

НЕТИПИЧНЫЕ УБЫТКИ ПО [АБЗ. 2 П. 5 СТ. 189.23 ЗАКОНА](#) О БАНКРОТСТВЕ: ПАРАДОКС ИЛИ ПОТАЕННЫЙ СМЫСЛ?

А.В. ЕГОРОВ

Егоров А.В., кандидат юридических наук, профессор НИУ "Высшая школа экономики", главный редактор журнала "Цивилистика", руководитель образовательных программ Lextorium.com.

На первый взгляд в упомянутой норме [Закона](#) о банкротстве скрывается парадокс: Банк России или иной публичный субъект предоставляет кредитной организации финансирование на безвозмездной основе и несет из-за этого потери (неполученные процентные доходы), а правом на взыскание этих потерь наделяется кредитная организация, т.е. лицо, которое такие потери априори не испытывало. Это противоречит любым взглядам на убытки, которые существуют в теории гражданского права. Поэтому для того, чтобы сохранить за указанной нормой хоть какой-то юридический смысл, необходимо разобраться в том, какую именно экономическую модель регулирования подразумевали ее разработчики. Тем более что начинает складываться судебная практика применения данной нормы и взыскания таких парадоксальных убытков с контролирующих лиц. То есть нельзя сказать, что норма получилась мертворожденной и блокируется правоприменителем. Оптимальный вариант - полагать, что Банк России имеет прямое требование к виновным лицам о компенсации своей упущенной выгоды, а кредитная организация, получившая от него финансирование, наделяется полномочиями по взысканию в его пользу либо обязанностью передать ему полученное. Второй важный момент рассматриваемой нормы - попытка переложить на контролирующих лиц расходы Банка России на внесение денежных средств в капитал банка. Это происходит в завуалированной форме - через проценты на взысканную сумму за 20 лет вперед, что при текущей ставке рефинансирования означает примерно 100% вложенной суммы. Однако надо учитывать, что, вкладывая такую сумму, Банк России забирает бизнес банка себе и далее, передавая этот бизнес иным лицам, он получает выручку. Собственники же банка не получают никакой адекватной компенсации, но должны возместить Банку России до 100% вложенных им средств. Это наблюдение вызывает фундаментальные сомнения в конституционности указанной нормы [Закона](#) о банкротстве.

Ключевые слова: банкротство банков; контролирующие лица; субсидиарная ответственность; упущенная выгода; возмещение затрат государства на устранение последствий правонарушения; принцип экономической эффективности публично-правовых решений.

UNTYPICAL LOSSES UNDER PARAGRAPH 2 OF CLAUSE 5 OF ARTICLE 189.23 OF THE BANKRUPTCY LAW: A PARADOX OR HIDDEN MEANING?

A.V. Egorov

Egorov A.V., PhD in Law, Professor, National Research University Higher School of Economics, Editor-in-Chief of the Tsivilistika Magazine, Head of Educational Programs at the Lextorium.com.

At first sight, the aforementioned norm of the Bankruptcy Law hides a paradox: the Bank of Russia or another public entity provides a credit institution with financing on a gratuitous basis and therefore incurs losses (lost interest income), and the credit institution is vested with the right to recover these losses, i.e. a person who a priori did not experience such losses. This is contrary to any views on damages that exist in civil law theory. Therefore, in order to preserve at least some legal meaning

behind the specified norm, it is necessary to understand what kind of economic regulation model its developers meant. Moreover, the judicial practice of applying this norm and recovering such paradoxical losses from controlling persons is beginning to take shape. That is, it cannot be said that the norm turned out to be stillborn and is blocked by the law enforcement officer. The best option is to believe that the Bank of Russia has a direct claim to the guilty persons to compensate for their lost profits, and the credit institution that has received financing from it is empowered to collect in its favor or the obligation to transfer it to it. The second important point of the norm under consideration is an attempt to shift the expenses of the Bank of Russia to the controlling persons for depositing funds into the bank's capital. This happens in a veiled form - through interest on the amount recovered for 20 years in advance, which at the current refinancing rate means approximately 100% of the invested amount. However, it should be borne in mind that by investing such an amount, the Bank of Russia takes the bank's business for itself, and then, transferring this business to other persons, it receives the proceeds. The owners of the bank do not receive any adequate compensation, but must reimburse the Bank of Russia up to 100% of their invested funds. This observation raises fundamental doubts about the constitutionality of this provision of the Bankruptcy Law.

Key words: bankruptcy of banks; controlling persons; subsidiary liability; lost profit; reimbursement of state expenses for elimination of the consequences of an offense; principle of economic efficiency of public law decisions.

[Статья 189.23](#) Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" (далее - Закон о банкротстве, Зоб) гласит: "Кредитная организация либо Банк России, Управляющая компания или Агентство от ее имени вправе обратиться в арбитражный суд с требованием о возмещении убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства с участием Банка России или Агентства, предусмотренные [статьей 189.49](#) настоящего Федерального закона.

