



Алексей Иванович Мороз
управляющий партнер,
адвокат Адвокатского бюро «Эксиора»

Субординация требований при банкротстве должника: как учитывать требования без встречного предоставления со стороны кредитора?

Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26.11.2018 № 305-ЭС18-11840

В комментарии дается оценка правовой позиции высшего суда по включению требований кредитора на стадии наблюдения в не предусмотренную Законом о банкротстве пятую очередь удовлетворения (после требований кредиторов, расчеты с которыми производятся по правилам абз. 1 п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве). Автор поднимает вопрос о границах судебной защиты имущественных интересов сторон по неисполненному синаллагматического договора в условиях банкротства одного из контрагентов и приводит аргументы в пользу ограничения прав кредиторов по таким обязательствам для обеспечения баланса интересов всех участников процедуры банкротства.

Ключевые слова: несостоятельность (банкротство), субординация требований, синаллагматический договор, отказ от договора, цессия

Alexey MorozManaging Partner, Advocate at *Exiora* Law Firm**Claim Subordination in Bankruptcy: How to Address Claims without Consideration by the Creditor?****Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the SC RF No. 305-ЭС18-11840, 26 November 2018**

The commentary assesses the case law of the highest court on the inclusion of creditor claims at the observation stage in the fifth line of relief, which is not provided for by the Bankruptcy Law (after the creditors' claims, where settlements are made according to the rules of sub-paragraph 1, paragraph 4, Article 142 of the Bankruptcy Law). The author raises the issue of judicial protection limits for the property interests of the parties under an unfulfilled reciprocal contract in the face of bankruptcy of one of the counterparties. He argues for limiting the rights of creditors under such obligations to ensure a balance of interests of all participants in the bankruptcy procedure.

Keywords: bankruptcy, subordination of claims, reciprocal contract, repudiation of contract, cession

«**О**тлично отписанное определение. Можно не соглашаться по существу, но следует признать, что акт отписан на уровне решений высших судов ведущих зарубежных стран», — пишет А.Г. Карапетов в своем блоге на портале «Закон.ру»¹. При первом приближении к этому документу у автора настоящего комментария возникли абсолютно противоположные чувства. Беглый анализ судебного акта и самого дела, в рамках которого он был вынесен, заставил вспомнить слова Р.С. Бевзенко, которые тот написал под комментарием к определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 09.01.2018 № 32-КГ17-33 об обеспечительной купле-продаже и залоге: «Если кратко — то всё плохо: и с мотивировкой решения, и с его существом, и со стабильностью практики, и с тем, что вытворяют нижестоящие суды общей юрисдикции после определений Коллегии»². Параллельно на ум пришла адвокатская мудрость, что если у юриста нет обоснованной нормативно-правовой позиции по иску, он апеллирует к нарушению конституционных норм и принципов, а если позиции нет у суда, то последний со ссылками на справедливость выстраивает витиеватые, запутанные конструкции (иногда очень привлекательные), полностью противоречащие законодательным нормам и принципам частного и публичного права.

Однако после того как эффект первого впечатления ослаб, можно абсолютно уверенно заявить, что в данном деле суд столкнулся с действительно непростой

¹ *Карапетов А.Г.* Правовые позиции Верховного Суда РФ по сделкам, договорам и обязательствам за ноябрь — декабрь 2018 года: обзор и комментарий // Закон.ру. 2019. 24 янв. URL: https://zakon.ru/blog/2019/01/24/pravovye_pozicii_verhovnogo_suda_rf_po_sdelkam_dogovoram_i_obyazatelstvam_zanovabr-dekabr_2018_goda.

² *Бевзенко Р.С.* Обеспечительная купля-продажа и залог. Комментарий к определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 09.01.2018 № 32-КГ17-33. URL: <https://web.facebook.com/rbezenko/posts/2231416270438154>.

задачей — примирить специальные нормы банкротного законодательства с положениями об обязательствах, обеспечив гарантии защиты правового интереса всех возможных контрагентов должника. Предложенная Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ (далее — Коллегия) аргументация, без всяких сомнений, заслуживает только положительной оценки, но часть выводов, к которому приходит Суд (например, о включении требований в пятую очередь), вызывает определенные сомнения, так как может послужить основой для злоупотреблений правом, что, в свою очередь, нивелирует тот положительный эффект, которого стремились добиться судьи при работе над комментируемым актом.

Фактические обстоятельства дела

Между банком (цедентом) и должником (цессионарием) 17.12.2014 заключен договор уступки прав (требований) № 4, по которому цедент обязался уступить цессионарию права требования к заемщику — ООО «Усолье-Сибирский Силикон», вытекающие из кредитных договоров (от 27.07.2010 № 5262 и № 5271, от 25.04.2011 № 5398) и дополнительных соглашений к ним, вместе с правами по обеспечительным обязательствам, а цессионарий обязался в срок до 17.12.2016 оплатить стоимость уступаемых прав в размере 307 120 000 руб. По условиям договора (п. 2.3) уступка происходит после полной уплаты этой суммы и только если совершена оплата по иным соглашениям об уступке между цедентом и цессионарием от 17.12.2014 № 1, № 2 и № 3.

