07.2018 г. №308-ЭС18-2197 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 г. № 677/10 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. № 9. Специальный выпуск. С. 8-15.

Правоприменительная практика Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в указанный период явно и недвусмысленно разъяснила арбитражным судам, что действующий Закон о банкротстве не содержит оснований для безусловного отказа во включении и установлении требований связанных с должником лиц в реестре требований кредиторов.

Впервые пересмотр ранее уже занятой высшей судебной инстанцией правовой позиции по вопросу субординации требований аффилированных с должником кредиторов затрагивался определениями Верховного Суда РФ от 12.02.2018 г. № 305-ЭС15-5734, от 21.02.2018 г. № 310-ЭС17-17994³⁸.

После достаточно продолжительного периода безусловного понижения либо же вовсе недопущения требований связанных с должником кредиторов в реестр требований по делу о банкротстве Верховный Суд сформулировал и дополнил ранее высказанные разъяснения нижеследующим:

1) ключевое значение для определения правовой природы притязаний и права требования аффилированных с должником лиц имеет обстоятельство экономических условий заключения и исполнения обязательств сторонами: если они возникли в «кризисной ситуации», то их следует субординировать.

Однако, если соответствующие обязательства между вышеуказанными лицами возникли при обычной хозяйственной деятельности, когда должник не соответствовал признакам неплатёжеспособности или недостаточности имущества, то вытекающие из них требования подлежат включению в реестр требований кредиторов должника;

2) сделка, заключенная между должником и связанным с ним лицом, по общему правилу не несет корпоративно-правовой характер, пока не доказано обратное заинтересованными лицами.

Впоследствии, определением Верховного Суда Российской Федерации от 04.02.2019 г. № 304-ЭС18-14031 сформулирована позиция, в соответствии с которой действующее законодательство о банкротстве России не содержит положений о понижении очередности удовлетворения требований связанных (аффилированных) с должником кредиторов по гражданским обязательствам, не являющимся корпоративными³⁹.

Более того, высшая судебная инстанция отметила, что если участник должника является его заимодавцем, данное обстоятельство само по себе не свидетельствует о корпоративном характере требования по возврату суммы займа для целей осуществления контроля над процедурой банкротства.

При этом Верховный Суд РФ подчеркнул, что нахождение в реестре требований кредиторов аффилированного с должником лица не влечет для

³⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 г. № 305-ЭС15-5734 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 21.02.2018 № 310-ЭС17-17994 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 04.02.2019 г. № 304-ЭС18-14031 // СПС «КонсультантПлюс».

независимых кредиторов каких-либо негативных последствий и не является противозаконным⁴⁰.

Итогом развития данной правовой позиции высшей судебной инстанции являются разъяснения п. 2 Обзора судебной практики от 29.01.2020 г., исходя из которых следует, что очередность удовлетворения требования кредитора не может быть понижена лишь на основании того, что данное лицо относится к числу аффилированных с должником, в том числе контролирующих его.

В свете существенных изменений подхода Верховного Суда Российской Федерации к определению порядка субординации требований анализируемой категории кредиторов в реестре требований кредиторов Мифтахутдинов Р.Т. и Шайдуллин А.И. обоснованно делают вывод о том, что в результате поиска оптимальной модели правового регулирования высшая судебная инстанция избрала доктрину справедливой субординации (*equity subordination*), которая является, в свою очередь, доминирующей в правоприменительной практике судов Соединенных Штатов Америки⁴¹.

Вышеуказанная судебная доктрина, прежде всего, направлена на явную защиту и охрану имущественных прав и законных интересов добросовестных аффилированных с должником кредиторов, поскольку их требования могут в ходе применения данной модели субординации быть понижены в очередности удовлетворения лишь при доказанности конкретного вреда интересам иных кредиторов (*concrete harm to creditors*)⁴².

В свою очередь, конкретный вред интересам независимых кредиторов от заключения и (или) исполнения сделки между должником и связанным с ним лицом, притязания которого основаны на данном обязательстве, должен быть доказан на основании порочности поведения аффилированного лица с должником (*inequitable conduct*)⁴³.

Категория порочности поведения аффилированных с должником лиц в наиболее упорядоченном и системном виде представлена в постановлении Апелляционного суда Шестого округа США по делу *Roth Steel Tube Co. v. Commissioner of Internal Revenue* от 19.09.1986 г., в котором апелляционный суд разъяснил, что иррациональное экономическое поведение акционеров и других связанных с должником лиц можно определить лишь на основании мультифакторного анализа (*multi-factor approach*) обстоятельств дела:

⁴⁰ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 20.08.2020 г. № 305-ЭС20-8593 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴¹ Мифтахутдинов Р.Т., Шайдуллин А.И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу. 2020. № 9. Специальный выпуск. С. 27-29.

⁴² Wilton J., McGee W. The Past and Future of Debt Recharacterization // *Business Lawyer*. 2018. Vol. 74. P. 91-93.

⁴³ Там же. P. 95-97, 111-118, 121-124.