В целях применения настоящей [статьи](#) под убытками, причиненными виновными действиями (бездействием) контролирующих кредитную организацию лиц, понимаются в том числе расходы, понесенные Банком России и определяемые как разница между полученным Банком России доходом (либо доходом, который будет получен в соответствии с заключенным договором) при предоставлении в соответствии с настоящим Федеральным законом денежных средств Фонда консолидации банковского сектора и доходом, который мог бы быть получен Банком России при размещении денежных средств в том же объеме и на тот же срок по ключевой ставке, действовавшей на момент предоставления денежных средств Фонда консолидации банковского сектора. При этом расходы, понесенные Банком России при вложении денежных средств Фонда консолидации банковского сектора в уставный капитал кредитной организации (либо при предоставлении денежных средств Агентству в целях последующего вложения в уставный капитал кредитной организации), рассматриваются как предоставление денежных средств на срок двадцать лет по процентной ставке ноль процентов".

Начать анализ указанных положений можно со следующего наблюдения: в норме п. 5 ст. 189.23 Зоб имеются две нормы ([абз. 1](#) и [2](#)), с трудом сочетаемые друг с другом.

[Абзац 1](#) регулирует всего лишь общее управомочие на подачу исков от имени санирваемой кредитной организации по общегражданским основаниям, а [абз. 2](#) устанавливает конкретный вид убытков (неполученные доходы) и подразумевает конкретный состав ответственности (убытки за доведение кредитной организации до состояния, влекущего необходимость санации).

[Абзац 1 п. 5](#) не несет в себе какого-то предметного материального регулирования помимо наделения полномочиями Банка России, Управляющей компании и АСВ на подачу исков от имени банка к лицам, которые несут перед банком ответственность на общих основаниях (например, в силу [ст. 53.1](#) ГК). Поэтому данная норма не особо интересна. Главное, что все упомянутые в

данной норме лица уполномочены на обращение в суд с требованиями от имени кредитной организации, т.е. в ее пользу. Ни одно из упомянутых лиц в силу абз. 1 комментируемой нормы не вправе взыскивать с виновных лиц собственные убытки.

Особое внимание нами будет уделено абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб. При этом ниже во всех случаях речь будет идти только о Банке России, без упоминания Управляющей компании и АСВ, хотя в реальности публичные деньги могут передаваться проблемному банку не только напрямую Банком России, но и через Управляющую компанию или АСВ. Однако эти детали, связанные с подключением посредников, чье участие сомнительно с точки зрения целесообразности, будут лишь затруднять последующее изложение, поэтому можно сделать допущение, как будто во всех случаях финансирование проблемный банк получает от Банка России.

Норма абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб прежде всего нуждается в правильном истолковании. Очевидно, что при проверке данной нормы на конституционность суд попытается ее толковать не буквально (так как буквальное толкование немедленно приведет к абсурду, причем сразу в нескольких отношениях, - см. ниже), а по ее смыслу.

Причина заключается в том, что буквальное толкование нормы нарушает все возможные правовые каноны. Во-первых, убытки, понесенные одним лицом (Банком России), не могут взыскиваться в пользу другого лица (санлируемого банка). У санлируемого банка нет никакой упущенной выгоды от того, что ему безвозмездно дали денежные средства на докапитализацию. Упущенная выгода есть только у Банка России. Во-вторых, упущенная выгода названа в законе расходами, что являет собой категорически ошибочное смешение упущенной выгоды и реального ущерба. По-видимому, автор соответствующей нормы не знаком с содержанием ст. 15 ГК, да и в целом заслуживает за свой "шедевр законотворчества" твердую двойку.

Тем не менее вариант, при котором судебная практика откажется применять данную норму со ссылкой на то, что она противоречит ГК (понятие убытков, понятие упущенной выгоды), представляется маловероятным. Скорее всего, суды постараются увидеть в данной норме какой-то иной смысл, чем закреплен в ней буквально.

Мы помним, что так уже бывало.

Ближайший пример подобной ошибки, допущенной в Зоб его составителями, - правило о том, что в конкурсную массу банка не включаются средства, находящиеся на депозитных счетах нотариусов. Это правило - такой же нонсенс, как и то, что рассматривается в настоящей статье. И эта ошибка была исправлена в практике ВС РФ. И мы помним, как это происходило. Суд не признал норму бессмысленной (хотя по буквальному выражению она является именно такой), суд исследовал намерение законодателя и пришел к выводу о том, что законодатель хотел признать соответствующие требования о возврате депонированных денежных средств суперпривилегированными (первоочередными среди всех внеочередных требований). Иными словами, суд признал денежные средства входящими в конкурсную массу банка (вопреки буквальному смыслу нормы), но вывел волю законодателя на максимально привилегированную очередь удовлетворения.