Денежные средства перечислены банку не были. Пунктом 3.3 договора предусмотрено, что в случае неисполнения обязанности по оплате начисляется неустойка в размере 0,1% от невнесенного платежа за каждый день просрочки. Не дожидаясь окончания срока оплаты по цессии, банк 15.02.2016 в деле о банкротстве заемщика (№ А19-12403/2015) обратился с заявлением о включении задолженности по названным кредитным договорам в реестр. Определением Арбитражного суда Иркутской области от 16.05.2016 требования в размере 2 236 440 247,28 руб. включены в реестр требований кредиторов заемщика как обеспеченные залогом. Полагая, что у цессионария имеется долг из спорного договора цессии перед банком, последний обратился в рамках дела о банкротстве с заявлением о включении своего требования в размере 307 120 000 руб. основного долга и 48 217 840 руб. неустойки в реестр требований кредиторов цессионария.

Определением суда первой инстанции от 17.11.2017 в удовлетворении заявления откано. Постановлением суда апелляционной инстанции от 08.02.2018, оставленным без изменения постановлением суда округа от 17.04.2018, это определение отменено, заявленные требования удовлетворены.

Конкурсный управляющий должника обратился в Верховный Суд РФ с кассационной жалобой, в которой просил обжалуемые судебные акты отменить.

Проверив материалы обособленного спора, Коллегия посчитала, что обжалуемые судебные акты подлежат частичной отмене.

Постановление апелляционного суда от 08.02.2018 и арбитражного суда округа от 23.05.2018 в части включения требований банка в размере 307 120 000 руб. основного долга в реестр требований кредиторов общества изменено. Требования банка в размере основного долга признаны обоснованными и подлежащими удовлетворению после требований кредиторов, расчеты с которыми производятся по правилам абз. 1 п. 4 ст. 142 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве). В части неустойки в размере 48 217 840 руб., начисленной ввиду неисполнения цессионарием обязанности по оплате за уступаемое право до даты введения наблюдения и подлежащей включению в реестр по правилам п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве, судебные акты второй и третьей инстанций остались без изменений.

Правовые позиции, сформулированные Коллегией³

1. Предъявление cedentом заявления о включении в реестр требований кредиторов заемщика не может само по себе быть расценено как выражение воли на отказ от договора об уступке прав требования к заемщику, заключенного cedentом с цессионарием, если сам переход права к цессионарию еще не состоялся.
2. Договор может предусматривать право продавца истребовать долг по внесению предоплаты (первоначальное предоставление) с покупателя до того, как продавец осуществит свое исполнение.
3. Кредитор, который требует осуществления первоначального предоставления по синаллагматическому договору (например, внесения предоплаты), в формировании конкурсной массы должника, такую предоплату не внесшего и впавшего в банкротство, не участвовал, поскольку свое встречное предоставление по обязательству еще не осуществил. В связи с этим было бы неверным (п. 2 ст. 6 ГК РФ) уравнивать в правах (поставить в одну очередь) кредиторов по требованию об осуществлении первоначального предоставления (в части основного долга) и кредиторов, непосредственно пострадавших от взаимодействия с должником. Очевидно, что последние должны иметь право получить удовлетворение своих требований приоритетно перед первыми. Соответственно, требования кредиторов об осуществлении первоначального предоставления в части основного долга должны удовлетворяться после требований как кредиторов третьей очереди, так и «опоздавших» (зарегистрованных) кредиторов, но приоритетно перед лицами, получающими имущество должника по правилам п. 1 ст. 148 Закона о банкротстве, п. 8 ст. 63 ГК РФ. В результате достигается баланс между недопустимостью ущемления прав кредиторов, понесших негативные последствия от вступления в отношения с должником, и правами кредитора по непрекращенному обязательству со встречным исполнением.

³ Подробнее см.: Мороз А.И. Дайджест новостей правового регулирования банкротства за ноябрь — декабрь 2018 г. URL: https://www.m-logos.ru/news/opublikovan_dajjest_novostei_pravovogo_regulirovaniya_bankrotstva_noyabr-dekabr_2018_goda/; Каранетов А.Г. Указ. соч.; Обзор правовых позиций Верховного Суда по вопросам частного права за ноябрь 2018 г. // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 1. С. 55–62.

4. Такие кредиторы вправе участвовать в собрании кредиторов без права голоса. Задолженность перед кредиторами по первоначальному предоставлению учитывается при определении наличия права на самостоятельное оспаривание сделок, а также при исчислении размера субсидиарной ответственности.
5. В случае если у такого кредитора в связи с неисполнением должником своих обязательств возникли убытки, требование об их возмещении подлежит включению в третью очередь реестра. Если договором предусмотрено начисление неустойки при неисполнении цессионарием обязанности по плате за уступаемое право, то такая неустойка, начисленная до введения наблюдения, подлежит включению в реестр по правилам п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве.
6. При этом кредитор по первоначальному исполнению вправе отступить от согласованной в договоре последовательности обмена предоставлениями и осуществить в пользу должника (банкрота) свое последующее исполнение, после чего обратиться с заявлением о включении своего требования к должнику в третью очередь реестра, поскольку в таком случае он участвует в наполнении конкурсной массы.

