



**ЕГОРОВ
АНДРЕЙ ВЛАДИМИРОВИЧ**

профессор Российской школы частного права, заместитель руководителя аппарата ВАС РФ, кандидат юридических наук

ЗАЧЕТ ПРИ БАНКРОТСТВЕ: РОССИЙСКОЕ ПРАВО И МИРОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

Статья посвящена описанию российского регулирования такого способа прекращения обязательств должника, как зачет в контексте предстоящего или рассматриваемого дела о банкротстве. Автор приходит к выводу о том, что в России сложился сверхжесткий режим, ограничивающий зачет после введения процедуры наблюдения, а также позволяющий оспорить зачет, проведенный в период подозрительности накануне возбуждения дела о банкротстве должника. Такой режим не характерен ни для одной из исследованных зарубежных стран (Австрии, Англии, Германии, Испании, Италии, Турции, Франции, Чехии), вступает в противоречие с распространенной в мире (включая Россию) идеей о ретроспективном действии зачета, а также с его обеспечительной направленностью, позволяющей за рубежом ставить кредитора, имеющего право на зачет, в один ряд с залоговыми кредиторами.

Ключевые слова: правовая природа зачета, обеспечительный характер зачета, обратная сила заявления о зачете, особенности зачета при банкротстве, оспаривание зачета как сделки с предпочтением

Состояние правового регулирования и судебной практики в России

Настоящая статья посвящена вопросам о том, разрешать или запрещать зачет при банкротстве и допустить ли оспаривание зачета, совершенного накануне банкротства.

Предположим, у должника имеется пять кредиторов (А, Б, В, Г, Д) с одинаковой суммой требований (по 100), а единственным активом должника является встречное

право требования к кредитору А также в размере 100. В этом случае если допустить зачет, то кредитор А не будет уплачивать что-либо в массу и претендовать на что-либо из массы, а прочие кредиторы не получают вообще ничего. Если же зачет запретить, то А должен будет заплатить в конкурсную массу 100 и впоследствии получить из нее 20 наряду с остальными кредиторами, каждый из которых также получит по 20.

Приведенные простейшие расчеты показывают, что вопрос о допустимости или недопустимости заче-

та при банкротстве может быть сведен к проблеме приоритета индивидуального или общего интереса. В первом случае выигрывает индивидуальный кредитор благодаря тому счастливому для него стечению обстоятельств, что он одновременно оказался должником лица, попавшего в процедуру банкротства. Во втором случае улучшается положение остальных кредиторов, а интересующий нас кредитор становится с ними в один ряд, и при этом то обстоятельство, что он имеет встречную задолженность, рассматривается как совершенно случайный фактор.

В истории известны различные подходы к допустимости зачета при банкротстве. К примеру, Г.Ф. Шершеневич поддерживал систему современного ему французского права, не допускавшую возможности зачета, и критически оценивал германскую модель, а также российское законодательство, допускавшее возможность зачета в рассматриваемом случае (конец XIX — начало XX в.)¹.

Согласно п. 1 ст. 63 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) с даты вынесения арбитражным судом определения о введении наблюдения не допускается прекращение денежных обязательств должника путем зачета встречного однородного требования, если при этом нарушается установленная п. 4 ст. 134 Закона очередность удовлетворения требований кредиторов. Такие же последствия установлены в п. 1 ст. 81 Закона о банкротстве для процедуры финансового оздоровления. В процедурах внешнего управления и конкурсного производства аналогичной нормы не содержится, но данная идея явно предполагается и может быть выведена по смыслу Закона. Строго говоря, поскольку в российской практике процедура наблюдения вводится практически всегда (за исключением банкротства ликвидируемого должника), достаточно было бы одного запрета в п. 1 ст. 63, ведь нигде далее в Законе не сказано, что ограничения, налагаемые на должника и его кредиторов с открытием процедуры наблюдения, заканчиваются с завершением этой процедуры. Как правило, они могут закончиться только с завершением дела о банкротстве, а если дело пере-

ходит в следующую стадию (процедура наблюдения сменяется процедурой конкурсного производства и т.п.), то законодатель предусматривает еще более жесткие ограничения по сравнению с теми, что имели место в процедуре наблюдения.

|| Таким образом, можно считать, что в России на всем протяжении дела о банкротстве после введения процедуры наблюдения (для ликвидируемого должника — с момента открытия конкурсного производства) удовлетворение кредиторов посредством зачета встречного требования к должнику не допускается².

Данный вывод можно уточнить с учетом положений п. 8 ст. 142 Закона о банкротстве, согласно которым конкурсный управляющий (но не кредитор!) может заявить о зачете, но только при условии соблюдения очередности и пропорциональности удовлетворения требований кредиторов. Это означает следующее: если требование кредитора равно 100 и кредитор должен внести в конкурсную массу столько же (100), но с учетом всех активов, составляющих конкурсную массу, каждый кредитор той же очереди мог бы претендовать всего на 40%, то зачет был бы возможен только в отношении 40, остальные 60 кредиторы следовало бы внести в конкурсную массу.

При этом, конечно, может образоваться своего рода замкнутый круг, поскольку на какую-то часть из этих 60 наш кредитор также мог бы претендовать наряду с остальными. Допустим, их еще 9 человек с одинаковыми требованиями (по 100). Таким образом, из этих 60 единиц нашему кредитору причиталось бы еще 6, и тогда он должен был бы вносить в конкурсную массу всего 54. Но и из этих 54 ему причиталось бы 10%, т.е. 5,4. И так без конца...

Способ выхода из порочного круга можно видеть в том, чтобы учитывать в числе активов массы всю сумму, которую в нее должен внести кредитор (в нашем случае — 100). Тогда кредитор получил бы зачет только на 40 и больше никаких пересчетов не требовалось

¹ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С. 386—388.

² По текущим требованиям судебная практика допускает зачет без каких-либо ограничений (см. постановления ФАС Уральского округа от 29.10.2007 № Ф09-8738/07-С6, от 12.02.2007 № Ф09-7479/06-С4, ФАС Волго-Вятского округа от 26.04.2007 по делу № А39-3366/2006-166/14).



бы. Однако этот вариант предполагает, что кредитор гарантированно внесет оставшиеся 60 в массу. Если этого не произойдет, то, проведя зачет на 40, по сравнению с иными кредиторами он получит более 40%, т.е. пропорциональность будет нарушена. И тут нам угрожает новый замкнутый круг.

Описывать эти круги более детально мы не видим смысла, во-первых, потому что надеемся на изменение российского законодательства в будущем и его приведение в соответствие с мировыми образцами, о которых пойдет речь ниже, и, во-вторых, поскольку в российской судебной практике примеров, в которых о зачете заявлял бы конкурсный управляющий, просто не встречается. По-видимому, для них это слишком опасное и хлопотное дело (а без подобных попыток судебная практика, разумеется, также не может развиваться).

Следует вспомнить историю: как возникло в России столь категорическое неприятие возможности зачета в ходе дела о банкротстве должника?

Началось все с судебной практики применения Закона о банкротстве 1998 г. В п. 14 Обзора практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29.12.2001 № 65) содержался следующий тезис: «Зачет встречного однородного требования не допускается с даты возбуждения в отношении одной из его сторон дела о банкротстве». В обоснование указанной идеи указывалось на то, что с даты возбуждения дела о банкротстве должника его кредиторы не вправе получать от него какие-либо суммы (в том числе и путем зачета встречных однородных требований) без соблюдения порядка, установленного Законом о банкротстве. В соответствии со ст. 95 этого Закона погашенными требованиями кредиторов считаются не только удовлетворенные требования, но и требования, по которым достигнуто соглашение об отступном или о новации обязательства либо о прекращении обязательства иным образом. Следовательно, заявление о зачете встречного однородного требования представляет собой действие кредитора, направленное на погашение его требования должником, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, что противоречит п. 1 ст. 57 Закона о банкротстве 1998 г.

В первом приближении указанная идея кажется верной. Зачет представляет собой один из так называемых суррогатов исполнения обязательства (кредитор вправе сделать заявление, которое будет иметь силу фактического исполнения двух встречных обязательств), поэтому запрет платежей, который имеет место в связи с делом о банкротстве, в отсутствие дополнительных уважительных причин должен распространяться и на суррогаты платежей.

Например, без каких-либо сомнений можно сказать, что должник, находящийся в банкротстве, не вправе погашать, а кредиторы не вправе принимать исполнение (*solutio*) не только в собственном виде, но и в виде такого суррогата, как отступное (*datio in solutum*). Тем не менее надлежит все же проверить, нет ли у зачета таких дополнительных особенностей, которые позволили бы с политико-правовой точки зрения обосновать исключение из общего правила.

Далее в Законе о банкротстве 2002 г. появилось регулирование, уже упомянутое нами. Отличие в датах, с наступлением которых не допускается зачет (дата возбуждения дела о банкротстве в Информационном письме и дата введения процедуры наблюдения в Законе 2002 г.), объясняется тем, что по Закону 1998 г. отсутствовал промежуток времени между возбуждением производства по делу и введением процедуры наблюдения (наблюдение вводилось одновременно с принятием заявления о признании должника банкротом). Поэтому с точки зрения зачета в Законе ничего не изменилось: право на зачет ограничено с того момента, когда введена процедура наблюдения.