Еще один фактор, который может влиять на подходы судов, состоит в следующем: Банк России потратил огромные средства на стабилизацию банковской системы. Суммы, выделенные в проблемные банки, исчисляются триллионами рублей. Рассматриваемое правило абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб - один из аргументов, легитимирующих такие действия: мол, мы предоставляем банку финансирование бесплатно, но за это заплатят лица, виновные в доведении банка до банкротства. Следовательно, если убрать этот компенсирующий механизм, то часть вины за необоснованное выделение сумм в пользу банков (если такое имело место) перейдет со служащих Банка России на судей, которые примут решение о блокировке парадоксальной нормы. Полная отмена этой нормы (через признание ее неконституционной, бессмысленной и т.п.) будет означать среди прочего порок соответствующей легитимации Банка России. Это будет усиливать давление на суд.

Следовательно, суд предпримет все возможные действия для того, чтобы истолковать данную норму, сохраняя в ней какой-то юридический смысл. Возможное направление такого толкования можно пытаться предугадать (или даже сформировать).

Решение многих вопросов (например, об обратной силе закона, вине кредитора и т.п.) будет производным от того, как мы предвидим то, как будет преобразована данная норма в результате ее модифицирующего толкования судом (судебные решения, которые применяют ее буквально, тоже имеют место и будут разобраны ниже, но вряд ли могут восприниматься всерьез).

Поскольку в абз. 2 п. 5 два предложения относятся к разным формам финансирования Банком России санитуемого банка: а) предоставлению денежных средств на возвратной основе (предложение 1 абз. 2 п. 5); б) внесению денежных средств в уставный капитал банка (предложение 2 абз. 2 п. 5), постольку необходимо выстроить гипотезы в отношении каждого из указанных примеров.

А. Предоставление денежных средств на возмездной основе.

Приемлемыми видятся следующие варианты:

1) исходить из того, что норма устанавливает прямую ответственность контролирующих лиц санитуемого банка перед Банком России.

Размер ответственности определяется в виде разницы между ключевой ставкой (на дату предоставления финансирования) и той ставкой, которая была согласована в договоре между санитуемым банком и Банком России; период компенсации разницы в ставках определяется по сроку предоставленного финансирования (варьируется от договора к договору).

Основание ответственности - компенсация затрат публично-правового образования на предотвращение неблагоприятных последствий противоправных действий (в их качестве выступает банкротство банка, потерпевшими от которого станут широкие слои кредиторов банка, включая вкладчиков).

Условный пример: в результате действий лица возникла угроза жизни для неопределенного круга лиц, например, заминирован вокзал. Для разминирования государству потребовалось понести существенные издержки. Может ли оно взыскать эти издержки с того, кто заминировал вокзал? Видимо, да. Не исключено, что та же идея положена в основу превентивных действий Банка России. При этом он, разумеется, должен доказать риск наступления соответствующих неблагоприятных последствий и адекватность понесенных им затрат тому, что требовалось для эффективного недопущения указанных последствий.

Это решение означает, что разработчики закона попали в ловушку. Они решили, что при банкротстве банков работает субсидиарная ответственность контролирующих лиц, и попытались назвать субсидиарной ответственностью то, что не является ею по определению.

Как представляется, близко к такому пониманию прямых убытков Банка России приближается в своей статье К.И. Скловский, когда называет рассматриваемое требование как имеющее публично-правовую природу <1>;

<1> Скловский К.И. О юридической природе требования о взыскании убытков в случае санации банка на основании п. 5 ст. 189.23 Закона о банкротстве // Проблемы гражданского права в судебной практике и законодательстве: Сборник статей, посвященный юбилею профессора Василия Владимировича Витрянского / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2021. С. 240.

2) исходить из того же обоснования, как под N 1, но с уточнением, что денежные средства

мог получить saniруемый банк в интересах Банка России; правда, не вполне понятно, с какой именно стати потери публично-правового образования помогает ему взыскивать частное лицо.

При такой трактовке необходимо обосновать, на каком основании банк будет передавать Банку России не просто полученные денежные средства, но и проценты на них, хотя в договоре между ними проценты либо вообще не устанавливались, либо были установлены в радикально меньшем размере. Это довольно веский аргумент против данной версии;

3) исходить из того, что у saniруемого банка имеется обязанность возместить Банку России полученное финансирование с процентами по ключевой ставке (но эта обязанность поставлена под отменительное условие: если не состоится возмещение указанных процентов в пользу банка его контролирующими лицами).

При такой трактовке затраты на докапитализацию - это действительно потери юридического лица и они укладываются в масштаб ответственности контролирующих лиц.