Первые итоги применения нижестоящими судами положений комментируемого определения (каждый находит что-то свое)

На момент подготовки настоящей статьи сайт *ras.arbitr.ru* выдавал всего 15 судебных актов, в мотивировочной части которых было упоминание о рассматриваемом определении⁴.

В постановлении от 13.12.2018 по делу № А70-5851/2018 Восьмой арбитражный апелляционный суд заявляет, что «возможность субординирования требований прямо допускается судебной практикой в зависимости от вида требований (Определение Верховного Суда РФ от 26.11.2018 № 305-ЭС18-11840 по делу № А40-70992/2017)», придавая комментируемому определению несколько расширительный характер.

В ином постановлении того же Восьмого арбитражного апелляционного суда от 29.01.2019 по делу № А70-13144/2018 ссылка на исследуемый акт приведена лишь для подтверждения позиции о том, что «положения ГК РФ в измененной Законом № 42-ФЗ редакции не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 01.06.2015 года). При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК РФ с учетом сложившейся практики ее применения».

В определении Арбитражного суда Архангельской области от 05.02.2019 по делу № А05-14307/2017 о включении в реестр требований кредиторов позиция комментируемого определения перенесена словно под копирку: аванс по цессии включен в пятую очередь; предусмотренные договором проценты, начисленные по прави-

⁴ Данные представлены по состоянию на 19.04.2019.

лам ст. 395 ГК РФ, за неисполнение цессионарием (должником) условий договора по своевременной оплате его цены — в третью очередь реестра (п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве).

Девятый арбитражный апелляционный суд, вынося постановление от 25.12.2018 № 09АП-61889/2018 по делу № А40-82340/17, обратил внимание на то, что изложенная в анализируемом определении ВС РФ правовая позиция применима в отношении требований, основанных на договоре цессии, заключенном до введения действующей редакции п. 3 ст. 328 ГК РФ. Эта редакция предусматривает, что ни одна из сторон обязательства, по условиям которого установлено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Учитывая, что в деле № А40-82340/17 договор уступки прав требования (цессии) от 06.05.2016 между ООО «Группа ТЭМ» и должником заключен после вступления в действие п. 3 ст. 328 ГК РФ в новой редакции и принимая во внимание отсутствие факта полной уплаты согласованной цены за уступаемое право, суд отказал во включении заявленного требования в реестр.

Арбитражный суд Кемеровской области в определении от 03.12.2018 по делу № А27-24469/2016 о процессуальном правопреемстве, отказывая в приостановлении производства по заявлению, обратился к положениям комментируемого определения ВС РФ для разрешения процессуальных вопросов. В частности, суд указал, что «наличие иных возможных наследников первой очереди не исключает пересмотра определения о процессуальном правопреемстве в порядке статьи 311 АПК РФ либо уточнения реестра требований кредиторов в порядке пункта 1 статьи 60 Закона о банкротстве (определение Верховного Суда РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840)».

Представленные судебные акты ярко свидетельствуют, что положения исследуемого определения получили крайне неоднозначную оценку в нижестоящих судах. Одни сделали вывод о легализации субординирования (понижения) требований, другие усилили представленными ВС РФ аргументами акты об отказе во включении требований без встречного предоставления со стороны кредитора, третьи, не мудрствуя лукаво, использовали этот документ для разрешения процессуальных аспектов.

Комментарий к определению

Для обоснования своих выводов Верховный Суд РФ обозначил ряд вопросов, на которые исследователи до сих пор не нашли однозначных ответов.

Начисление неустойки на просроченный аванс

Судебная практика до недавнего времени складывалась неоднозначно. В подавляющем большинстве случаев суды отказывали в удовлетворении подобных требо-

ваний, так как обязательство покупателя по оплате товара⁵ является встречным по отношению к обязательству поставщика этот товар предоставить и возникает только с его передачей. В связи с этим поставщик не вправе требовать взыскания с покупателя неустойки на сумму фактически непоставленного товара.

В соответствии с п. 1 ст. 487 ГК РФ в случаях, когда договором купли-продажи предусмотрена обязанность покупателя оплатить товар полностью или частично до передачи его продавцом (предварительная оплата), покупатель должен произвести оплату в срок, установленный договором, а если он в договоре не прописан, то в срок, определенный по ст. 314 ГК РФ.

Согласно п. 2 ст. 487 ГК РФ в случае неисполнения покупателем обязанности предварительно оплатить товар применяются правила, закрепленные в ст. 328 ГК РФ.