Затем, следуя логике, что зачет это не более чем суррогат платежа, судебная практика распространила на зачет ограничения, которые вводились для платежей, направленных на удовлетворение отдельных кредиторов преимущественно перед другими кредиторами (сделки с предпочтением)³.

³ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.01.2005 № 11119/04 и комментарий к нему // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2005 год с комментариями / под ред. Председателя ВАС РФ А.А. Иванова. М., 2010.

Это означало, что при наличии оснований для оспаривания платежа, совершенного в пользу кредитора, можно было оспаривать и зачет. Правовая судьба зачета и платежа оказалась полностью тождественной.

Согласно п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.04.2009 № 32 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом „О несостоятельности (банкротстве)“» «под сделками, которые могут быть оспорены по специальным основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве, в том числе пунктами 2 и 3 статьи 103, данным Законом понимаются также и действия, являющиеся исполнением обязательств (в частности, платеж должником денежного долга кредитором, передача должником иного имущества в собственность кредитора), или действия, влекущие те же правовые последствия (зачет, новация, отступное)».

Далее в п. 16 Постановления Пленума ВАС разъяснялось, как следует применять процитированные выше нормы Закона о банкротстве, ограничивающие зачет (п. 1 ст. 63, п. 1 ст. 81, п. 8 ст. 142): «Арбитражным судам следует, исходя из смысла пункта 3 статьи 103 Закона, рассматривать заявления о зачете, сделанные должником или кредитором, или заключенные ими соглашения о зачете как оспоримые сделки. Такие сделки, если они совершены в ходе наблюдения, может оспорить временный управляющий на основании абзаца второго пункта 1 статьи 66 Закона, в ходе финансового оздоровления — административный управляющий на основании абзаца седьмого пункта 4 статьи 83 Закона, в ходе внешнего управления — внешний управляющий или кредитор на основании пункта 3 статьи 103 Закона, в ходе конкурсного производства — конкурсный управляющий или кредитор на основании абзаца шестого пункта 3 статьи 129 Закона».

Данное разъяснение ценно по меньшей мере тем, что объявляет данные сделки оспоримыми, хотя формально данные сделки напрямую нарушают запрет, установленный законом, и в силу ст. 168 ГК РФ должны были бы, если подходить формально, признаваться ничтожными, а не оспоримыми.

Почти одновременно с указанным Постановлением Пленума ВАС законодатель внес существенные изме-

нения в регулирование сделок, оспоримых при банкротстве должника, восприняв многие идеи из указанных разъяснений.

В свою очередь ВАС РФ в Постановлении Пленума от 23.12.2010 № 63 прокомментировал новеллы законодательного регулирования. Приведем некоторые выдержки, имеющие отношение к зачету.

1. По правилам главы III.1 Закона о банкротстве могут, в частности, оспариваться действия, являющиеся исполнением гражданско-правовых обязательств (в том числе наличный или безналичный платеж должником денежного долга кредитором, передача должником иного имущества в собственность кредитора), или иные действия, направленные на прекращение обязательств (заявление о зачете, соглашение о новации, предоставление отступного и т.п.) (п. 1 Постановления).

2. К сделкам, совершенным не должником, а другими лицами за счет должника, которые в силу п. 1 ст. 61.1 Закона о банкротстве могут быть признаны недействительными по правилам главы III.1 Закона (в том числе на основании ст. 61.2 или 61.3), может, в частности, относиться сделанное кредитором должника заявление о зачете (п. 2 Постановления).

3. В случае признания недействительным на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве заявления о зачете суд вправе по ходатайству кредитора указать в определении о признании сделки недействительной также на включение восстановленного требования в реестр требований кредиторов (п. 28 Постановления).

Таким образом, поскольку никаких особенностей для зачета не предусмотрено ни законодательством, ни разъяснениями надзорной инстанции, любое соглашение сторон или заявление о зачете, сделанное кредитором или должником, например, может быть признано недействительным автоматически, если оно совершено за один месяц до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом (либо после этой даты).

В результате упомянутый в п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве запрет на проведение зачета после введе-



ния процедуры наблюдения фактически утрачивает какой-либо смысл. Если зачет будет проведен после этой даты, он будет являться оспоримой сделкой (см. выше разъяснения Пленума ВАС). Если он будет проведен до даты введения процедуры наблюдения, но в пределах месяца до возбуждения производства по делу о банкротстве, он будет являться точно такой же оспоримой сделкой (причем сделкой, которую признают недействительной автоматически). Суд не может установить практически никаких обстоятельств, которые позволили бы ему не признавать сделку недействительной. Добросовестность контрагента в пределах этого срока не имеет значения, а иные преграды для признания сделки недействительной сложно представить (разве что в каких-то случаях речь может идти о злоупотреблении правом на оспаривание сделки; нужно признать, что нам пока неизвестны случаи отказов в признании недействительным зачета или даже платежа со ссылкой на ст. 10 ГК РФ).

Более того, сделка зачета может быть признана действительной, если она совершена во время от шестого до первого месяцев, предшествующих дате возбуждения дела о банкротстве, но это произойдет только при условии, что конкурсный управляющий или иной истец⁴ докажет недобросовестность стороны, заявляющей о зачете (кредитора) или воспринимающей зачет (если о зачете заявил должник) (п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве). Под недобросовестностью стороны понимается знание о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества. Предполагается, что заинтересованное лицо знало о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества, если не доказано обратное.

Итак, имеет место сверхжесткое отношение к удовлетворению кредиторов посредством зачета встречного требования к должнику. Теперь необходимо определить, насколько оно присуще иным — зарубежным — правовым порядкам, а также унифицированным международным актам.

Регламентация зачета при банкротстве в иностранных правовых порядках и на международном уровне

Германия

В Германии считается, что зачет позволяет конкурсному кредитору самостоятельно удовлетвориться за счет направленного против него права требования. § 94—96 Положения Германии о несостоятельности (*Insolvenzordnung*) определяют пределы, в которых допускается подобное преимущественное самоудовлетворение конкурсного кредитора после открытия конкурсного производства⁵. Текущие кредиторы (кредиторы конкурсной массы) не ограничены в праве заявить зачет⁶. При этом проводится различие между теми случаями, когда правовое положение, допускающее зачет (*Aufrechnungslage*), имелось на момент открытия конкурсного производства, и другими случаями — когда оно установилось после этого момента.

Если правовое положение, предполагающее зачет, имелось до открытия конкурса, то согласно § 94 Положения о несостоятельности⁷ право конкурсного кредитора на зачет сохраняется, если он обладал им к моменту открытия конкурса в силу закона или на основании соглашения (этот вопрос решается по общим правилам гражданского законодательства — см. § 387 и сл. ГГУ). При этом не имеет значения, было ли на момент установления интересующего нас правового положения подано заявление о признании должника банкротом (велось ли дело о банкротстве на той стадии, которая предшествует объявлению должника банкротом).

Основное требование (против которого зачитывает свое требование кредитор) не обязательно должно быть принудительно (в судебном порядке) исполнимым, но исполнимым в принципе (*erfüllbar*). Другими словами, требование должно возникнуть. Будущие требования, а также требования, поставленные под

⁴ При банкротстве индивидуального предпринимателя сделку может оспаривать любой кредитор.

⁵ *Jacoby // Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung. ZAP-Verlag. 3. Aufl., 2009. S. 1037.*

⁶ *Ibid. S. 1038.*

⁷ Примечательно, что данный параграф называется «Сохранение положения, позволяющего зачет»; иными словами, эта идея провозглашается как общий принцип.

отлагательное условие, не признаются исполнимыми. Особенно это актуально для длящихся обязательств: так, требование из договора аренды за будущие периоды пользования не признается возникшим, а значит, против него не может быть заявления о зачете со стороны конкурсного кредитора⁸.

К ограничению права кредитора на зачет не приводят никакие ограничения на совершение исполнительных действий в отношении должника (аналогично тем, которые предусмотрены в ст. 63 российского Закона о банкротстве в качестве последствий введения наблюдения) или общий запрет распоряжения имуществом (эта мера в Германии сродни аресту, налагаемому на все имущество индивидуального предпринимателя в России в результате введения наблюдения)⁹.

Заявление о зачете подается после открытия конкурсного производства в отношении конкурсного управляющего. Другой вариант: положение, предполагающее возможность зачета, возникает после открытия конкурсного производства.

В основе § 95 Положения о несостоятельности лежит мысль о защите доверия. Норма гарантирует кредитору, который до открытия конкурсного производства был вправе рассчитывать в будущем реализовать свое требование к должнику посредством зачета, — имея в виду, что возникнет положение, предполагающее возможность зачета, — чтобы он даже после открытия конкурсного производства не был обманут в данном ожидании.

Таким образом, конкурсный кредитор может заявлять о зачете, если его требование возникло ранее, чем требование несостоятельного должника к нему (постольку, поскольку требование массы к кредитору может быть исполнено до наступления срока платежа). Если, напротив, требование несостоятельно должника созрело ранее встречного требования конкурсного кредитора, то зачет не допускается (нет такого доверия, которое нуждалось бы в защите)¹⁰.

Несозревшим является требование, которое хотя и возникло, но еще не наступило по сроку или ему противостоит какое-либо возражение¹¹.

Абзац 1 § 96 Положения о несостоятельности предусматривает, что зачет не допускается, во-первых, если долг кредитора перед конкурсной массой возник после открытия конкурсного производства и, во-вторых, если конкурсный кредитор приобрел свое требование от иного кредитора после открытия конкурсного производства.