Однако в таком случае надо проверять, какой суммы не хватало по балансу, и только ее облагать процентами. Докапитализация "с запасом" не находится в причинной связи с деятельностью контролирующих лиц (в части "запаса").

Б. Вложение денежных средств в уставный капитал.

Если выбрана такая форма оказания финансовой помощи saniруемому банку, как пополнение его уставного капитала, то можно высказать предположение о том, что [второе предложение абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ приравнивает данную операцию к заемному финансированию по ставке 0 процентов (т.е. с нулевой доходностью для Банка России).

В этом случае необходимо ответить на вопрос: для какой цели в норме упоминается 20-летний срок займа? По-видимому, имеется в виду допущение о том, что, вложив денежные средства в уставный капитал банка, Банк России расстался с денежными средствами не навсегда, а на продолжительное время.

Однако в обоснованности (и в конечном счете в конституционности) такого допущения имеются веские сомнения.

Банк сохраняет то финансирование, которое он получил, поскольку вклад в уставный капитал - финансирование на безвозвратной основе. Взамен за вложенный вклад Банк России получает долю в уставном капитале банка. Эта доля может иметь стоимость уже в момент осуществления вклада (если размер вклада превышает сумму, необходимую для восстановления платежеспособности банка) либо может образоваться в том случае, если санация пройдет удачно и банк выйдет из кризиса.

При действующем уровне ключевой ставки двадцатикратный ее размер фактически означает, что контролирующие лица банка обязаны возместить Банку России около 100% финансирования, вложенного последним в уставный капитал saniруемого банка. В этой связи возникают вопросы: во-первых, о том, почему так прямо не было сказано в самой норме закона, и, во-вторых, если бы так было сказано, конституционно ли это?

Ответ на первый вопрос предполагает, что авторы нормы по какой-то причине не хотели прямо передать свою мысль. Возможно, они полагали, что это решение может вызвать вопросы и сомнения.

Ответ на второй вопрос представляет еще больший интерес. Если признать собственника (акционера/участника) банка его контролирующим лицом, то какова схема работы при санации банка: а) уставный капитал банка аннулируется, собственник (акционер/участник) лишается своего актива (это объясняется так, что фактически его доли участия на этот момент ничего не стоят, так

как пассивы банка превышают его активы); б) Банк России вносит вклад в размере суммы X, которая предположительно достаточна для выхода банка из кризиса; в) Банк России получает полный контроль над saniруемым банком; г) Банк России передает контроль над банком третьему лицу; д) с контролирующих лиц банка в пользу Банка России взыскивается финансирование, предоставленное последним, но при этом контролирующие лица не восстанавливают обладание банком.

Следовательно, если Банк России передает банк третьему лицу (инвестору) безвозмездно, то актив контролирующих лиц достается третьему лицу (причина непонятна); если Банк России получает возмещение от третьего лица, то это возмещение должно учитываться Банком России и вычитаться из суммы финансирования, предоставленного Банком России saniруемому банку. С этого момента должны каким-то образом корректироваться те проценты, которые Банк России может получить от КДЛ банка. Но закон содержит пробел в отношении данной ситуации, и это можно обсуждать на предмет конституционности закона: есть ли адекватная компенсация за изъятие собственности у владельцев банка?

Ситуация не меняется в случае, если контролируемыми лицами банка признаются не его собственники, а менеджеры.

В адекватной связи с потребностями saniруемого банка находится только та сумма, которая покрывает разрыв между активами и пассивами банка на момент предоставления денежных средств. Если предоставляется более высокая сумма и она растрачивается впоследствии, то вся сумма превышения не находится в причинной связи с действиями КДЛ.

Интересен также вопрос о том, могут ли с КДЛ быть взысканы не только неполученные доходы Банка России, но и сами суммы финансирования, вложенные в проблемный банк, если вернуть эти суммы Банк России не сможет.

С одной стороны, в [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ говорится о процентах "в том числе". С другой стороны, это "в том числе" относится как бы к убыткам, упомянутым в [абз. 1 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ. При этом данное упоминание неверное по существу, т.е. абз. 2 п. 5 ст. 189.23 создает самостоятельное основание для ответственности - компенсацию расходов государства на превенцию неблагоприятных последствий в коммерческом обороте. Такая компенсация расходов не является типичной для российского правопорядка, поэтому каждый случай подобной компенсации должен быть прямо урегулирован в Законе. Следовательно, поскольку в Законе упомянуты только проценты на капитал, вложенный Банком России, то только эти проценты и могут взыскиваться. Сам же капитал, не упомянутый в норме, не подлежит взысканию. Предоставляя такой капитал на возвратной основе, Банк России должен озаботиться гарантиями возмещения себе данного финансирования. Если же финансирование осуществляется через вклад в уставный капитал банка, когда он забирается у прежних собственников, в качестве встречного предоставления за вложенное финансирование Банк России получает бизнес банка.