В силу п. 2 ст. 328 ГК РФ в случае неисполнения обязанной стороной предусмотренного договором обязательства либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе его приостановить или отказаться от него и потребовать возмещения убытков. Если установленное договором обязательство исполнено не в полном объеме, то сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить его или отказаться от него в части, соответствующей непредоставленному исполнению.

Обязательство по оплате является обусловленным договором исполнением по отношению к обязательству предоставить товар (встречному исполнению) и возникает только с его передачей. Эта позиция находила свое отражение в постановлениях Президиума ВАС РФ от 25.12.2012 № 9924/11, от 13.03.2012 № 14486/11, от 30.11.2010 № 9217/10.

Широкое распространение в практике судов получила идея, в соответствии с которой начисление процентов годовых на сумму не выплаченной в срок предоплаты (аванса) не допускается до тех пор, пока кредитор (продавец, подрядчик, исполнитель) не осуществил свое встречное предоставление и не перевел долг покупателя (заказчика) в режим обычной дебиторской задолженности (постановление Президиума ВАС РФ от 08.05.2007 № 15651/06). Нередко нижестоящие суды распространяли ее и на прямо согласованную в договоре неустойку в виде пеней за перечисление предоплаты.

ВАС РФ в постановлении Президиума от 08.05.2007 № 15651/06, отказавшем в начислении процентов по ст. 395 ГК РФ на невыплаченную предоплату, допустил, что при наличии в договоре условия о начислении процентов по ст. 395 ГК за невыплату предоплаты такие санкции могут быть взысканы. В определении Коллегии от 06.10.2016 № 305-ЭС16-8210 ВС РФ подтвердил, что начисление процентов по ст. 395 ГК РФ на невыплаченную предоплату возможно на основании прямого указания в соглашении сторон. Впоследствии ВС РФ распространил такой подход и на случаи прямого согласования в договоре начисления пеней за невыплату предоплаты (определения Коллегии от 19.01.2018 № 310-ЭС17-11570, от 15.10.2018

⁵ Опустим рассуждения о том, что цессия строится по модели купли-продажи.

№ 305-ЭС18-10447). Теперь судебная практика исходит из того, что при наличии в договоре прямого указания на начисление пеней за неуплату предоплаты (аванса) кредитор вправе требовать их уплаты.

В комментируемом определении Коллегия еще раз подтвердила данную позицию, согласившись с выводами судов апелляционной инстанции и округа, что такая неустойка, начисленная до введения наблюдения (абз. 9 п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве), подлежит включению в реестр по правилам п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве (в третью очередь).

Право судебной защиты и понуждение к выплате аванса без встречного предоставления

В исследуемом деле кредитор требовал предоплаты. Превалирующая в судебной практике позиция о невозможности истребовать в судебном порядке авансовый платеж по sinalлагматическому договору, пока не будет исполнена встречная обязанность, широко применялась судами и на момент заключения спорного договора сессии. Пункт 3 ст. 328 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 01.06.2015, эту идею, как считают многие комментаторы, закрепил⁶. Коллегия указывает, что данная норма не подлежит применению к договору, заключенному до 01.06.2015, в силу общих правил действия новых норм закона о договорах и обязательствах во времени (ст. 422 ГК РФ).

В то же время этот аспект принципиального значения не имеет, так как формулировка п. 4 той же статьи осталась практически в неизменном виде (слова «законом» и «договором» законодатель поменял местами): «Правила, предусмотренные пунктами 2 и 3 настоящей статьи, применяются, если договором или законом не предусмотрено иное» (ред. от 05.05.2014 с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2014).

Именно на приоритет соглашения сторон (диспозитивный характер норм) и обращает внимание ВС РФ. Коллегия указала: «В то же время в договоре стороны согласовали иное (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации): право cedenta потребовать у цессионария оплаты по договору, фактически до выполнения своей встречной обязанности по передаче имущественного права (пункт 3.5)». По сути, Коллегия прямо подтвердила диспозитивность положения п. 3 ст. 328 ГК РФ, из которого сейчас выводится запрет на судебное понуждение к уплате предоплаты (аванса).

Таким образом, требование о выплате аванса или предоплаты может быть заявлено в суд, если такую возможность предусматривает соглашение сторон. Этот вывод соотносится с пост- и дореформенным толкованием положений ст. 328 ГК РФ. Но подлежит ли подобное требование включению в реестр требований кредитора при банкротстве покупателя?

⁶ Норма гласит: «Ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне».

Понуждение к внесению предоплаты при банкротстве покупателя

Коллегия считает, что требование продавца о внесении покупателем предоплаты (аванса) может быть включено в реестр требований кредиторов покупателя при его банкротстве.