Последним запретом не охватываются случаи, при которых лицо, планирующее заявить о зачете, было до открытия конкурсного производства кредитором, чье требование находилось под условием. Третье ограничение сводится к тому, что не допускается зачет, если соответствующее положение (встречность, однородность и «зрелость» требований) создано вследствие оспоримого юридического действия (об этом говорилось выше). Четвертое ограничение возникает, если кредитор, чье требование должно быть исполнено из свободного имущества должника, что-либо должен в конкурсную массу.

Первый, второй и четвертый запрет являются зеркальным отражением § 95, поскольку к моменту открытия конкурсного производства положения, позволяющего зачет, еще не возникло. Третий запрет (зачитываемое требование возникло из оспоримой сделки) — самостоятелен. Первый запрет толкуется системно в совокупности с § 95. Иными словами, если заложена основа требования, но само оно пока не возникло, зачет возможен в силу § 95 (и § 96 этому не препятствует).

Реально первый запрет применяется в случаях, когда требования к кредитору возникли из его сделки с конкурсным управляющим либо вследствие деликта кредитора против конкурсной массы, либо в результате покупки в конкурсную массу требований к данному кредитору¹².

Под второй случай (приобретение требований кредитором после открытия производства) подпадает как сингулярное, так и универсальное правопреемство.

⁸ *Jacoby. Op. cit. S. 1043.*

⁹ *Nachmann/Fridgen // Handbuch Insolvenzrecht in Europa. Deutschland — Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 365.*

¹⁰ *Ibid. Rn. 370.*

¹¹ *Jacoby. Op. cit.*

¹² *Ibid. S. 1059.*



Смысл нормы понятен: должник не должен иметь возможность с большой скидкой скупить требования к собственному кредитору, попавшему в предбанкротное состояние, чтобы потом зачесть их в полной сумме. Тем самым один нечестно обогатится (сэкономит), а конкурсная масса в таком случае недополучит реально причитающиеся ей средства.

Третий запрет понимается широко и охватывает собой в том числе зачет, произведенный до открытия конкурсного производства. При этом не имеет значения, в каком порядке приобретались требования: сначала ли кредитор стал кредитором, а затем должником или же наоборот (германские авторы это разъясняют, поскольку данный вопрос имеет значение в отношении § 95).

Немаловажно отметить, что зачет, недопустимый согласно указанному запрету, является недействительным *ipso jure*, а не оспоримым (*anfechtbar*)¹³.

Наиболее типичные случаи недействительности зачета в Германии — это случаи, в которых кредитор скупает права требования к должнику, будучи его должником.

Если это произошло в течение месяца до подачи заявления о признании банкротом, то оспаривание происходит автоматически (проверка каких-либо иных предпосылок не требуется), если же в течение второго и третьего месяца до подачи, то либо должник должен быть фактически несостоятельным, либо кредитор должен знать, что это его юридическое действие ущемляет интересы иных кредиторов¹⁴.

Можно привести пример из практики Верховного суда ФРГ: будущий несостоятельный должник продал одному из своих кредиторов товар за десять дней до подачи заявления о признании его банкротом, не будучи обязанным заключать такую сделку в силу закона или договора. Суд признал, что создание положения, позволяющего провести зачет, в данном случае является необоснованным (*inkongruent*)¹⁵.

Встречается мнение, согласно которому нормы о недопустимости зачета (§ 96 Положения о несостоятельности) имеют специальный характер по отношению к правилам об оспаривании сделок по основаниям, предусмотренным в § 130 и 131 Положения (сделки с преимущественным удовлетворением)¹⁶. Из этого следует: формула п. 3 § 96 не может пониматься таким образом, будто юридическое действие, породившее предпосылки для зачета, следует проверять на оспоримость изолированно и независимо от того обстоятельства, что данное действие привело к установлению возможности зачета. Если бы это юридическое действие было оспоримым само по себе (например, если бы речь шла о продаже по заниженной цене, т.е. применялся бы § 132 Положения), то с его оспариванием отпадала бы и возможность зачета, да и зачет не производил бы более правовых последствий. Но в этом случае норма п. 3 § 96 Положения была бы излишней. Следовательно, толковать эту норму необходимо только так, чтобы оспоримым было само возникновение возможности для зачета, когда к этому моменту имелись признаки, установленные в § 130 и 131 Положения о несостоятельности (прежде всего § 131)¹⁷. Подобная логика должна применяться также и в том случае, если кредитор, заявляющий о зачете, изначально был только должником должника (банкрота).

Например, если кредитор накануне банкротства покупает у должника что-то и зачитывает свое требование к должнику в счет уплаты покупной цены за товар, то такой зачет будет недопустимым. Сама же сделка купли-продажи может быть расценена по-разному. Например, если товар был совершенно не нужен кредитору (покупателю), то эта сделка будет квалифицирована как прикрывающая соглашение об отступном, которое в свою очередь можно оспорить согласно п. 1 абз. 1 § 131 Положения о несостоятельности. Если же

¹³ Zeuner M. Die Anfechtung in der Insolvenz. 2. Aufl. Verlag C.H. Beck: München, 2007. S. 100.

¹⁴ Ibid. S. 1065.

¹⁵ Решение ВС ФРГ от 05.04.2001 (цит. по: Zeuner M. Op. cit. S. 73).

¹⁶ Campe M., v. Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich. Heymann Verlag (RTS-Schriften zum Insolvenzrecht; Bd. 5), 1996. S. 108—109.

¹⁷ Ввиду возникающих сложностей в правоприменении представляется обоснованной критика М. фон Кампе в адрес норм Положения Германии о несостоятельности, а также его предложение сформулировать запрет на зачет не через отсылку к положениям об оспаривании сделок, а посредством самостоятельной нормы, в которой могли бы быть повторены отдельные элементы, упомянутые в общих нормах об оспаривании сделок (Campe M., v. Op. cit. S. 107). Думается, что этот путь наиболее приемлем для российской законодательной практики.

товар был нужен кредитору, то договор нельзя будет оспорить, если цена и товар были эквивалентными¹⁸.

Наконец, сделку зачета можно оспорить на основании § 133 Положения о несостоятельности (умышленное причинение вреда кредиторам), хотя чаще всего это сделать сложно, поскольку данный параграф предполагает участие должника в сделке (его умысел). Однако сделать это проще, когда должник и кредитор заключают договор купли-продажи, по которому у кредитора возникает возможность зачета своим прежним требованием против обязанности внесения покупной цены. Здесь вывод о наличии умысла делается из несправедливого покрытия¹⁹.

Австрия

В Австрии зачет текущих обязательств против требований массы производится без каких-либо особенностей. Однако для зачета конкурсными требованиями в Конкурсном уставе Австрии 1914 г. предусматривается, с одной стороны, облегчение (§ 19), с другой — осложнение (§ 20). Первое реализует идею о том, что положение, при котором возможен зачет, с экономической точки зрения сопоставимо с положением залогового кредитора, имеющего право на исключительное удовлетворение из конкурсной массы, а последнее — проводит в жизнь принцип *par condicio creditorum* (пропорциональное удовлетворение кредиторов; также называется принципом *paru passu*).

В противоположность общим положениям Гражданского уложения Австрии нормы, посвященные зачету конкурсных требований при несостоятельности, являются императивными. Особое значение это имеет для различных договорных условий, предусматривающих на случай банкротства расширенные возможности для зачета. Они нарушают принцип равного отношения ко всем кредиторам и потому необязательны для конкурсной массы; их отдельное оспаривание является излишним²⁰.

Требования, условия для зачета которых сформировались ранее открытия конкурса, не требуются предъявлять для установления в деле о банкротстве (заявлять требуется только сумму разницы). Но даже если кредитор заявит свое требование — в этом не усматривают отказ от права на зачет посредством конклюдентных действий. Главное, чтобы требования попали в положение встречности (совпали друг с другом) на момент открытия конкурса.

Зачет допустим и в некоторых случаях, когда требование возникает после открытия конкурсного производства (по общему правилу это запрещено), например если речь идет о требовании о возмещении ущерба, связанного с отказом от договора или автоматическим прекращением договора по банкротным основаниям²¹.

Облегчение, предусматриваемое Конкурсным уставом, заключается в том, что при банкротстве может произойти зачет требований, находящихся под условием, например будущих требований по длящимся обязательствам (в этом случае суд может потребовать обеспечения), а также неденежных требований, которые пересчитываются в денежные в связи с открытием конкурса²².

Зачет недопустим, если конкурсный кредитор стал должником конкурсной массы только после открытия конкурса или если он приобрел (имеется в виду — от третьих лиц) требование к должнику после этого момента; и даже, в качестве исключения, если он приобрел требование ранее этого момента, — зная или будучи обязанным знать о неплатежеспособности должника (бремя доказывания возлагается на конкурсного управляющего). Смысл данного ограничения понятен: предотвратить выгоду, образовавшуюся бы у кредитора, который в силу сделки с массой стал бы ее должником либо скупил дешево (ниже номинала) требования к массе и необоснованно и несправедливо получил бы возможность зачета²³.