- наличие либо отсутствие даты и (или) графика погашения долга (the presence or absence of a fixed maturity date and schedule of payments);
- наличие или отсутствие фиксированной или плавающей процентной ставки за пользование заимствованными денежными средствами со спорной сделке (the presence or absence of a fixed interest rate and interest payments);
- выявление реального финансового источника погашения должником задолженности перед аффилированным кредитором (the source of repayments);
- установление достаточности или же недостаточности капитализации хозяйственной деятельности должника на момент предоставления связанным с ним лицом денежных средств (the adequacy or inadequacy of capitalization);
- определение совпадения экономических интересов должника и с ним аффилированного кредитора при заключении сделки (the identity of interests between the creditor and stockholder);
- наличие либо отсутствие обеспечения исполнения должником сделок с аффилированным лицом и иными кредиторами (the security, if any, for the advances);
- выявление реальности возможности должника получить необходимое финансирование от независимых кредиторов (the corporation's ability to obtain financing from outside lending institutions);
- установление возможных видов финансирования, которые в обычных условиях гражданского оборота мог получить должник (the names given to the instruments, if any, evidencing the indebtedness);
- определение способов использования полученных денежных средств должником в хозяйственной деятельности (the extent to which the advances were subordinated to the claims of outside creditors);
- выявление обстоятельства приобретения должником за счет средств, предоставленных ему аффилированным лицом, основных производственных средств, непосредственно задействованных в обычной предпринимательской деятельности банкрота (the extent to which the advances were used to acquire capital assets);

- наличие либо отсутствие у должника резервного финансового фонда, активов которого достаточно для должного исполнения обязательств перед кредиторами (the presence or absence of a sinking fund to provide repayments)⁴⁴.

Более того, доктрина справедливой субординации судов получила в 1978 г. дополнительное законодательное закрепление в § 510 (с) Банкротного кодекса (Bankruptcy Code) Соединенных Штатов Америки⁴⁵.

Указанной нормой права американский законодатель установил общие принципы субординации требований кредиторов (principles of equity), исходя из доказанности совокупности двух взаимосвязанных обстоятельств:

⁴⁴ Roth Steel Tube Company v. Commissioner of Internal Revenue, Respondent 800 F.2d 625 (6th Cir. 1986) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/800/625/270787>.

⁴⁵ Wilton J., Moeller-Sally S. Debt Recharacterization Under State Law // The Business Lawyer. 2007. Vol. 62. P. 1257-1265.

1) непоследовательное поведение кредитора по отношению к должнику (that the claimant has engaged in inequitable conduct);

2) которое причинило конкретный вред правам иных кредиторов либо предоставило кредитору несправедливое преимущество (that the conduct has injured creditors or given unfair advantage to the claimant)⁴⁶.

Рассматриваемые положения § 510 (с) Банкротного кодекса США, как верно утверждает Kischel U., представляет собой не абстрактное генеральное правило поведение, а руководящие указания для правоприменителя (judge-proof), направленные на формирование единообразной судебной практики⁴⁷.

Отдельные судебные прецеденты в сфере применения апелляционными американскими судами § 510 (с) Банкротного кодекса совершенствуют уже сложившейся механизм доктрины справедливой субординации:

1) бремя доказывания порочности права требования аффилированного кредитора (insider or a fiduciary) находится на стороне заинтересованных лиц, представляющих возражений относительно обоснованности долга.

Это правило разъяснено в постановлении Апелляционного суда Пятого округа от 16.07.1980 г. по делу о банкротстве Matter of Multiponics, Inc⁴⁸;

2) если кредитор не является аффилированным с должником лицом, то субординация заявленных им требований возможна лишь при доказанности вопиющей порочности его поведения при заключении либо же исполнении сделки, противоречащего коммерческой честности (If the claimant is not an insider or fiduciary, however, the trustee must prove more egregious conduct such as fraud, spoliation or overreaching, and prove it with particularity).

Данный подход выражен, в том числе, в постановлении Банкротного суда Восточного округа от 01.02.1985 г. по делу о банкротстве Ludwig Honold Mfg. Co⁴⁹.

Анализ вышеперечисленных основных положений судебной доктрины equity subordination общего права позволяет сделать вывод о высокой степени разработанности критериев реальности договорных правоотношений и долга, подлежащих доказыванию в ходе установления обоснованности требований и включения их в реестр требований кредиторов должника.

Значительным преимуществом американской модели субординации, к которой, по всей видимости, склоняется правовая позиция Верховного Суда в течение последних лет, является подчиненность принципу справедливости конкретного случая (approach of equity), направленному, в свою очередь, на поддержание хрупкого баланса имущественных прав и законных интересов кредиторов в чрезвычайной ситуации конкуренции за имущество должника в условиях его несостоятельности (pari passu).

⁴⁶ Wilton J., McGee W. The Past and Future of Debt Recharacterization // Business Lawyer. 2018. Vol. 74. P. 124-125.

⁴⁷ Kischel U. Comparative law. N.Y., 2019. P. 242-243.

⁴⁸ Matter of Multiponics, Inc. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Jul 16, 1980. 622 F.2d 709 (5th Cir. 1980) // URL: <https://casetext.com/case/matter-of-multiponics-inc-3/case>.

⁴⁹ Ludwig H. Mfg. Co., 46 B.R. 125 (Bkrtcy.E.D.Pa. 1985) // URL: <https://casetext.com/case/in-re-ludwig-honold-mfg-co-inc>.