Включение требования банка без встречного предоставления со стороны кредитора в реестр должника (вне зависимости от очереди) есть не что иное, как присуждение к исполнению в натуре обязанности выплатить стоимость передаваемого блага и сделать первый шаг по синаллагматическому договору. В силу п. 4 ст. 328 ГК РФ возможность вынесения положительного судебного акта по подобному спору в условиях обычной хозяйственной деятельности субъектов соглашения не вызывает сомнений (если она была прямо согласована сторонами), равно как вполне допустимо сформулировать условия об автоматическом переходе уступаемого права именно так, как это сделали стороны⁷. Но насколько это оправданно при наличии инициированной в отношении цессионария процедуры банкротства (наблюдения)? Как долго может существовать правовая неопределенность при отсутствии в соглашении отменительного условия о том, что договор прекратится, если должник не внесет аванс в установленный срок? Насколько целесообразно на этапе наблюдения предоставлять защиту кредитору по такому «условному» требованию (требованию без встречного предоставления со стороны кредитора, существующему только в рамках обязательственных отношений, к исполнению которых не одна из сторон не приступила)?

Коллегия абсолютно обоснованно замечает, что в сложившейся ситуации «необходимо принимать во внимание, что открытие процедуры несостоятельности само по себе не прекращает обязательство со встречным исполнением, достигнутые сторонами договоренности и основанные на них разумные ожидания должны уважаться правопорядком (пункты 1 и 2 статьи 1, статья 309 Гражданского кодекса Российской Федерации)». Далее Суд приходит к неоднозначному выводу, что «полный отказ во включении в реестр требований кредиторов по первоначальному исполнению не соответствовал бы целям регулирования гражданско-правовых отношений». Коллегия указала, что такое требование должно быть включено в избретенную ею пятую очередь, т.е. субординировано. Оправданно ли это?

Существенно упрощая, отношения между банком (цедентом) и должником (цессионарием) можно описать следующим образом: «Банк уступит права требования при условии полной оплаты их стоимости до определенного числа. Если оплата к определенной дате произведена не будет, банк имеет право на неустойку и/или возмещение убытков». В рассматриваемом случае условие для передачи требования не наступило. Контрагент (цессионарий) находится в ликвидационной процедуре банкротства (наблюдение на момент заявления требования). Права требования

⁷ Пункт 5 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 54 на сей счет говорит следующее: «Стороны вправе установить, что переход требования произойдет по истечении определенного срока или при наступлении согласованного сторонами отлагательного условия. Например, стороны договора продажи имущественного права вправе установить, что право переходит к покупателю после его полной оплаты без необходимости иных соглашений об этом (пункт 4 статьи 454, статья 491 ГК РФ)». Ранее такая возможность была признана в практике ВАС РФ (см.: постановление Президиума ВАС РФ от 30.03.2010 № 16283/09).

к первоначальному должнику, которые намеревался уступить банк, также существенно изменились (обесценились), так как первоначальный должник к моменту наступления срока для оплаты сам находился в процедуре конкурсного производства. Одно это обстоятельство при определенной правовой проработке и аргументации может и должно являться отдельным основанием для отказа цессионария от договора по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ в связи с предвидимым нарушением договора (до передачи требования становится очевидно, что в случае передачи оно не будет соответствовать согласованным или подразумеваемым условиям о качестве).

Из определения следует, что права требования были обеспечены залогом имущества должника, тем не менее в процедуре банкротства порядок погашения требований кредиторов, которые обеспечены залогом имуществом должника, не гарантирует их полное удовлетворение. Доказательства осведомленности цессионария о предбанкротном финансовом состоянии должника по первоначальному требованию судами не исследовались, что, в свою очередь, является основанием для направления дела на новое рассмотрение. Другой встречающийся на практике способ расторгнуть договор в такой ситуации — сделать это в связи с существенным изменением обстоятельств по правилам ст. 451 ГК РФ (см.: постановление Президиума от 30.03.2010 № 16283/09). Но он кажется менее адекватным, чем отказ от договора по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ.

Что делать, если покупатель не инициирует расторжение ни в форме отказа по п. 2 ст. 328 ГК РФ, ни в форме иска о расторжении договора по правилам ст. 451 ГК, а продавец пытается установить в реестре требований кредиторов покупателя свое требование о внесении предоплаты?

Как указывает Д.В. Дождев, «переход к рыночному хозяйству подорвал позиции принципа реального исполнения»⁸. С этой точки зрения сложившаяся ситуация должна быть разрешена очень просто. Договор цессионарием не исполнен. В отношении него введена процедура наблюдения. Цедент включается в реестр на сумму неустойки, рассчитанной по правилам ст. 4 Закона о банкротстве (на дату введения наблюдения)⁹. Коллегия не стала на этом заострять внимание, но фактически поступила именно так. Требование о неустойке абсолютно оправданно включено в третью очередь. Цессионарий нарушил договор в части сроков оплаты и обязан выплатить неустойку. Тут и следовало остановиться, но Верховный Суд пошел дальше и включил в реестр само требование о внесении предоплаты.

Опасения вызывает включение в реестр требований по первоначальному исполнению (даже в пятую очередь). Как уже указывалось выше, по сути, включение требования банка в реестр цессионария в отсутствие встречного предоставления в данном конкретном случае — это требование исполнения обязательства в натуре. При предъявлении такого требования суд, исходя из конкретных обстоятельств дела, определяет, является ли это исполнение объективно возможным (п. 22 по-

⁸ Дождев Д.В. Исполнение обязательства в натуре: возрождение договорной дисциплины в постсоветском обязательственном праве или новое определение ценности обязательства // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества: сб. ст. М., 2018. С. 90–128.