Чехия

В противоположность прежнему регулированию (Закону 2001 г.), по которому строго запрещалось проведе-

¹⁸ *Campe M., v. Op. cit. S. 108.*

¹⁹ *Jacoby. Op. cit. S. 1066.*

²⁰ *Duursma-Kepplinger // Kindler/Nachmann. Handbuch Insolvenzrecht in Europa: Oesterreich. Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 172.*

²¹ *Ibid. Rn. 178.*

²² *Ibid. Rn. 174—175.*

²³ *Ibid. Rn. 176.*



ние зачета встречного требования после объявления должника банкротом, новое регулирование принципиально допускает зачет требований, вводя при этом определенные ограничения. По общему правилу зачет допускается (в том числе после открытия конкурса), если установленные законом условия его проведения образовались до признания должника банкротом.

Согласно современным правовым воззрениям и нормативному регулированию зачет представляет собой один из видов исполнения обязательств (§ 580 ГК Чехии, § 358 ТК Чехии), причем он является результатом односторонней или многосторонней сделки. При зачете погашение обязательств восходит к тому моменту, когда требования встретились (совпали) друг с другом.

Как правило, требования считаются встретившимися в момент наступления срока исполнения по последнему из них. Против требования с наступившим сроком исполнения нельзя в одностороннем порядке заявить зачет требованием с ненаступившим сроком исполнения.

Согласно абз. 3 § 140 Закона Чехии о банкротстве зачет невозможен, если кредитор, заявляющий о нем:

- не подал заявления об установлении его требований;
- приобрел требование в результате сделки, оспори-мой по банкротным основаниям (§ 235—242 Закона Чехии о банкротстве);
- в момент приобретения такого требования, которое было пригодно для зачета (как правило, в результате уступки), знал о банкротстве должника;
- не уплатил в конкурсную массу ту часть собственного долга перед банкротом, которая превышает встречные требования друг к другу (необходимо сперва уплатить разницу в массу и лишь потом заявлять о зачете).

С учетом изложенного комментаторы чешского законодательства рекомендуют проводить зачет не раньше момента, когда требование кредитора будет установлено. При этом допускается как одностороннее, так и двустороннее волеизъявление²⁴.

Франция

Согласно ст. L622-7 Французского торгового кодекса допускается совершение зачета после открытия конкурсного производства при соблюдении ряда предпосылок. К их числу относятся следующие: требования должны быть взаимообусловленными, определенными и созревшими²⁵ (*créances certaines, liquides et exigibles*). Если одно из требований созревает после опубликования решения о признании должника банкротом, зачет не допускается²⁶.

Понятие взаимообусловленности во французской науке не является окончательно ясным, в судебной практике также встречаются расхождения и противоречия. Однако можно признать, что этот термин за время, прошедшее с его появления, получил значительное развитие.

Первоначально взаимообусловленность признавалась только тогда, когда встречные требования вытекали из одного и того же договора. С 70-х годов прошлого века это понятие было распространено также на такие случаи, в которых встречные требования вытекали из разных договоров, но исходя из представлений сторон образовывали единое целое. Как следствие, взаимообусловленными признавались требования из встречных поставок товаров или из различных сделок между банком и его клиентом.

После принятия в 1985 г. поправок в законодательство о несостоятельности, призванных усилить его реабилитационную направленность, практика начала двигаться в обратном направлении, признавая взаимообусловленность только в тех случаях, когда требования вытекали из одного договора (включая рамочный договор)²⁷.

В новейшей судебной практике суды допускали зачет по требованиям, возникшим из одного договорного отношения (2001 г.), возникшим из двух разных договорных отношений, образующих экономическое единство

Europa. Tschechische Republik. Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 199—203.

²⁵ См. об этом понятии выше в разделе о Германии.

²⁶ *Bauerreis // Kindler/Nachmann. Handbuch Insolvenzrecht in Europa: Frankreich. Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München. 2010. Rn. 191.*

²⁷ *Campe M., v. Op. cit. S. 129.*

²⁴ *Konopcik M. // Kindler/Nachmann. Handbuch Insolvenzrecht in*

(1997 г.) или проведенных в бухгалтерский проводках по одному и тому же счету²⁸.

|| При оспаривании зачета во Франции применяются разные правила в зависимости от вида зачета.

Compensation légale. В качестве общего правила зачет наступает в силу закона, как только требования встречаются друг против друга готовыми к зачету. В этом случае говорят о зачете в силу закона. Эта форма зачета не подлежит оспариванию по банкротным основаниям, поскольку должник в ней не участвует, а юридические акты, происходящие без участия должника, как правило, не могут быть оспорены²⁹.

Несколько иначе дело обстоит в том случае, когда проведению зачета способствовала меновая сделка, заключенная должником со своим кредитором в период подозрительности, по которой должник приобрел требование к кредитору, которое будет зачтено. В этом случае должник содействовал возникновению положения, позволяющего проведение зачета, поэтому допускается оспаривание как самой сделки, так и связанного с ней зачета.

Судебная практика в соответствии с господствующим в доктрине мнением применяет в данном случае норму об оспаривании сделок с объективным предпочтением³⁰. Обосновывается это тем, что договор, по которому у кредитора возникает право на зачет, представляет собой скрытое отступное. Но имеется также и другая точка зрения, согласно которой скрытого отступного в данном случае нет, и потому зачет может быть оспорен только на основании нормы об оспаривании сделок с

субъективным предпочтением³¹. Формально между указанными нормами существуют значительные отличия, поскольку при оспаривании сделки с объективным предпочтением не требуется доказывать знание контрагента о кризисном положении должника, а при оспаривании сделки с субъективным предпочтением такое доказывание необходимо. Однако фактически это различие нивелируется: если доказано, что кредитор знал о кризисном положении должника и осознанно заключил с ним договор с целью погашения собственного требования к должнику, эта сделка признается прикрывающей соглашением об отступном³².

|| В любом случае оспорен будет не сам зачет, а сделка, сделавшая его возможным (после ее оспаривания зачет отпадет сам собой).

Compensation judiciaire — так называемый судебный зачет имеет место в том случае, когда два встречных требования не могут быть зачтены, поскольку отсутствует одно из условий, установленных в ст. 1290 Французского гражданского кодекса, но суд своим преобразующим судебным актом все-таки зачитывает их между собой. Поскольку и в этом зачете должник не участвует (зачет зависит исключительно от судебного акта), его невозможно оспорить в самостоятельном порядке. Если же стороны способствовали подобному судебному акту, чтобы при помощи суда осуществить неопровержимый зачет, то против такого судебного акта может быть подана жалоба.

Compensation conventionnelle — договорный зачет. Эта разновидность зачета имеет место в том случае, когда должник создал условия для зачета, вступив в соглашение с кредитором. Судебная практика и господствующее в литературе мнение расценивают подобный зачет как аномальный, необычный способ платежа, который подлежит оспариванию на основании нормы о сделках с объективным предпочтением. При этом предметом оспаривания является та сделка, благодаря которой появились основания для зачета (например, соглашение о переносе даты платежа по одному из требований), — при условии, что она совершена в период подозрительности.

²⁸ *Bauerreis. Op. cit. Rn. 191.*

²⁹ В соответствии с очередной реформой французского законодательства о банкротстве 2005 г. данное ограничение на оспаривание сделок именно должника, а не иных лиц было снято. Однако законодатель, очевидно, имел в виду прежде всего сделки супруга несостоятельного должника, которые тот совершает по поводу общего имущества супругов (*Bauerreis. Op. cit. Rn. 202*).

³⁰ В работе М. фон Кампе, по которой приводится основное изложение французского опыта, сделана ссылка на п. 4 абз. 1 ст. 107 Закона Франции о банкротстве, однако в настоящее время банкротство регулируется особым разделом во Французском торговом кодексе, и ст. 107 прежнего закона, по-видимому, соответствует ст. L632-1 кодекса.

³¹ Ранее ст. 108 Закона Франции о несостоятельности; теперь, по-видимому, ст. L632-2 Французского торгового кодекса (*Campe M., v. Op. cit. S. 125—126*).

³² *Ibid.*



Из правила о возможности оспаривания договорного зачета есть исключение на тот случай, если оба зачитываемых требования являлись взаимообусловленными (*in Konnexitaet stehen*). Подобный зачет нельзя оспаривать ни по одному из оснований предпочтительности (ни объективной, ни субъективной)³³.

Причина того, что зачет взаимообусловленных требований нельзя оспорить, даже если он совершен в преддверии банкротства, проста: такой зачет допускается после открытия конкурсного производства. В основе такого подхода, по мнению М. фон Кампе, лежат элементарные представления о справедливости: если не допустить возможности зачета встречных требований, допустим, по одному и тому же договору, то контрагент несостоятельного должника был бы обязан сделать предоставление, хотя на встречное предоставление он мог бы рассчитывать только пропорционально с другими кредиторами³⁴.

Италия

В Италии кредиторы имеют право осуществить зачет и в том случае, если срок платежа по какому-либо требованию (должника или кредитора) наступил уже после открытия конкурсного производства (ст. 56 Конкурсного закона 1942 г.). В качестве обоснования такого подхода, как правило, приводятся соображения справедливости: было бы нечестно, если бы кредитор был обязан в полном объеме исполнять встречное требование к нему, получая в счет своего требования только конкурсную квоту³⁵. Главное условие: требования должны возникнуть ранее этой даты; поэтому зачет требованиями, которые возникли у кредитора уже в отношении конкурсной массы, недопустим. Это касается, в частности, требований, возникших в результате конкурсного оспаривания сделок.

