

Справка

Правовой режим займов «внутренних» кредиторов при рассмотрении дел о банкротстве компании в праве США и Великобритании

Автор: Кантор Наталья Евгеньевна, к.ю.н.

Великобритания.

Особой самостоятельной доктрины либо особых норм законодательства о субординации требований участников к корпорации в стадии банкротства не разработано.

Случаи субординации возможны на основании раздела 215 (4) Закона о несостоятельности 1986 г. в случаях, когда установлены случаи мошенничества или противоправной деятельности.

Установив такие случаи, суд может указать таким кредиторам о понижении приоритета в очередности после всех других долгов и процентов.

В качестве примера можно привести дело *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Ltd*, 1991 года, где займ материнской компании не был расценен как долг из обычной деятельности, а как средства для целей капитала. Суд установил, что материнская компания не может получить возмещение за счет средств кредиторов дочерней компании.

Переквалификация взносов участников, иных нежели взносы в капитал, случается чаще в налоговых делах. Так, например, компания *Littlewoods* приобрела активы для принадлежащей ей дочерней компании и утверждала, что эти расходы должны учитываться для целей налогообложения в ином порядке, нежели капитал. В данном деле суд «снял корпоративную маску» и установил, что это было вложение во владение капиталом дочернего общества (дело 1969 г.).

Отсутствие особой практики по понижению требований участников можно объяснить тем, как решается вопрос о недокапитализации в Англии: ему не придается такого значения как в США для целей «срывания корпоративной вуали». В то же время, компании с недостаточной капитализацией часто становятся несостоятельными в результате *balance sheet test*. В таком случае директора и акционеры могут нести ответственности за мошенничество и неправомерную деятельность, если они продолжают ее вести после установления факта несостоятельности.

Также в соответствии с разделом 214 Закона о несостоятельности в случае неправильного ведения дел суды могут обязывать лиц, кто знал или должен был знать об отсутствии разумных шансов избежать несостоятельности, вложить вклад в активы ликвидируемой компании если только не будет установлено, что такие лица приняли разумные меры для уменьшения возможных потерь для внешних кредиторов.

Применительно к требованиям из займов участников: как только выявляется недокапитализация, такие вложения могут рассматриваться как мошенническая/неправомерная деятельность и будут понижаться в очередности в соответствии с разделом 215 (4) Закона о несостоятельности.

США

В праве США существуют две доктрины, относящиеся к вопросу о правовом режиме требований участников к корпорации в процедурах банкротства:

equitable subordination («справедливая субординация», то есть, понижение очередности требования) и *recharacterization of debt to equity* (переквалификация требования).

I. Субординация, основанная на принципах справедливости:

Это средство правовой защиты, применяемое к действительным требованиям кредиторов, при котором происходит подчинение (понижение) требований кредиторов по отношению к другим требованиям.

Основное внимание уделяется поведению сторон. *Должны обязательно присутствовать как как недобросовестное действие, так и фактический вред кредиторам.* Доктрина не предполагает автоматического подчинения требований внутренних кредиторов требованиям внешних кредиторов, это происходит при рассмотрении требований в суде. При субординации требование кредитора не аннулируется полностью, а лишь понижается в очереди в сравнении с другими кредиторами.

В литературе указывается на сходство целей, преследуемых институтами *equitable subordination* и оспаривания «обманных сделок» в ущерб интересам кредиторов (*fraudulent transfer law*): они направлены на то, чтобы отдельные кредиторы, пытавшиеся недобросовестно получить выгоду за счет остальных, получали удовлетворение своих требований в самую последнюю очередь, также данные способы защиты позволяют выявить искусственные долги.

Субординация требований регулируется статьей 510 с) (1) Кодекса о банкротстве США, в которой указывается на возможность субординации исходя из принципа справедливости.

Pepper V. Litton, 1939 г.