⁹ См.: постановление Пленума ВАС РФ от 06.12.2013 № 88 «О начислении и уплате процентов по требованиям кредиторов при банкротстве».

становления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»).

В условиях введенного в отношении цессионария наблюдения нельзя пренебрегать специальными нормами Закона о банкротстве. Действительно, как указала Коллегия, обязательства в наблюдении не прекращаются и продолжают свое действие. Но в данном случае речь идет о том, что стороны установили своим соглашением порядок исполнения взаимного обязательства и возможность судебного принуждения к его исполнению. Есть соглашение, в котором решен вопрос о стороне, которая обязана сделать первый шаг, и только. Если цессионарий не исполняет свои обязательства, то cedent может отказаться от договора или отойти от согласованного порядка и предоставить цессионарию право требования первым (тогда наступают все те последствия, о которых пишет ВС в комментируемом определении) либо обратиться в суд с обособленным иском о понуждении к исполнению в натуре. Закон о банкротстве не запрещает этого при процедуре наблюдения. В рассматриваемом же случае требование о включении в реестр подменяется и смешивается с требованием о понуждении ввиду денежного характера обоих.

В соответствии со ст. 4 Закона о банкротстве состав и размер денежных обязательств, возникших до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и заявленных после принятия арбитражным судом такого заявления, определяются на дату введения первой процедуры, применяемой в деле о банкротстве. На дату введения процедуры наблюдения у цессионария была обязанность приступить к исполнению, сделать первый шаг (которая не отпадает с введением наблюдения) и возместить потери, вызванные просрочкой. Не больше и не меньше. Наблюдение не прекращает действие самого договора, а лишь фиксирует состояние должника на определенную дату. Именно поэтому многие авторы воспринимают наблюдение как мораторий исполнения, защиту от кредиторов¹⁰.

В соответствии с п. 2 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 60 «О некоторых вопросах, связанных с принятием Федерального закона от 30.12.2008 № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» «если договоры были заключены до даты возбуждения производства по делу о банкротстве, а поставка товаров, выполнение работ или оказание услуг произошли после этой даты, то требования кредиторов об их оплате независимо от смены процедуры, применяемой в деле о банкротстве, являются текущими». Следовательно, если банк самостоятельно передаст права требования после введения наблюдения, его требования станут текущими, притом что в реестре будет неустойка и/или стоимость убытков. В этом и заключается смысл синаллагмы и разграничения обязательств на реестровые и текущие (соблюдение прав и законных интересов всех участников дела о банкротстве, а также субъектов, обеспечивающих нормальный процесс проведения процедуры банкротства)¹¹.

¹⁰ См.: *Телюкина М.В.* Основы конкурсного права. М., 2004. С. 277–305 («Наблюдение как способ защиты должника и кредиторов до рассмотрения дела о несостоятельности (банкротстве)» (§ 1 главы V)).

¹¹ См.: *Новак Д.В.* Текущие платежи по денежным обязательствам в деле о банкротстве // Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики / под ред. В.В. Витрянского. М., 2010. С. 7–26.

Последствиями введения наблюдения являются установление некоего водораздела для установления требований и максимальное упрощение всех отношений и обязательств должника. Роль фильтра или лакмусовой бумажки в данном случае отведена имущественной массе должника. Если кредитор предоставил что-то массе до процедуры, то его требование учитывается в реестре, если после — оно квалифицируется как текущее. Если масса причинила ущерб кредитору, то он может включить свое требование о возмещении ущерба в реестр. Если есть взаимное неисполненное соглашение, то оно продолжает свое действие, но до того, пока ни одна из сторон не приступит к его исполнению, последствий для имущественной массы должника и прав участников процедуры банкротства нет.

Безукоризненная логика Верховного Суда, не позволившая включить требование цедента по первоначальному исполнению в третью очередь реестра, рушится, когда суд делает вывод о необходимости включения данного требования в противоречащую закону (не предусмотренную им) пятую очередь (о признании требования основного долга обоснованным и подлежащим удовлетворению после требований кредиторов, расчеты с которыми производятся по правилам абз. 1 п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве). Тем самым ВС РФ лишает цессионария права на отказ от данного договора в наблюдении. Несмотря на действительность самого договора в этой процедуре, ст. 64 Закона о банкротстве содержит ряд ограничений, которые способны повлиять на его исполнение¹². Но это также осталось за рамками исследования Коллегии. С учетом этих ограничений заключенный договор мог быть исполнен только при отступлении цедента от согласованного порядка проведения уступки (банк в наблюдении передает права требования первым). Иное делает договор неисполнимым. При таких обстоятельствах мы возвращаемся к тому, с чего начали: цедент имеет право лишь на включение своих требований на сумму неустойки/убытков на дату введения наблюдения.