Судебная практика требует для зачета предварительного установления требований в конкурсном производстве, причем о зачете следует заявить не позднее

момента обращения с заявлением об установлении требования в деле о банкротстве³⁶. Для предотвращения злоупотреблений исключается зачет такими требованиями, которые кредитор приобрел только после открытия конкурсного производства или в течение года перед этим по сделке (не в порядке наследования), если срок исполнения по такому требованию не наступил к моменту открытия конкурсного производства³⁷.

Испания

Согласно ст. 58 Закона Испании о конкурсе (2004 г.) зачет требованиями должника с момента открытия конкурса является недействительным. Тем не менее, если предпосылки для зачета имелись уже до объявления конкурса, они произвели свое действие *de jure* в силу ст. 1195 ГК Испании³⁸. Таким образом, в наиболее распространенных и бесспорных случаях, когда встречная задолженность имелась, возможно, задолго до возбуждения дела о банкротстве, — кредитор не пострадает. Отчасти этому способствует подход, свойственный романской правовой традиции, согласно которому встречные требования прекращаются ввиду самого факта их совпадения между собой (встречности) и при этом нет необходимости заявлять о зачете.

Англия

Зачет при банкротстве в английском праве признается мощным правовым средством, имеющимся в распоряжении кредитора, поскольку совмещает в себе большинство перспективных черт зачета по общему праву и по праву справедливости. Цель зачета при банкротстве — «*to do substantial justice between the parties*»³⁹, т.е. обеспечить справедливость в отношениях сторон.

³³ Campe M., v. Op. cit. S. 127.

³⁴ Ibid. S. 129.

³⁵ Kannengiesser M. Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Mohr Siebeck: Tübingen, 1998. S. 39.

³⁶ Ibid.

³⁷ Kindler/Conow // Kindler/Nachmann. Handbuch Insolvenzrecht in Europa: Italien. Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 172, 241—242.

³⁸ Fries/Steinmetz // Kindler/Nachmann. Handbuch Insolvenzrecht in Europa: Spanien. Stand November 2009. Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 136.

³⁹ Beale H. et al. The law of personal property security. Oxford University Press, 2007. P. 261.

Для зачета согласно Закону о несостоятельности 1986 г. (*Insolvency Act*) необходимо, чтобы встречные требования возникли на момент начала производства по делу о несостоятельности. Однако не требуется, чтобы встречные притязания уже к этому моменту времени были созревшими (с наступившими сроками исполнения). Достаточно, чтобы встречные правовые отношения были заложены как основание для позднейших встречных притязаний и указанные притязания существовали к тому моменту, когда потребуется установить сумму сальдо. Таким образом, притязание, находящееся под условием или отсроченное на момент открытия конкурсного производства, не исключает возможности зачета, если позднее станет окончательно возникшим⁴⁰.

Зачет в деле о банкротстве исключается в отношении притязаний, основание для которых было заложено в то время, когда кредитору было известно о непосредственно предстоящем банкротстве должника.

Решающей является не дата возникновения притязания или наступления срока его исполнения, но дата возникновения правоотношения, из которого происходит данное притязание. Если оно существовало уже до того, как кредитор узнал о предстоящей несостоятельности, это не препятствует зачету возникшего позднее притязания⁴¹. Также не допускается зачет требованием, которое приобретено кредитором в результате уступки ему соответствующего права в тот момент, когда он уже знал о предстоящем банкротстве или о начавшемся производстве по делу о несостоятельности.

Зачет при банкротстве происходит автоматически и не требует совершения каких-либо процедурных шагов от участников⁴². Требование и встречное требование снижаются на сумму сальдо. После этого на соответствующую сумму ни конкурсный управляющий не вправе предъявлять кредитору указанное требование

в исковом производстве, ни кредитор не вправе заявлять требование для установления в деле о банкротстве⁴³.

Большой интерес в контексте последующего изложения могут представлять рассуждения английской доктрины, сопоставляющей вещные обеспечительные конструкции (аналоги залога в континентальном праве) и зачет. По свидетельству О.Д. Анциферова, палата лордов долгое время полагала невозможным говорить о наличии у банка права удержания либо иного обеспечительного права в отношении его собственного долга перед клиентом по депозитному договору⁴⁴. Согласно классическому взгляду, выраженному Э.П. Эллингджером, в случае наличия у обслуживающего счет банка требований к клиенту удержание не может применяться к кредитовому остатку на счете клиента: банк обладает только правом осуществления зачета (*set-off*) долга клиента по обязательствам перед банком и имеющегося кредитового остатка на счете клиента⁴⁵.

Однако подобное положение вещей не могло удовлетворять банки, так как право зачета не давало им преимуществ перед третьими лицами — кредиторами клиента, поскольку является процедурным и не относится к имущественному праву (*property right*). Важнейший для банковской практики Англии прецедент был создан палатой лордов в деле *Morris v. Rayners Enterprises* (1998). В данном деле должник банка открыл депозит в данном банке и предоставил последнему право списывать средства и направлять их на погашение задолженности по кредиту без согласия вкладчика. Лордом Хоффманом в этом деле была высказана позиция, согласно которой вкладчиком банку был предоставлен имущественный интерес. Также в решении по делу указано, что *property interests* создают права *in rem*, имеющие силу в отношении третьих лиц и не затрагиваемые несостоятельностью собственника имущества, служащего обеспечением⁴⁶.

⁴⁰ Schillig // Kindler/Nachmann. *Handbuch Insolvenzrecht in Europa: Grossbritannien. Stand November 2009.* Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 450—452.

⁴¹ Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law. Student Edition.* London, 2005. Rd. 8—32 (цит. по: Schillig. *Op. cit.* Rn. 451).

⁴² Ali P.A.U. *The Law of Secured Finance: An International Survey of Security Interests over Personal Property.* Oxford University Press, 2006. P. 201. Rn. 6.82.

⁴³ Schillig. *Op. cit.* Rn. 452.

⁴⁴ Анциферов О.Д. *Залог денежных средств на банковском счете.* М., 2011. С. 68.

⁴⁵ Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A. *Ellinger's modern banking law.* Oxford, 2006. P. 805 (цит. по: Анциферов О.Д. Указ. соч. С. 68).

⁴⁶ Анциферов О.Д. Указ. соч. С. 68—70.



Как можно видеть, в континентальном и общем праве пути достижения одного и того же результата привычно разнятся. В Англии для придания зачету особой защиты при банкротстве в некоторых случаях приходится придумывать специальные обеспечительные конструкции. В Германии и иных странах зачет напрямую разрешается, но не потому, что на него смотрят как на разновидность залогового обеспечения, а потому, что в его основе лежит, по существу, та же самая идея — удержание чужого (в экономическом или юридическом смысле) в качестве обеспечения.

Турция

В Турецкой Республике зачет при конкурсном производстве возможен (абз. 1 ст. 200 Закона о принудительном исполнении и конкурсном производстве 1934 г.⁴⁷). Он допускается только в том случае, если требования стали встречными до открытия конкурсного производства. Кроме того, запрещается зачет против требований кредитора, вытекающих из ценных бумаг на предъявителя (абз. 2 ст. 200), а также против требований должника — юридического лица (хозяйственного общества) к своим участникам о внесении взносов в уставный капитал (абз. 3 ст. 200).

Оспаривание зачета также возможно: согласно ст. 201 оно допускается в том случае, если доказано, что кредитор искусственно создал ситуацию, позволяющую произвести зачет, причем сконструировал собственное требование или требование к выгоде третьего лица⁴⁸.

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности 2005 г.

В данном унифицированном документе, имеющем рекомендательный характер для национального зако-

нодателя, но воплощающем в себе консолидированные подходы ведущих представителей разнообразных правопорядков, проблеме зачета посвящены специальные статьи. Мы полагаем, что в ходе работ по подготовке изменений законодательства о банкротстве (наиболее предпочтительной, отметим, является, на наш взгляд, разработка новой версии закона в целом) этот документ обязательно должен быть внимательно рассмотрен и учтен отечественным законодателем. Процитируем наиболее значимые нормы руководства. Как видится, они не нуждаются в комментарии, поскольку несут в себе всю необходимую информацию и позволяют легко доказать основную идею данного раздела и всей нашей статьи: положение дел в России в отношении зачета является неоправданно жестким не только по сравнению с отдельными европейскими странами, но и с унифицированными мировыми подходами.

Вначале в документе дается следующий комментарий:

«204. Предусмотренная в законодательстве о несостоятельности реализация прав на зачет взаимных обязательств, возникших в результате сделок или действий должника, совершенных до открытия производства по делу о несостоятельности, имеет важное значение не только потому, что это необходимо для обеспечения коммерческой предсказуемости и доступности кредита, но и потому, что таким образом можно предотвратить целенаправленное злоупотребление процедурами несостоятельности. По этой причине в законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть защиту таких прав на зачет.

205. В большинстве правовых систем права на зачет не затрагиваются мораторием, вводимым при наступлении несостоятельности, и могут быть реализованы после открытия производства по делу о несостоятельности, независимо от того, возникли ли взаимные обязательства по какому-либо одному контракту или по ряду контрактов, и независимо от того, наступил ли срок платежей по взаимным обязательствам до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах проводится следующее различие: после открытия производства по делу о несостоятельности разрешается производить зачет обязательств, срок погашения которых наступил до открытия такого про-

⁴⁷ Этот закон базируется на швейцарском законе 1889 г., что сказывается даже в сходстве названий того и другого закона.