Исходя из изложенных выше исходных соображений могут быть даны ответы на типичные вопросы, которые возникают у юристов, специализирующихся на защите интересов контролирующих лиц (ответчиков) в процессах о взыскании с них убытков на основании [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ.

(1) Соответствует ли норма [п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ нормам Конституции РФ с учетом (i) произвольности принятия ЦБ РФ решения о санации кредитной организации и определения размера убытков самим истцом, так как истец определяет объем вливаний, (ii) размера санкции, предусмотренной данной нормой, - штрафного характера убытков, (iii) взыскания убытков, понесенных ЦБ в результате санации, в пользу третьего лица (кредитной организации), (iv) невозможности наличия упущенной выгоды у госоргана, не являющегося коммерческой организацией, (v) иных доводов?

Необходимо различать замысел закона и то, как он реализуется на практике. Исходя из смысла правовых норм Банк России, конечно, не вправе принимать решение о санации кредитной организации произвольно. Нельзя, например, согласиться с мнением И. Дубова о том, что "исключительно от Банка России зависит, возникнет ли у него упущенная выгода, так как только сам Банк России принимает решение о возможности санации кредитной организации. Принятие решения о санации кредитной организации является правом, а не обязанностью Банка России, последний может, при наличии оснований, отозвать у банка лицензию на осуществление банковских операций" <2>.

<2> Дубов И. Смешались в кучу кони, люди (к вопросу о взыскании убытков при санации банков) // https://zakon.ru/blog/2020/12/01/smeshalis_v_kuchu_koni_lyudi_k_voprosu_o_vzyskanii_ubytkov_pri_sanacii_bankov.

Это мнение видится не вполне точным. Банк России действительно обладает широким усмотрением, какие меры санации он может принять, но при оценке его действий нельзя руководствоваться презумпцией недобросовестности (презумпция произвола также неприемлема). Если закон молчит, судебная практика должна налагать на Банк России как публичный орган, действующий в рамках административного права, общие критерии, по которым суды могут проверить законность его действий. К их числу должны относиться принципы обоснованности, экономической эффективности принятых решений и т.п. Понятно, что наука административного права пребывает в довольно печальном состоянии, но определенные публикации и судебные акты имеют место. Их следует привлекать для обоснования позиции о том, что Банк России не может поступать произвольно.

Принцип запрета произвольного поведения чиновника (в широком смысле) воспринимается российскими судами.

Например, как указал КС РФ в [Постановлении](#) от 16 июля 2004 г. N 14-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.Д. Егорова и Н.В. Чуева", НК РФ исходит из недопустимости причинения неправомерного вреда при проведении налогового контроля ([ст. 35](#) и [103](#)); если же, осуществляя его, налоговые органы руководствуются целями и мотивами, противоречащими действующему правопорядку, налоговый контроль - в нарушение [ч. 1 ст. 34](#), [ч. 1 - 3 ст. 35](#) и [ч. 3 ст. 55](#) Конституции РФ - может превратиться из необходимого инструмента налоговой политики в инструмент подавления экономической самостоятельности и инициативы, чрезмерного ограничения свободы предпринимательства и права собственности; превышение налоговыми органами (их должностными лицами) своих полномочий либо использование их вопреки законной цели и охраняемым правам и интересам граждан, организаций, государства и общества несовместимо с принципами правового государства, в котором осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц ([ч. 1 ст. 1](#) и [ч. 3 ст. 17](#) Конституции РФ).

В [Определении](#) КС РФ от 10 марта 2016 г. N 448-О "По запросу Суда по интеллектуальным правам о проверке конституционности пункта 2 статьи 1248, пункта 2 статьи 1398 и пункта 2 статьи 1406 Гражданского кодекса Российской Федерации во взаимосвязи с положениями Правил подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам", принятом по запросу Суда по интеллектуальным правам по делу N СИП-242/2015, Суд оценивал отсутствие нормативных сроков для разрешения обращений в рамках досудебного разрешения споров. Конечно, речь шла о недопустимости правовой неопределенности, но по факту рассуждения свелись к тому, что отсутствие сроков порождает произвольность, а потому это неконституционно; СИП, в свою очередь, оценивал причины длительности процедуры и соотносил их с рассматриваемым запретом.