В данном деле было установлено, что суд по делам о банкротстве имеет полномочия на проверку действительности любого требования, предъявленного к имущественной массе, и его отклонение, если установлено, что оно не имеет законного существования. Конкурсный управляющий может оспаривать требования к имущественной массе, если они получены по сговору сторон или не основаны на реальных долгах. Такие полномочия также существуют при выдвижении требований должностным лицом, директором или акционером в процедуре банкротства его корпорации. Сам факт, что должностное лицо, директор, или акционер имеют иск против его обанкротившейся корпорации не означает, что его требования будут удовлетворяться наравне с другими кредиторами. Требование может быть не допущено или субординировано исходя из кардинальных принципов справедливости. Такие иски рассматриваются судом справедливости. Следовательно при рассмотрении вопросов о допущении требований будут применяться принципы справедливости к фидуциарным обязанностям директоров и акционеров при банкротстве. Суд имеет право проанализировать обстоятельства, связанные с любым утверждением, устранить несправедливость в отношении имущества компании-банкрота.

В деле *Benjamin v. Diamond, 1977 г. (In re Mobile Steel Company)* сформулированы три условия для применения справедливой субординации:

1. Лицом допущено какой-либо вид несправедливого поведения.
2. Недолжное поведение должно привести к причинению вреда кредиторам банкрота или появлению недобросовестного преимущества (выгоды) у лица.
3. Справедливая субординация требования не должна противоречить положениям Кодекса о банкротстве.

При установлении указанных условий, применяются три принципа:

А) Несправедливое поведение против должника или его кредиторов может являться достаточным основанием для субординации независимо от связи предъявленного требования с должником.

Б) Субординация допускается соразмерно вреду, причиненного должнику и кредиторам вследствие недолжного поведения. Понижено может быть требование на всю сумму или только на часть; по отношению ко всем кредиторам или только тем из них, интересам которых причинен вред. Очередность может быть понижена только по отношению к обеспеченным кредиторам, если ответчик пытался недобросовестно повысить ранг своего требования.

В) Возражающая сторона должна представить достаточно доказательства для преодоления *prima facie* действительности требования, что возлагает бремя доказывания обратного на истца, который должен доказать обоснованность и честность своей претензии.

Недолжное поведение может иметь три формы:

1. Первоначальная недокапитализация.

Сумма адекватной капитализации должна соответствовать той сумме, которую считает обоснованной разумный и осмотрительный человек, имеющий общие знания о бизнесе определенного вида и факторах риска, с учетом особых обстоятельств, существующих на момент создания корпорации.

Стандарты, применяемые для установления недокапитализации:

(1) капитализация неадекватна, если, по мнению квалифицированного финансового аналитика, определено недостаточна для того чтобы поддержать бизнес в размере и его сущности в свете обстоятельств, существующих на время капитализации банкрота;

(2) капитализация недостаточна если в момент, когда были сделаны предоставления, банкрот мог не заимствовать аналогичную сумму денег у информированного внешнего источника. Другими словами, если недостаточная капитализация сочетается с займами, предоставленными корпорации для того, чтобы иметь преимущество в деле о банкротстве, понижение может быть применено в конкретном деле.

2. Ненадлежащее управление, нарушение фидуциарных обязанностей и злоупотребление фидуциарной позицией.

3. Другое предположительно несправедливое поведение по отношению к должнику или кредиторам.

Субординация может быть подвергнуто и требование внешнего кредитора, не являющегося участником или де-факто контролирующим корпорацию, но только в исключительных случаях, когда его недобросовестное поведение является чрезмерным. Например, в деле *In re Bowman Hardware & Electric Co.* была снижена очередность требования кредитора, который умышленно заставлял должника не включать некоторые требования иных кредиторов в баланс.

Практика:

United States Abatement Corp. v. Mobil Exploration & Producing U.S., Inc., 1994 г.: осуществление права из контракта на возмещение (исполнение) не является несправедливым или достаточным "контролем" над должником для того чтобы применять субординацию.

In re Lifschultz Fast Freight, 1997 г.: подтверждаются три условия, которые должны соблюдаться перед субординацией, отказ от принятия безвиновного поведения для применения субординации.

In re Kreiser, 2008 г.: хотя было допущено недолжное поведение, отсутствовал вред кредиторам, не доказано, что вред был причинен, субординация не возможна.

Schubert v. Lucent Techs., 2009: требования могут быть субординированы по отношению к другим требованиям, но не к интересам акционерного капитала. Также суд рассмотрел вопрос о квалификации вреда и указал, что судам по делам о банкротстве следует пытаться определить природу и размер вреда, который он намеревается компенсировать, чтобы средство защиты было пропорционально вреду, причиненного кредиторам и извлекающим выгоду из субординации.