Рассматривая заявленное требование цедента в наблюдении, не лишним будет вспомнить, что в соответствии со ст. 2 Закона о банкротстве наблюдение — это процедура, применяемая в деле о банкротстве к должнику в целях обеспечения сохранности его имущества, анализа финансового состояния должника, составления реестра требований кредиторов и проведения первого собрания кредиторов. Статья 71 того же Закона говорит, что в наблюдении требования заявляются с одной-единственной целью — участие в первом собрании кредиторов.

С этой точки зрения, помня, что договор цессии в наблюдении не прекращается, и констатировав, что нет оснований для включения требований банка в реестр голосующих на первом собрании, логичнее было бы, зафиксировав в реестре размер неустойки, оставить вопрос дальнейшей судьбы спорного соглашения открытым и тем самым предоставить цеденту возможность сделать первый шаг самостоятельно.

¹²

«Органы управления должника могут совершать исключительно с согласия временного управляющего, выраженного в письменной форме, за исключением случаев, прямо предусмотренных настоящим Федеральным законом, сделки или несколько взаимосвязанных между собой сделок: — связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет более пяти процентов балансовой стоимости активов должника на дату введения наблюдения; — связанных с получением и выдачей займов (кредитов), выдачей поручительств и гарантий, уступкой прав требования, переводом долга, а также с учреждением доверительного управления имуществом должника».

Цессионарий же сможет реализовать свое право на расторжение данного договора по основаниям, указанным выше (п. 2 ст. 328 или ст. 451 ГК). Кроме того, у данного решения есть один очевидный плюс: оно позволяет в дальнейшем (по итогам проведения процедуры наблюдения и подготовки финансового анализа деятельности должника) реализовать право арбитражного управляющего на отказ от исполнения сделок должника, предусмотренный ст. 102 Закона о банкротстве (в процедурах внешнего или конкурсного производства). Если управляющий посчитает, что право требования стоит дороже уплачиваемой цены, то он может не отказаться от договора, а внести соответствующую цену и пополнить массу за счет этого требования; если же нет, то он просто откажется от договора. Коллегия, в свою очередь, либо лишает самого цессионария и его конкурсного управляющего упомянутых прав, либо существенно затрудняет их реализацию, предлагая в дальнейшем обращаться в суд за пересмотром определения о включении или внесении изменений в реестр.

Оправданным было бы это требование считать не вполне полноценным в свете открытия процедуры банкротства, не прекращать его (ибо возможно, что покупатель так и не будет признан банкротом), но и не включать в реестр требований кредиторов, предоставив конкурсному управляющему возможность определить судьбу такого еще не исполненного договора. Именно по этой причине ослабленное банкротством цессионария требование цедента выше было охарактеризовано как «условное».

Следуя предложенной логике, включение неустойки в третью очередь и отказ во включении остальной (основной) части требования (без встречного предоставления) справедливо. Введение неизвестной Закону о банкротстве пятой очереди только излишне усложняет процедуру, вносит дополнительный элемент правовой неопределенности и неоправданно умножает сущность рассматриваемого требования. Фактически права цедента защищены, он включен в реестр должника по основному обязательству, его требования обеспечены залогом.

Отдельный вопрос, который вызовет определенные сложности при проведении данной процедуры и который необходимо будет решать, состоит в том, изменится ли (сохранится ли) предмет соглашения об уступке в случае частичного погашения банку уступаемых прав в процедуре банкротства первоначального должника или можно будет говорить о невозможности исполнения ввиду отсутствия предмета соглашения.

Наибольшие опасения вызывает не сам факт, что Верховный Суд позволил себе ввести ранее неизвестную отечественному Закону о банкротстве пятую очередь удовлетворения требований кредиторов (перед собственниками), а осознание того, что данный судебный акт вносит еще больше неоднозначности и правовой неопределенности в институт субординации требований. Напомним: вплоть до недавнего времени Коллегия настаивала на том, что институт субординации не закреплен в отечественном банкротном законодательстве, и, констатируя невозможность легитимного понижения очереди удовлетворения (либо корпоративный характер требований), отказывала во включении требований в реестр¹³. Чуть позже

¹³ См.: определения ВС РФ от 06.07.2017 № 308-ЭС17-1556 (1), от 15.02.2018 № 305-ЭС17-17208, от 21.02.2018 № 310-ЭС17-17994 (1, 2).

ВС РФ указал на возможность минимальных исключений в случае, когда речь идет не о внутрикорпоративных заимствованиях, а об обычной хозяйственной деятельности должника¹⁴. Вынося комментируемое определение, Коллегия, отбросив свои же аргументы о невозможности субординации, понижает требование некорпоративного кредитора, предоставив ему часть процессуальных и материальных прав, характерных исключительно для банкротного законодательства и процедуры несостоятельности.