Далее предлагаются некоторые примеры, когда запрет произвольного правоприменения непосредственным образом повлиял на законность административных актов:

- решение местной администрации о переводе служебного жилого помещения в жилищный фонд социального использования не может быть отменено произвольно, если при этом нарушаются права и законные интересы невластного субъекта, заключившего в результате такого перевода договор социального найма помещения, а впоследствии получившего его в собственность ([Определение](#) ВС РФ от 30 октября 2018 г. N 4-КГ18-66);

- повторная выездная налоговая проверка не может быть инициирована налоговым органом без учета оценки разумности срока, прошедшего с момента подачи уточненной налоговой декларации [несмотря на отсутствие формальных ограничений к ее назначению] ([п. 42](#) (с. 122 - 124) [Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 3 \(2018\)](#));

- назначение и проведение [налоговой] проверки в связи с обстоятельствами якобы имеющегося налогового правонарушения, которое в действительности отсутствует, о чем контролирующему органу известно, недопустимо ([п. 35](#) (с. 95 - 97) [Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 4 \(2018\)](#));

- действия, предпринимаемые таможенным органом в ходе таможенного контроля, должны быть соразмерны выявленным правонарушениям ([Определение](#) ВС РФ от 25 апреля 2018 г. N 308-КГ17-12587).

Следовательно, принцип непроизвольного применения административного усмотрения можно считать распространенным в российской правовой системе. А значит, упрек в неконституционности соответствующей нормы, вытекающий из произвольного характера действий ЦБ РФ, с высокой вероятностью будет отклонен КС РФ.

Убытки, предусмотренные в [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб, не имеют штрафного характера. Они направлены на компенсацию выпавших доходов государственного органа (Банка России) из-за того, что он вынужден направлять финансирование в проблемный банк вместо того, чтобы размещать его на рынке и получать от этого прибыль.

Сама по себе возможность компенсации выпавших доходов представляет существенный интерес, поскольку Банк России выполняет при этом свою публичную функцию. Однако и эту публичную функцию можно примирить с компенсацией убытков. Возьмем два примера: в одном банкротство банка близится ввиду объективных причин (допустим, кризис на рынке недвижимости, а многие заемщики банка - девелоперы), в другом в банкротстве банка виноваты КДЛ.

Банк России обязан применить превентивные меры, направленные на спасение банка (если размеры банка таковы, что можно ожидать крупных потрясений финансовой системы при его банкротстве) в обоих случаях. В первом случае он не сможет компенсировать свои неполученные доходы (и его потери будут списаны на публичные функции Банка), во втором случае закон наделяет его возможностью компенсации. В целом вряд ли сама по себе такая возможность будет признана КС РФ неконституционной.

Третий аргумент - взыскание убытков, понесенных Банком России, в пользу третьего лица. Здесь в Законе банальная ошибка, и она должна быть исправлена без признания нормы неконституционной. Способы корректировки Закона намечены выше. Наиболее приемлемым видится признание за Банком России прямого иска к КДЛ. Второй вариант - признание санируемой кредитной организации своего рода агентом Банка России, действующим в его интересах и обязанным передать полученные средства в его пользу.

Четвертый аргумент - невозможность упущенной выгоды у государственного органа. Этот аргумент также не видится убедительным. Почему Банк России, выступающий во многих

коммерческих операциях как хозяйствующий субъект (в сделках с банками, например), не может претендовать на упущенную выгоду? Даже если это чистые публичные функции, компенсация затрат на вложенный капитал категорически не выглядит неконституционной.

В этой связи самыми перспективными для проработки конституционности нормы [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб видятся два момента:

а) презумпция займа на 20 лет при внесении финансирования в уставный капитал (фактически эта презумпция означает, что КДЛ обязаны компенсировать Банку России в полном объеме его инвестиции, но банк при этом КДЛ-собственники теряют навсегда);

б) неучет стоимости акций банка и иных средств (например, убытков, возмещенных третьими лицами) в финале санации; это также влияет на размер справедливой компенсации за изъятие собственности у владельцев банка.

Через призму указанных аргументов следует обратить особое внимание на решение АС Амурской области от 26 апреля 2021 г. по делу N А04-8278/2019 о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц Азиатско-Тихоокеанского банка.

Во-первых, суд высказался довольно кардинально в отношении сумм, направленных на докапитализацию, считая, что они вообще не подлежат возмещению Банку России: "Расходы, понесенные Банком России при вложении денежных средств Фонда консолидации банковского сектора в уставный капитал кредитной организации (либо при предоставлении денежных средств Агентству по страхованию вкладов в целях последующего вложения в уставный капитал кредитной организации), рассматриваются как предоставление денежных средств на срок двадцать лет по процентной ставке ноль процентов. Соответственно, в данной ситуации никакой упущенной выгоды у Банка России не возникает, и никакой компенсации разницы по отношению к ключевой ставке второе предложение [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не предусматривает".

Иными словами, можно сказать, что суд полностью заблокировал действие данной нормы. Выше этот вариант рассматривался как желательный (ввиду катастрофически низкого уровня юридической техники рассматриваемой нормы), но маловероятный. Но теперь мы видим, что в жизни встречаются даже маловероятные вещи.