Wooley v. Faulkner (In re SI Restructuring, Inc.), 2008 г.: подтверждаются факторы из дела *Mobile Steel*, и устанавливается, что должен быть фактический вред.

Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, L.L.P., 2006: даже если корпорация является неплатежеспособной, директора могут, исходя из правила делового суждения, предпринять действия, которые могут не принести успеха. Наличие других кредиторов не означает, что директора не могут выбрать продолжение деятельности фирмы в надежде, что они могут увеличить имущество таким образом, что кредиторы фирмы получают большее возмещение. При этом директора не становятся гарантом успеха.

II. Переквалификация:

- Основное внимание уделяется содержанию сделки, а не ее форме.

- Не требуется несправедливого поведения или вреда, чтобы применить это средство защиты.

- Отсутствие изменений в материальных правах; вместо этого просто признается подлинный характер сделки и вытекающие из нее относительные права сторон.

- Возможна переквалификация только всей суммы долга как вложения в акционерный капитал.

Суть переквалификации: заявленный кредитором-инсайдером долг в действительности является частью собственного капитала корпорации (денежные средства были предоставлены участником для формирования капитала общества, а не в качестве займа или аванса).

Переквалификация означает вывод долга акционеров за рамки очередности и оставляет только право на имущество, оставшееся после удовлетворения требований кредиторов. Т.е. субординация представляет собой более мягкий вариант по последствиям для кредиторов-инсайдеров.

На практике не всегда удается четко разграничить основания для субординации и для переквалификации: в некоторых делах финансирование корпорации с намерением получить приоритет в деле о банкротстве повлекло субординацию (дело *Fabricators, Inc.*, 1991 год), а в других переквалификацию (дело *Herby's Foods, Inc.*, 1993 год).

Поскольку переквалификация дает тот же результат, суды иногда не применяют субординацию, не находя оснований для этого, и применяют переквалификацию.

Последствиями переквалификации является отсутствие стимула участников предоставлять возвратное финансирование корпорации, испытывающей трудности.

В литературе отмечается, что при рассмотрении вопроса о переквалификации вопрос скорее в том, существует ли задолженность на самом деле. Еще более остро эта проблема стоит там, где было предоставляется обеспечение. В этих случаях, и особенно в контексте малых частных компаний, акционер, скорее всего, будет управлять бизнесом таким образом, чтобы увеличить сумму обеспечения, в ущерб другим кредиторам.

Среди американских судов отсутствует единообразие в понимании применимого права в отношении переквалификации. Так, суд Пятого округа постановил, что переквалификация должна осуществляться в соответствии с законодательством штата, что означает возможность варьирования решений о переквалификации в зависимости от применимого штата. Потенциальные кредиторы должны учитывать применимое законодательство штата при структурировании отношений с потенциальными должниками. Поскольку режим их требований при банкротстве может сильно различаться в зависимости от конкретного применимого законодательства, кредиторы не могут полагаться на то, что они считают стандартной процедурой работы судов по делам о банкротстве. Девятый окружной суд прямо постановил, что он не уполномочен переквалифицировать долговое обязательство во вклад в акционерный капитал, полагая, что Кодекс о банкротстве специально не предусматривает полномочие суда переквалифицировать долговых требований, на основании принципов справедливости, как это делает для других процессуальных

требований, таких как полномочия для запрета или справедливой субординации. Т.е. инструмент скорее относится к корпоративному праву, это не инструмент законодательства о банкротстве.

Переквалификация часто встречается в налоговых спорах, например: в деле ***Roth Steel Tube Co. v. Commissioner, 1986 г.***, рассматривался вопрос, может ли налогоплательщик взять к вычету безнадежную задолженность за невозвращенные авансы дочерней компании, или были ли авансы взносами в капитал, таким образом ограничивая вычет только в размере прироста капитала. Суд оценил такие авансы как вложения в капитал.