⁴⁸ Rumpf/Yilmaz // Kindler/Nachmann. *Handbuch Insolvenzrecht in Europa. Türkei — Stand November 2009.* Verlag C.H. Beck: München, 2010. Rn. 325—327.

изводства, однако зачет обязательств, срок погашения которых наступил после начала производства по делу о несостоятельности, ограничивается или запрещается.

206. Альтернативный подход предусматривает сохранение прав на зачет независимо от того, когда наступает срок погашения взаимных обязательств: до или после открытия производства по делу о несостоятельности, — но при этом действие моратория распространяется на реализацию этих прав точно так же, как этот мораторий применяется к осуществлению прав обеспеченных кредиторов. В системах, в которых используется этот альтернативный подход, кредитору предоставляется режим обеспеченного кредитора в объеме его действительных, но нереализованных прав на зачет и эти права пользуются такой же защитой, как и обеспечительные интересы (см. п. 59—69 Руководства).

207. Законодательство о несостоятельности почти всегда содержит положения, которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности принимать меры для того, чтобы аннулировать последствия определенных действий кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, имеющих целью расширить свои права на зачет (например, приобретения требований с дисконтом с целью создать права на зачет). Характер и сфера действия таких положений могут быть различными».

Далее руководство содержит собственно рекомендацию (№ 100):

«Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся зачета, заключаются в следующем:

- a) обеспечить определенность в отношении последствий открытия производства по делу о несостоятельности для реализации прав на зачет;
- b) указать виды обязательств, которые могут быть предметом зачета после открытия производства по делу о несостоятельности;
- c) оговорить последствия других положений законодательства (например, положений, касающихся рас-

торжения сделок и моратория) для реализации прав на зачет.

Содержание законодательных положений

100. Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно нормам права за пределами законодательства о несостоятельности общее право на зачет, которое возникло до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок»⁴⁹.

Нельзя сказать, что указанная рекомендация была выработана с легкостью. Например, в проекте руководства в 2001 г. (публикация A/CN.9/507 на сайте ЮНСИТРАЛ) говорилось: «201. В ответ на предположение о том, что право на зачет должно быть объектом моратория, с тем чтобы предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность рассмотреть соответствующие требования, было отмечено, что в различных правовых системах установлены различные материально-правовые нормы и процессуальные механизмы, регулирующие право на зачет. С учетом сложного характера этого вопроса было сочтено, что достижение согласия в отношении единого решения не представляется возможным. Тем не менее было подчеркнуто, что право на зачет сопряжено с существенным исключением в отношении равного статуса кредиторов и что его необходимо урегулировать. После обсуждения Рабочая группа решила, что в проекте руководства следует разъяснить, могут ли и в какой степени общие правила, касающиеся зачета, быть затронуты законодательством о несостоятельности, путем изложения имеющихся различных вариантов без указания конкретного правила. Было отмечено конкретное упоминание необходимости сохранить действие права на зачет в целях финансового взаимозачета».

⁴⁹ К сожалению, перевод указанной рекомендации не вполне точен. Речь должна идти не о расторжении сделок, а о признании их недействительными (avoid). Это очевидно следует из английского текста рекомендации: «100. The insolvency law should protect a general right of set-off existing under law other than the insolvency law that arose prior to the commencement of insolvency proceedings, subject to the application of avoidance provisions». В свою очередь avoidance provisions посвящены рекомендации 87—99 Руководства.



В проекте документа по состоянию на 15 октября 2002 г. (публикация *A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13*), подготовленном к 27 сессии V Рабочей группы комиссии ЮНСИТРАЛ, говорилось: «407. ...Законодательство о несостоятельности ряда стран предусматривает производство зачета взаимных денежных обязательств между должником и кредиторами в ходе производства по делу о несостоятельности при соблюдении определенных условий. Эти условия могут включать, например, условия о том, чтобы требования существовали и чтобы срок их погашения наступил в момент открытия производства; чтобы кредитор приобрел данное требование не в результате мошенничества и чтобы он не знал о финансовом положении своего должника; чтобы кредитор не приобрел данное требование в течение „подозрительного периода“; чтобы кредитор заявил о своем намерении добиваться зачета управляющему в деле о несостоятельности и чтобы требования соотносились между собой. Законодательство о несостоятельности лишь очень небольшого числа стран предусматривает обязательный зачет при несостоятельности, тогда как законодательство ряда других стран не допускает зачета на том основании, что он нарушает принцип *pari passu*».

Как мы видим, при подготовке рассматриваемого документа сталкивались между собой различные идеи, но выработанный в итоге подход отверг крайние проявления принципа *pari passu* и позволил проводить зачет по меньшей мере тем кредиторам, которые имели возможность для его заявления до возбуждения дела о банкротстве.

Наработки европейской доктрины

О сложности проблематики зачета при банкротстве говорит уже то обстоятельство, что в *Draft Common Frame of Reference* (Проект общей системы юридических ориентиров, далее — *DCFR*) содержится оговорка о неприменимости положений данного документа к зачету при банкротстве (см. абз. 2 ст. 6:102 книги второй *DCFR*). В комментарии к данной статье указывается следующее. Большинство правовых систем содержит специальное регулирование в отношении зачета при банкротстве. Однако, как правило, подобные положения являются частью того режима банкротства, который принят в конкретной стране (Англия: Закон о

банкротстве 1986 г., ст. 323; Ирландия: Закон о банкротстве 1988 г. и Закон о компаниях 1963 г., ст. 284; Германия: Положение о несостоятельности, § 94—96; Франция: Французский торговый кодекс, ст. L25; Италия: Закон о конкурсе, ст. 56; Австрия: Положение о несостоятельности, § 19 и сл.; Швеция: Закон о банкротстве 1987 г., гл. 5 § 15—17; Дания: Закон о конкурсе 1997 г., § 42—45; Финляндия: Закон о конкурсе 1868 г., § 33—34; Испания: Закон о банкротстве, ст. 58; Греция: Торговый кодекс, ст. 537; Португалия: Кодекс о несостоятельности 2003 г., ст. 99; Словения: Закон о мировых соглашениях, конкурсе и ликвидации, ст. 39; Эстония: Закон о банкротстве, § 99; Чехия: Закон о банкротстве, § 140; Польша: Закон о банкротстве и реабилитации, ст. 93—96 (также ст. 58: о зачете нельзя заявить, если условия для него не существовали на момент введения конкурсной процедуры)⁵⁰.

Интерес также представляет Регламент ЕС от 29.05.2000 № 1346/2000, в ст. 6 которого предусматривается, что открытие конкурса не лишает кредитора права заявить о зачете своего требования против встречного требования должника, если подобный зачет разрешен правом, применимым к праву требования несостоятельного должника.

Из рассмотренного нами Регламента следует намерение европейского законодателя создать максимально благоприятный режим для кредитора, имеющего право на зачет. Комментаторы называют такой подход *Set-off Friendlier Law*.

Если бы не было этой нормы, то в случае несостоятельности должника применялось бы право с привязкой *lex concursus* (как правило, это право страны по местонахождению должника). Об этом говорит ст. 4 указанного Регламента. Однако, если по праву, применимому к банкротству должника, зачет оказался бы невозможен (видимо, таких правопорядков немного, но они сохранились), то тем не менее он был бы возможен в том случае, если бы его допускало право, применимое к тому из двух прав требования, участвующих в зачете, которое принадлежит должнику⁵¹. Например, если бы

⁵⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference / ed. Christian von Bar, Eric Clive. — Sellier: European law publishers. Vol. 2. P. 1114.*

⁵¹ *Ingelman Th. // European Insolvency Regulation / ed. by Pannan K. De Gruyter Recht: Berlin, 2007. S. 255—258.*

это право вытекало из договора займа, подчиненного германскому праву, то зачет был бы возможен по правилам германского права.

Это, безусловно, проблема международного частного права, и нас сейчас она интересует не как таковая, а лишь потому, что позволяет продемонстрировать общую тенденцию — максимально либеральное отношение к зачету на общеевропейском уровне.

Обобщение иностранного опыта

Данные, полученные об иностранном опыте, позволяют, на наш взгляд, сделать следующие выводы.

1. В подавляющем большинстве правопорядков после открытия конкурсного производства допускается зачет требований, основания для которого возникли до этого момента. Это общее правило, характерное как для стран, в которых необходимо волеизъявление о зачете, так и для стран, в которых зачет происходит *ipso jure* с момента совпадения требований между собой. Из этого общего правила возможны исключения.

2. В тех случаях, когда зачет допускается после открытия конкурсного производства, тем более не может возникнуть вопрос об оспаривании аналогичного зачета, совершенного накануне признания должника банкротом (в период подозрительности).

3. Недобросовестность кредитора, создавшего или участвовавшего в создании оснований для зачета после наступления фактической неплатежеспособности (финансового кризиса) должника, препятствует проведению зачета и позволяет оспаривать такой зачет либо лежащие в его основе сделки.

4. За рубежом разработан ряд интересных идей, создающих справедливый баланс интересов сторон. Из них отечественному правопорядку следует воспринять, в частности, идею о том, что кредитор, не уплативший в конкурсную массу той части собственного долга перед банкротом, которая превышает их встречные требования друг к другу, не вправе заявлять о зачете. На наш взгляд, это хороший стимул для кредитора заплатить в массу то, что от него причитается.

Вторая идея, представляющаяся полезной, — это идея о возможном участии в зачете неденежных требований, пересчитанных в денежный эквивалент.