В частности, Суд указывает, что «требования такого кредитора пятой очереди не должны учитываться при определении количества голосов на собрании кредиторов (пункты 1 и 3 статьи 12 Закона о банкротстве), однако он вправе участвовать в их проведении без права голоса. Кроме того, задолженность перед таким кредитором учитывается при определении наличия права на самостоятельное оспаривание сделок по специальным основаниям (пункт 2 статьи 61.9 Закона о банкротстве), а также при исчислении размера субсидиарной ответственности (пункт 11 статьи 61.11 Закона о банкротстве)». Иначе говоря, получается, что из-за этого условно существующего, но включенного в реестр права требования иному ординарному кредитору может не хватить голосов для самостоятельного оспаривания сделок должника, так как он не сможет преодолеть законодательный барьер в 10% от общего размера кредиторской задолженности (ст. 61.9 Закона о банкротстве). Предоставленные Коллегией такому условному кредитору права также способны повлиять на судьбу распоряжения правом требования о привлечении к субсидиарной ответственности (ст. 61.17. Закона о банкротстве). Если рядовые кредиторы не выразят интерес в принятии части такого требования на себя, оно может быть (вопреки воле большинства, не размытого голосами условных требований) продано с торгов за минимальную цену. Решение о взыскании задолженности по этому требованию в рамках процедуры, применяемой в деле о банкротстве, может быть заблокировано голосами условных кредиторов.

Представленный комментарий очевидно свидетельствует об ошибочности вывода о возможности включения подобных требований в реестр (пятую очередь) и предоставления кредиторам по таким условным требованиям специальных банкротных правомочий. Предложенный Коллегией подход способен существенно нарушить баланс интересов иных участников процедуры банкротства цессионария, предоставляя необоснованные дополнительные гарантии защиты имущественных интересов cedenta.

Отдельного исследования заслуживают вопросы судьбы требования, включенного в пятую очередь. Что с ним произойдет в случае частичного удовлетворения? Право требования к первоначальному кредитору перейдет к цессионарию в соответствующей пропорции? Если нет, то не возникнет ли на стороне cedenta неосновательное обогащение? Количество новых вопросов, решения которых потребует реализация предложенной Коллегией позиции, наилучшим образом обнажает ее недостатки и их масштаб.

¹⁴ См.: определение ВС РФ от 30.08.2018 № 305-ЭС17-18744 (2).

References

- Bevzenko R.S.* Security Sale and Pledge. Commentary on Decision No. 32-KГ17-33 dated January 9, 2018 of the Supreme Court Civil Division [*Obespechitel'naya kuplya-prodazha i zalog. Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po grazhdanskim delam VS RF ot 09.01.2018 No. 32-KГ17-33*]. Available at: <https://web.facebook.com/rbevzenko/posts/2231416270438154> (Accessed 16 April 2019).
- Dozhdev D.V.* Specific Performance: Revival of Contractual Discipline in Post-Soviet Liability Law or New Appraisal of Obligations [*Ispolnenie obyazatelstva v nature: vozrozhdenie dogovornoj distsipliny v postsovetskom obyazatelstvennom prave ili novoe opredelenie tsennosti obyazatelstva*], in: Issues of Post-Soviet Theory and Philosophy of Law: Prospects for a Free Society, Symposium [*Problemy postsovetskoj teorii i filosofii prava: perspektivy svobodnogo obshchestva: sb. st.*]. Moscow, Yustitsinform, 2018. P. 90–128.
- Karapetov A.G.* Case Law of the Supreme Court of the Russian Federation Regarding Transactions, Contracts, and Obligations for November — December 2018: Review and Comments [*Pravovye pozitsii Verkhovnogo Suda RF po sdelkam, dogovoram i obyazatelstvam za noyabr' — dekabr' 2018 goda: obzor i kommentariy*]. Available at: https://zakon.ru/blog/2019/01/24/pravovye_pozicii_verhovnogo_suda_rf_po_sdelkam_dogovoram_i_obyazatelstvam_za_noyabr-dekabr_2018_goda (Accessed 16 April 2019).
- Moroz A.I.* News Digest of Bankruptcy Regulation for November — December 2018 [*Daydzhest novostey pravovogo regulirovaniya bankrotstva za noyabr' — dekabr' 2018 g.*]. Available at: https://www.m-logos.ru/news/opublikovan_daijest_novostei_pravovogo_regulirovaniya_bankrotstva_noyabr-dekabr_2018_goda/ (Accessed 16 April 2019).
- Novak D.V.* Current Payment Obligations in Terms of Bankruptcy [*Tekuschie platezhi po denezhnym obyazatelstvam v dele o bankrotstve*], in: Vuitryanskiy V.V., ed. Bankruptcy: Theoretical and Practical Commentary on Legislation and Practice [*Nesostoyatel'nost' (bankrotstvo): nauchno-prakticheskiy kommentariy novell zakonodatelstva i praktiki*]. Moscow, Statut, 2010. P. 7–26.
- Telyukina M.V.* Basics of Bankruptcy [*Osnovy konkursnogo prava*]. Moscow, Wolters Kluwer, 2004. 560 p.

Information about the author

Alexey Moroz — Managing Partner, Advocate at *Exiora* Law Firm (e-mail: moroz@exiora.ru).