В деле *Auto Style Plastics, Inc.*, 2001 год, суд определил 11 факторов для использования при определении является ли аванс займом или взносом в капитал:

1. Наименования инструментов (сделок), подтверждающих наличие задолженности,
2. Наличие или отсутствие фиксированной даты погашения и графика платежей (если их нет- указывает на вклад в капитал),
3. Наличие или отсутствие фиксированной процентной ставки и процентных платежей (проценты свидетельствуют о заемных отношениях),
4. Источник выплат (если за счет доходов- вклад в капитал. Суды оценивают зависимость успешности/неуспешности бизнеса заемщика с обязанностью вернуть предоставленную сумму),
5. Адекватность или недостаточность капитализации (если капитализация низкая, то это скорее вложение в капитал),
6. Тождественность интересов кредитора и акционера (есть ли доля участия, соответствует ли вклад этой доле, каковы цели предоставления денежных средств),
7. Обеспечение, если таковое имеется, предоставляемое за аванс (для займа характерно наличие обеспечения. Но оно может использоваться и для повышения ранга в деле о банкротстве),
8. Способность корпорации получать финансирование от внешних организаций,
9. Степень субординированности авансов требованиям внешних кредиторов (если есть подчинение по отношению к внешним требованиям- вклад в капитал),
10. Степень использования авансов для приобретения основных средств,
11. Наличие или отсутствие фонда для выплат (если нет достаточного имущества для выплат- основание считать вкладом в капитал).

Соответственно, суды могут переквалифицировать заем акционеров в качестве акционерного капитала, если акционеры намеренно вносят капитал в качестве долгового обязательства, чтобы воспользоваться преимуществами кредиторов, когда компания недостаточно капитализирована.

Судебная практика по переквалификации:

Bayer Corp. v. Masco Tech, Inc, 2001 г.: одного факта инсайдерских отношений не достаточно для субординации, т.к. инсайдеры в большей мере заинтересованы в успехе компании.

Sender v. The Bronze Group, Ltd., 2004: отказ в распространении «невиновной» субординации на отношения за пределами налоговой ответственности, требование несправедливого поведения для субординации. Отказано в переквалификации.

Многофакторный тест дополнен следующими факторами: наличие права требовать уплаты основной суммы и процентов; участие в управлении в результате; намерения сторон; неспособность должника погасить задолженность в установленный срок или отсрочка.

Cohen v. KB Mezzanine Fund II, LP, 2004 г.: при классификации авансов в качестве долга или собственного капитала основной вопрос- намерение сторон в том виде, в каком они существовали на момент совершения сделки.

Dornier GMBH v. The Official Committee of Unsecured Creditors, 2006: переквалификация подтверждена на основании инсайдерского статуса, отсутствия даты погашения, требование погасить находится в зависимости от прибыльности дочерней компании, долгая история убыточности дочерней компании и допущение такой убыточности от материнской компании.

Miller v. Dow (In re Lexington Oil and Gas Ltd.), 2010: деньги были выданы до оформления необходимой документации, что не соответствует поведению благоразумного кредитора- еще один критерий для переквалификации.

Unsecured Creditors of Radnor Holdings Corp. v. Tennenbaum Capital Partners, LLC, 2006 г.: судья указал, что займы, которые были предназначены и рассматривались как истинные долговые инвестиции, не подлежали переквалификации по причине того, что кредитор также владеет долей в капитале. В данном деле компания Radnor искала около \$ 50 млн инвестиций, его агент связался с 40 потенциальными инвесторами, в том числе Tennenbaum Capital Partners, LLC ("TCP"), которого в конечном итоге выбрали для предоставления финансирования. TCP сделал свои инвестиции и одновременно заключил с акционерами Radnor договор о правах инвестора в соответствии с которым инвестору было предоставлено право назначить одного члена Совета директоров Radnor. Суд также установил, что TCP никогда не планировал приобретать Radnor, ни через инвестиции, ни в любое время после этого. Предоставленные суммы всегда рассматривались сторонами во всех документах как займы. После незапланированного прекращения финансирования Radnor другими лицами, между ним и TCP было заключено соглашение о продаже активов, и Radnor обратился в суд с запросом о реорганизации. Комитет кредиторов обратился с иском в том числе о переквалификации займа в требования из акционерного капитала. Суд отметил важность намерений сторон при совершении сделки на основе здравого смысла и обстоятельств дела. В частности, суд отметил, что кредиты (а) были названы "долгами" и / или "задолженность" в документах по сделке; b) стороны последовательно называли: "ссуды" и / или "задолженность"; (с) содержит фиксированную дату погашения; (d) дает TCP право на принудительное исполнение выплата основной суммы долга и процентов; е) не содержало "права голоса"; f) рассматривалась как Приоритетная задолженность, доходы от которой были использованы на пополнение оборотных средств и на замену и/или погашение существующих и g) были обеспечены, что давало право на приоритет при ликвидации или несостоятельности. Суд счел, что это было законно для существующего кредитора сделать дополнительные действия, чтобы защитить свои оригинальные инвестиции, даже когда разумный сторонних кредитор мог отказать в предоставлении кредита.