Во-вторых, суд предписал обязательно учитывать доходы, которые получает Банк России от того, что он (по итогам докапитализации) становится участником банка: "Вложение денежных средства Фонда консолидации банковского сектора в уставный капитал кредитной организации (либо предоставление денежных средств Агентству в целях последующего вложения в уставный капитал кредитной организации) влечет получение Банком России прав участника (акционера) кредитной организации, предусмотренных Гражданским [кодексом](#) Российской Федерации и действующим законодательством об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью.

Следовательно, внесение денежных средств в уставный капитал Банка должно считаться беспроцентным. Поэтому денежные средства, выделенные на проведение докапитализации Банка (внесение денежных средств в уставный капитал), рассматриваются как предоставление денежных средств на срок двадцать лет по процентной ставке ноль процентов.

Нормы [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не подразумевают возможность взыскания Банком России (Агентством) как участником (акционером) кредитной организации упущенной выгоды в размере ключевой ставки с контролирующую кредитную организацию лиц при вложении денежных средств Фонда консолидации банковского сектора в уставный капитал кредитной организации.

Вместе с тем суд также соглашается с доводами ответчиков о том, что расчет убытков

(упущенной выгоды) в порядке, предусмотренном [абзацем 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", подлежит применению только в случае, когда вложенные средства являются утраченными вследствие прекращения правоспособности банка, с которого в связи с ликвидацией указанные средства более взыскать нельзя.

...Как указывает истец, Банком России принято решение о прекращении действия Плана участия Банка России в осуществлении мер по предупреждению банкротства Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО). Дело о признании несостоятельным (банкротом) в отношении "Азиатско-Тихоокеанский Банк" (ПАО) возбуждено не было.

Поскольку "Азиатско-Тихоокеанский Банк" (ПАО) не является банкротом, а потери в результате вложения средств в организацию отсутствуют, оснований для применения специального порядка расчета убытков, предусмотренного [абзацем 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)", не имеется.

В такой ситуации возникшие убытки должны исчисляться по общим правилам Гражданского [кодекса](#) Российской Федерации.

...Согласно сведениям, опубликованным на официальном сайте Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО), прибыль Банка за 2019 год составила 5 857 402 000 руб., за 2020 год составила 1 928 989 000 руб.

Согласно отчетности о финансовых результатах Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) за 2019 и 2020 годы (код формы 0409102) прибыль Банка после налогообложения с учетом изменений прочего совокупного дохода составила: 5 857 402 000 руб. за 2019 год, 2 313 657 000 руб. за 2020 год.

Согласно сведениям, размещенным на официальном сайте Банка России, расчет собственных средств Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) составил 13 410 578 000 руб. за 2019 год, 15 749 708 000 руб. за 2020 год.

Исходя из указанной финансовой отчетности Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) за 2019 - 2020 годы динамика экономической деятельности банка являлась положительной.

В материалы дела не представлено доказательств, свидетельствующих о причинении истцу убытков или иных неблагоприятных последствий в результате вложения денежных средств Фонда консолидации банковского сектора в размере 8 999 999 999 руб. в уставный капитал Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО).

Напротив, исходя из фактически сложившейся ситуации, вложение Банка России в уставный капитал Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) является прибыльным.

В результате санации Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) у Банка России образовался доход, равный 6 749 708 000 руб., а размер собственных средств (капитала) ("Базель III") увеличился до 15 749 708 000,00 руб.

Банк России, став акционером Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) в результате его докапитализации, владеющим 99,9% акций, по результатам финансово-хозяйственной деятельности Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) получил возможность участвовать в управлении Банком, участвовать в распределении прибыли в размере не менее 6 270 959 000 руб., а также реализовать иные права акционера Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО), предусмотренные Федеральным [законом](#) от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах".

При этом в соответствии с [пунктом 18 статьи 189.49](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" принадлежащие Банку России или Агентству акции

(доли в уставном капитале) банка, в отношении которого принято решение о прекращении действия плана участия Банка России или Агентства в осуществлении мер по предупреждению банкротства, могут быть реализованы Банком России или Агентством после даты прекращения соответствующего плана в порядке, предусмотренном [статьей 189.57](#) или [189.57-1](#) настоящего Федерального закона.

При таких обстоятельствах вложение Банком России денежных средств Фонда консолидации банковского сектора в размере 8 999 999 999 руб. в уставный капитал Азиатско-Тихоокеанского Банка (ПАО) не может быть расценено в качестве убыточного".

Отрадно, что данный судебный акт оставлен в силе [Постановлением](#) 6-го ААС от 27 июля 2021 г. N 06АП-3298/2021 по делу N А04-8278/2019.

(2) Как следует толковать абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб относительно определения размера убытков ЦБ РФ, понесенных в результате санации: является ли данный абзац опровержимой презумпцией размера убытков ЦБ РФ или это заранее определенный законодателем твердый размер подлежащих взысканию убытков?