Третья идея — о возможности защиты правомерных ожиданий кредитора, имеющего более раннее требование к должнику, в отношении потенциальной возможности провести в будущем зачет требований, даже если основания для зачета возникнут после признания должника банкротом.

5. В иностранных правопорядках нет единства мнений о том, требуется ли кредитору, желающему заявить о зачете, устанавливать свое требование в реестре требований кредиторов. Думается, что либерализация режима зачета в Российской Федерации, в которой имеется насущная необходимость, не должна быть предельной. Поэтому вполне приемлемо ввести правило о необходимости устанавливать в деле о банкротстве требование кредитора, запланированное им к зачету, а также об ином контроле со стороны суда, рассматривающего дело о банкротстве, за происходящим зачетом.

Попробуем предложить наше видение причин, благодаря которым подходы иностранных правопорядков оказываются столь близкими между собой.

Обратная сила заявления о зачете как предпосылка регулирования зачета при банкротстве

Заявление о зачете имеет ретроактивный эффект (обратную силу). За рубежом, как правило, эта идея находит прямое отражение в законе. В России прямой нормы на этот счет нет, однако сама идея проводится в отечественной правоприменительной практике. Если обратиться к п. 3 вышеупомянутого Обзора практики (Информационное письмо ВАС РФ № 65), можно увидеть, что обязательство прекращается не с момента вступления в силу заявления о зачете, а с момента наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее. Таким образом, если по первому обязательству срок платежа наступил 1 февраля 2008 г., а по встречному обязательству — 1 мая 2008 г., то зачет, проведенный 10 октября 2008 г., прекратит обязательство с обратной силой, т.е. с 1 мая 2008 г. Объяснение подобной обратной



силы состоит в том, что начиная с 1 мая 2008 г. обязательства совпали между собой и с экономической точки зрения ни один из встречных кредиторов более другому ничего не должен (если, разумеется, размер требований совпадает). Дата заявления о зачете ничего не меняет в этом положении совпадения встречных требований.

Однако, если последовательно придерживаться данной идеи, — что мы и видим на примере германского Положения о несостоятельности, — объявление одного из встречных кредиторов несостоятельным не может повлиять на совпадение встречных требований, если оно наступило ранее возбуждения дела о банкротстве, и любой кредитор вправе сделать заявление о зачете, которое получит обратную силу.

Тесную связь между обратной силой зачета в гражданском законодательстве и регулированием зачета при несостоятельности очень важно понимать.

В настоящее время такая значительная в европейском масштабе фигура, как Р. Циммерман, в ряде ставших широко известными публикаций пытается поставить под сомнение принцип обратной силы зачета⁵². Если к доводам ученого прислушаются (вероятность этого высока, учитывая его научный авторитет, тем более, что и сейчас в проекте *DCFR* отказ от обратной силы зачета уже провозглашен в ст. 6:107⁵³), можно будет, по-видимому, ожидать существенной реформы подходов к зачету при банкротстве. На наш взгляд, это было бы ошибкой.

Рассмотрим позицию Р. Циммермана подробнее. Он доказывает, что рецепция римского права пошла двумя различными путями во Франции и в Германии. Французская доктрина ошибочно (как полагает Р. Циммерман) склонилась к выводу о том, что зачет приводит к автоматическому погашению требований; германская доктрина, напротив, стала требовать заявления о зачете. При этом разница между двумя системами была фактически нивелирована их шагами навстречу друг другу. Со стороны французской

доктрины этот шаг заключался в том, что судебная практика стала требовать по меньшей мере заявления о зачете в процессе в качестве возражения⁵⁴. Шаг германской доктрины состоял в том, что зачету было придано обратное действие; иными словами, требования прекращались после заявления одной из сторон о зачете, но с момента, когда они совпали друг против друга.

При разработке ГГУ в конце позапрошлого века предпринимались попытки придать заявлению о зачете только действие в будущем (Б. Виндшейд в первой комиссии и Г. Планк во второй). По мнению Б. Виндшейда, от обратной силы юридических действий надо уходить везде, где это только возможно⁵⁵. Тем не менее предложения обоих были отклонены большинством голосов членов рабочих комиссий. Учитывая значение фигуры Б. Виндшейда для процесса разработки ГГУ, становится понятно: обратная сила стала к моменту написания ГГУ одним из столпов учения о зачете.

Интерес может вызывать один из тогдашних аргументов противников действия зачета только на будущее время: это вступило бы в противоречие с имеющимися в конкурсном праве подходами (Конкурсный устав Германии был принят ранее ГГУ)⁵⁶. Можно сказать, что соображения справедливости, о которой особенно приходится задумываться именно в конкурсном производстве, уже тогда поддерживали именно обратную силу зачета.

Р. Циммерман пишет, что на протяжении 100 лет норма об обратной силе зачета практически никем не оспаривалась, но обосновывалась она теперь прежде всего не тем, что это имманентно присуще зачету, а целесообразностью. Три ключевых вопроса, в которых проявляется обратная сила зачета, — начисление процентов (если на одно требование начисляются проценты по более высокой ставке, то это более не имеет значения с момента совпадения требований), неустойка (то же), просрочка исполнения (ее последствия считаются не наступившими при наличии встречного требования). Если проценты, неустойка или ущерб от просрочки уплачены за период, охватываемый обратной силой зачета,

⁵² *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / red. von R. Zimmermann. Bd. II, 1. Teilbd. Mohr Siebeck 2007. S. 2187 ff. (далее — Zimmermann R. HKK).*

⁵³ *Principles DCFR. Vol. 2. P. 1131.*

⁵⁴ *Zimmermann R. HKK. S. 2194.*

⁵⁵ *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 7 Aufl. 1891. S. 294 (цит. по: Zimmermann R. HKK. S. 2247).*

⁵⁶ *Подробнее см.: Zimmermann R. HKK. S. 2203.*

их можно возратить как неосновательное обогащение (Эртманн, Гернхубер, Планк, Вернер, Гурский и др.)⁵⁷.

На наш взгляд, за прошедшие сто лет ничего не должно было кардинально измениться в представлениях общества о справедливости, искусством которого, как известно, является право: «*Jus est ars boni et aequi*».

Тем не менее Р. Циммерман полагает, что ГГУ остался в тени многовековой ошибки, в понимании римского права о том, что зачет происходит в силу закона (в германской трактовке — после заявления о зачете, но с обратной силой). На его взгляд, никогда никем убедительно не было доказано, что нельзя поступать по-другому, т.е. придавать заявлению о зачете только действие *ex nunc*. Ссылки различных авторов на то, что будет нарушено ожидание кредитора в отношении возможного зачета, им не принимаются, поскольку они недействительны в тех случаях, когда сторона не знала о возможности получить исполнение посредством зачета — когда отсутствовало, другими словами, ожидание, заслуживающее защиты. А если сторона знает о возможности провести зачет, пусть она заявляет о нем как можно скорее, и правопорядок должен ее к этому стимулировать. Напротив, состояние неопределенности, в котором находятся встречные требования сторон до момента заявления о зачете, не способствует предсказуемости гражданского оборота⁵⁸.

Тем более не убеждают ученого ссылки на то, что «так было всегда». Именно поэтому, как полагаем, при его активном участии принципы *DCFR* предлагают отказаться от обратной силы зачета.

Привилегия кредитора, обладающего правом на зачет, в конкурсном производстве также ставится Р. Циммерманом под сомнение (хотя в одной из прежних своих работ он полагал возможным сохранить особенности зачета при банкротстве⁵⁹). Он заявляет, что несправедливо отрицать право на зачет, если принимать во внимание интересы только этого кредитора, но если учесть интересы других кредиторов — все обстоит иначе. В результате зачета уменьшается конкурсная масса, доступная для остальных кредиторов, в отсутствие распознаваемого иными кредиторами обеспечительного

права отдельного кредитора (вследствие регистрации обеспечительного права или передачи владения залогодержателю).

При этом снова возникает вопрос о том, почему право должно защищать кредитора, который имел по сравнению с остальными кредиторами особо выгодное положение (мог получить удовлетворение посредством зачета), но не воспользовался столь благоприятной возможностью⁶⁰. Кроме того, регулирование зачета, содержащееся в § 94 Положения Германии о несостоятельности, по мнению Р. Циммермана, восходит к нормам Конкурсного устава XIX в. — ко времени, когда обратная сила зачета рассматривалась как имманентно ему присущая (с учетом воззрений о прекращении требований *ipso jure*).

По нашему мнению, изложенная выше идея Р. Циммермана является очень опасной, поскольку предлагает вынуть один из кирпичей фундамента современного гражданского права, которое функционирует достаточно эффективно. Нас, в отличие от указанного автора, убеждает довод о том, что «так было всегда». Если всегда было несправедливо и неудачно — это можно менять. И если за прошедшие века удалось создать баланс интересов, отшлифовать шероховатости, то сейчас предстоит все разрушить и начать строить заново?.. Но зачем? Чтобы приспособить жизнь к теориям, в угоду научной чистоте? Задумаемся о том, в скольких странах, если мы будем стремиться к единообразию, подходы придется кардинально менять: в Германии, Австрии, Греции, Словении, Нидерландах, Чехии, Португалии, Словакии, Шотландии, Польше, Эстонии... И это лишь перечисленные в комментарии к принципам *DCFR* страны⁶¹, но их наверняка гораздо больше. Напротив, перспективный эффект заявления о зачете воспринят только в Швеции и Дании, причем с внутренними противоречиями и исключениями (на что указывают комментаторы проекта *DCFR*)⁶².