In re Fitness Holdings International, Inc, 2013 (апелляционный суд Девятого округа): Fitness Holdings International, Inc до объявления о банкротстве получила значительное финансирование от двух компаний: Hancock Park, ее единственного акционера, и Pacific Western Bank. В 2003 – 2006 Fitness Holdings выпустило 11 субординированных векселей для Hancock Park в общей сложности 24,276,065\$. Векселя имели срок погашения и процентную ставку. В июле 2004 года Pacific Western Bank предоставил возобновляемый кредит в размере 7 млн. долл. США и срочный кредит в размере 5 млн. долл. Hancock Park гарантировал эти кредиты. Fitness Holdings и Pacific Western Bank неоднократно вносили поправки в кредитное соглашение. Поправки облегчили обязательства Fitness Holdings различными способами, например, путем продления сроков погашения возобновляемого кредита и отказа от прошлых нарушений. Наконец, в июне 2007 года Fitness Holdings и Pacific Western Bank согласились рефинансировать долг Fitness Holdings. В соответствии с условиями договора, Pacific Western Bank предоставил два кредита: срочный кредит на \$17 млн. и \$8 млн. возобновляемой кредитной линии. Эти кредиты также были обеспечены всеми активами Fintess Holding. Кредитным договором предусмотрено, что 8,886,204 \$ будет израсходовано на погашение первоначального займа Pacific Western Bank и 11,995,500 \$будут выплачены в Хэнкок-парк для погашения необеспеченных векселей. Выплата предыдущего обеспеченного кредита Pacific Western Bank привела к освобождению Hancock Park от его гарантии.

Эти попытки спасти Fitness Holdings оказались безуспешными, и компания подала заявление о банкротстве в соответствии с главой 11 Кодекса о банкротстве 20 октября 2008 года. Комитет необеспеченных кредиторов, действуя от имени Fitness Holdings и его имущественной массы, подал жалобу на Hancock Park, Pacific Western Bank о взыскании платежей, произведенных Hancock Park в результате сделки рефинансирования с Pacific Western Bank. В жалобе также переклассифицировать финансирование Hancock Park, Fitness Holding в связи с векселями как инвестиции в капитал, а не продление кредита. Как следствие, в иске утверждалось, передача \$11,995,500 в Hancock Park была мошеннической.

15 января 2010 года суд по делам о банкротстве отклонил все иски к Hancock Park. Окружной суд постановил, что в соответствии предоставления Hancock Park в Fitness holdings представляли собой займы, и по закону ему было запрещено переклассифицировать такие займы, как инвестиции в акционерный капитал. При рассмотрении апелляции суд поставил следующие вопросы: является ли перевод должником денежных средств на его единственного акционера, в счет погашения предполагаемого кредита, до возбуждения дела о банкротстве, мошенническим действием? Создает ли сделка долг или доленое участие: если сделка создает долг, то она создает "право на платеж".

Суд отверг аргумент управляющего том, что Fitness Holdings не получила "разумно эквивалентной стоимости", поскольку она выплатила необеспеченный существующий долг за счет вновь приобретенного обеспеченного финансирования. Суд указал, что "стоимость" включает "погашение или обеспечение текущей или предшествующей задолженности. Должник, который предпринимает оба действия одновременно (получение обеспеченного кредита и одновременная выплата ранее существовавшего долга), получает "разумно эквивалентную стоимость".