Но зачем же в таком случае нужно все это? Р. Циммерман называет недоказанной ту идею, которая проводится в жизнь уже не один век, — и только поэтому

⁵⁷ Zimmermann R. HKK. S. 2197.

⁵⁸ Ibid. S. 2247—2248.

⁵⁹ Zimmermann R. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge, 2004. P. 44.

⁶⁰ Ibid. P. 2248.

⁶¹ Principles DCFR. P. 1133.

⁶² Ibid. P. 1134. При этом комментаторы, очевидно, провели широкий анализ (поскольку это доказательство в поддержку идей проекта) и нашли только два правопорядка, далеко не самых авторитетных.



предлагает свою. Но можно ли считать это надлежащим доказательством того, что «своя» идея верна и ее реализация послужит во благо? Слов о том, что «*prospectivity appears to be the more natural rule and leads to entirely satisfactory results*»⁶³, явно недостаточно.

Да, при реализации идеи Р. Циммермана более сильный кредитор, — тот, который сумел выговорить в свою пользу более высокий процент (а это практически всегда банк), — получит больше процентов, делая их из воздуха (деньги, отданные им, будут стоить больше денег, им полученных). Доводы о том, что кредитор с худшими условиями по процентам быстрее приступит к заявлению о зачете, нас не убеждают. Действительно, если таким лицом будет Р. Циммерман, хорошо разбирающийся в нюансах и тонкостях зачета (особенно в им же и придуманных!), то он заявит о зачете оперативно. А если это будет обычный, далекий от юриспруденции гражданин? — Он в очередной раз проиграет многоопытному финансисту! Не следует ли создать простейший механизм защиты, который противостоял бы подобной несправедливости? Более того: не создать — его создали давным-давно! — но всего лишь сохранить.

В конце концов, законодатели должны решать именно те три ключевых практических вопроса, которые обозначены выше: проценты, неустойка, ущерб от просрочки, а не исправлять допущенную кем-то много веков назад ошибку в толковании римских текстов. Помимо того что имеются сомнения в самом наличии данной ошибки, история знает множество примеров тому, как случайная ошибка приводила к удачным решениям и неожиданным открытиям.

Зачет как охраняемый правом обеспечительный интерес

В любом случае, как бы мы ни относились к идее обратного действия зачета, нельзя сбрасывать со счетов еще один важный момент. Право на зачет имеет обеспечительный характер. В рамках ограниченного объема данной статьи мы не имеем возможности доказать это исчерпывающим образом, но в первом приближении попробуем это сделать.

⁶³ «Проспективный эффект представляется более естественным правилом и ведет к вполне удовлетворительным результатам» (англ.) (*Principles DCFR*. P. 1134).

В германской доктрине ряд сторонников взгляда на зачет как на способ удовлетворения кредитора усматривали в нем некоторое обеспечительное право.

Обеспечительный аспект зачета эпизодически отражался в самых ранних работах, например в трудах *Hugo Donellus*, *Samuel Pufendorf* (работа последнего датирована 1694 г.)⁶⁴. На выводы указанных авторов обратил внимание современников *Pichonnaz*⁶⁵. В XIX в. Дербург указывал на то, что зачет «по своей форме и общей целевой направленности... проявляет важные точки соприкосновения с правом на задержку исполнения (*Zurückbehaltungsrecht*)»⁶⁶.

Особый акцент на обеспечительном характере зачета сделал Е. Вейгелин, который в 1904 г. озаглавил свою работу «Право на зачет как залоговое право на собственный долг»⁶⁷. Его теория получила частичную поддержку⁶⁸, в 1960-х годах новое обращение к данной теории предпринял Э. Бёттихер⁶⁹.

О сопоставлении правового положения кредитора, имеющего право на зачет, с положением залогового кредитора говорят применительно к законодательству Австрии⁷⁰. Комментируя ст. 6 Регламента ЕС о праве, применимом к банкротству, уже цитированный нами ранее Т. Ингельман пишет буквально следующее:

⁶⁴ *Zimmermann R. HKK. S. 2211.*

⁶⁵ *Pichonnaz. La Compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels. Fribourg, 2001. P. 384.*

⁶⁶ *Dernburg H. Geschichte und Theorie der Compensation nach roemischem und neuerem Rechte. 2 Aufl. Heidelberg, 1868. S. 365.*

⁶⁷ *Weigelin E. Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Ein Beitrag zur Lehre von der Aufrechnung nach deutschem Rechtsrechte, 1904.*

⁶⁸ В 1906 г. Эртманн написал: «При зачете речь идет о праве на принудительную реализацию имущественного актива другой стороны для удовлетворения собственного требования», — хотя позднее, в 1915 г., мы находим у него иной вывод: «Зачет не содержит в себе акта самостоятельного удовлетворения, но лишь акт, осуществляющий собственное предоставление». А впервые, по данным Циммермана, назвал зачет правом на принудительное удовлетворение собственного требования Леонгард в 1902 г. (*Zimmermann R. HKK. S. 2211*).

⁶⁹ *Boetticher E. Die «Selbstexekution» im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts // Festschrift für Hans Schima. 1969. S. 95. 100 ff.*

⁷⁰ *Pechmann F.S. Faelle der unzulässigen Aufrechnung mit Konkursforderungen. Wien, 1995. S. 11.*

«One of the goals of Art.6 is to uphold the securing-like nature of a set-off»⁷¹.

Аналогичные идеи высказываются в англо-американском праве. Р. Гуд однозначно исходит из обеспечительной функции зачета, не признавая его разновидностью обеспечительного интереса в узком смысле слова, который можно было бы зарегистрировать или зафиксировать иным образом. Положение, защищающее кредитора, имеющего право на зачет, при банкротстве должника, не ставится указанным автором под сомнение⁷². В аналогичном ключе высказываются Х. Бил⁷³ и П.А.У. Али⁷⁴. Последний пишет, что сторона, обладающая правом на зачет (в силу договора или закона), занимает ту же правовую позицию, что и держатель обеспечительного интереса. Поэтому в Англии, Австралии и Канаде признается, что установление возможности зачета договором приравнивается к наделению обеспечительным интересом. Права на зачет исключены из определения «обеспечительного интереса» только в Новой Зеландии (Закон об обеспечении персональным имуществом 1999 г.). Сам П.А.У. Али критикует такое положение дел, показывая, что формально зачет не является обеспечительной конструкцией, поскольку кредитор получает право на собственное, а не чужое имущество⁷⁵.

Р. Циммерман понимает, что обеспечительный характер, если его признать за зачетом, лишит почвы его конструкцию, и поэтому пишет, что обеспечительный характер зачета вытекает из его обратной силы⁷⁶. Мы же полагаем, что, напротив, обратная сила зачета есть проявление обеспечительного характера — и никак иначе.

Сравним зачет и залог. При залоге у кредитора имеется вещь должника, которую он должен ему отдать,

поскольку она чужая. Чужая — юридически, а экономически — уже его, поскольку он может получить удовлетворение из выручки от ее продажи и отдавать ее собственнику пока не обязан. При зачете ситуация обратная: у кредитора имеются собственные деньги, которые он должен отдать туда же. Другими словами, вещи юридически его, а экономически уже чужие, их нужно отдать. Эта «зеркальность» позволяет помыслить одинаковое решение при банкротстве, как и происходит в подавляющем большинстве правопорядков.

В конце концов кредитор может выделить те деньги, которые он должен передать другой стороне, индивидуализировать их, приготовившись к исполнению. Тогда останется прибегнуть к небольшой фикции о том, что собственность на эти денежные средства перейдет к другой стороне (получателю платежа) именно в этот момент, а не когда эти деньги поступят в его фактическое обладание (допускается же такая ситуация в российском праве для движимых вещей, определенных родовыми признаками; а деньги имеют многие признаки указанных вещей). На этот индивидуализированный массив денежных средств кредитор вполне может получить залоговое право, поскольку данное имущество уже не будет принадлежать ему.

Итак, если в российском праве произойдет отказ от ретроспективной силы заявления о зачете (такое предложение высказано в Концепции реформирования общих положений обязательственного права⁷⁷, но, к сожалению, без необходимого обоснования), следует рассмотреть возможность закрепления в отечественном законодательстве отношения к зачету, аналогичного тому, которое имеется к залогу (ст. 138 Закона о банкротстве). До внесения изменений в законодательство соответствующую позицию мог бы выработать Пленум ВАС РФ.

⁷¹ «Одна из целей статьи 6 состоит в том, чтобы поддержать обеспечительную природу зачета» (англ.) (Ingelman Th. // *European Insolvency Regulation / ed. by Pannen K. De Gruyter Recht. Berlin, 2007. S. 255—258*).

⁷² Goode R. *Commercial Law. 3rd Ed. P. 610, 621*.

⁷³ Beale H. et al. *Op. cit.*

⁷⁴ Ali P.A.U. *Op. cit. Rn. 6.79*.

⁷⁵ *Ibid. P. 202. Rn. 6.83*.

⁷⁶ Подробнее об этом: Zimmermann R. НКК. S. 2247—2248.

⁷⁷ См.: *Хозяйство и право. 2009. № 4 (приложение)*.