Если придерживаться правовой природы указанных сумм как компенсации издержек государства на превенцию неблагоприятных общественных потрясений (а никакой другой правовой природы, сохраняющей у нормы логику, обнаружить не удалось), то в норме нет ни опровержимой презумпции, ни твердого размера убытков. Точнее, в ней есть одновременно и то и другое. Если сумма, предоставленная Банком России санируемому банку, была адекватной и правильной, а не завышенной, то проценты по ключевой ставке на указанную сумму создают презумпцию убытков Банка России, которую довольно сложно опровергнуть. Даже в том случае, если ключевая ставка в дальнейшем станет более низкой, это не поможет обосновать более низкие убытки Банка России, ведь деньги затрачены им были в тот момент, когда ключевая ставка была такой, какой она была. Банк России мог бы предоставить эти деньги коммерческим банкам по этой ставке и заработать на ней.

Возможно ли предъявление иска по п. 5 ст. 189.23 Зоб после завершения санации в отношении кредитной организации?

По-видимому, этот вопрос вызван сопоставлением этой ответственности и субсидиарной ответственности, которая в некоторых случаях может применяться и после завершения дела о банкротстве. Однако в данном аспекте сравнение не представляется приемлемым. Компенсационное требование Банка России никак не связано с проведением (продолжительностью, датой завершения и т.п.) процедуры санации (плана участия АСВ и т.п.). Данное компенсационное требование подчиняется общим правилам об исковой давности: как только Банку России стали известны конкретные контролирующие лица - ответчики, начинает исчисляться давность. Истекла ли к этому моменту или продолжается процедура санации, не имеет юридического значения. Сказанное относится к обеим формам финансирования: 1) с очевидностью такой порядок исчисления давности применяется к финансированию посредством вклада в уставный капитал; 2) при финансировании посредством выдачи фактически беспроцентного займа уже в момент выдачи понятен период, на который выдан соответствующий заем, и поэтому можно рассчитать размер требования.

Должно ли учитываться в размере убытков, что санация завершена и деньги не использовались 20 лет?

20-летний срок странный (см. выше), но его нельзя понимать буквально. Этот срок применяется только к одной из форм финансирования - вкладу в уставный капитал и выполняет сугубо функцию фикции: для того, чтобы рассчитать размер процентов в данном случае, срок признается равным 20 годам, но не более того. В остальном в этих отношениях нет элементов займа: сумма, вложенная Банком России в уставный капитал санируемого банка, Банку России не

возвращается.

Постулат о том, что деньги не использовались все 20 лет, также не может быть принят, поскольку деньги были использованы сразу же: часть - на расчеты с кредиторами, часть - на нормализацию платежного баланса банка и прочих финансовых показателей.

Даже в модели срочного финансирования (через заем) говорить о том, что деньги не использовались, можно лишь при их досрочном возвращении. Очевидно, что в рассматриваемой ситуации никакого частичного возврата финансирования в пользу Банка России не производилось.

Таким образом, на поставленный вопрос можно дать отрицательный ответ: факт завершения санации раньше истечения 20-летнего срока не может учитываться при определении размера убытков.

Какими доказательствами может опровергаться презумпция размера убытков?

Размер убытков исчисляется на сумму предоставленного финансирования. Цель указанного финансирования - предотвращение наступления необратимых последствий, опасных для банковской системы в целом. Таким образом, ключевое средство снижения размера убытков - доказывание того, что размер предоставленного финансирования был завышен по сравнению с необходимым финансированием. В случае успешного доказывания это будет означать, что проценты на сумму завышения были начислены необоснованно.

(3) Должна ли применяться против ЦБ РФ в случае предъявления им иска по п. 5 ст. 189.23 Зоб норма п. 1 ст. 404 ГК РФ (митигация убытков), поскольку ЦБ РФ сам произвольно определяет размер докапитализации кредитной организации, в отношении которой применяется санация, из чего следует вывод, что ЦБ РФ контролирует размер причиненных ему убытков?

Отчасти это верная логика. Из функций Банка России как регулятора, призванного не допустить банкротство системообразующих банков, вытекает его обязанность вмешиваться и санировать проблемные банки. Но при этом Банк России должен поступать целесообразно, во-первых, потому что он тратит публичные средства (пусть они и объявлены законом его собственностью) и, во-вторых, поскольку закон предоставляет ему право компенсировать свои издержки за счет контролирурующих лиц.

В аспекте последнего правоотношения, подчиняющегося нормам гражданского права, можно рассмотреть вопрос о применении п. 1 ст. 404 ГК в порядке аналогии. Прямому применению указанной нормы препятствует то, что между Банком России и контролирующими лицами до момента фактической передачи финансирования отсутствуют отношения кредитора и должника (должников). Более того, правило п. 1 ст. 404 ГК, исходя из его содержания, сформулировано преимущественно в расчете на договорные обязательства, так как речь идет о ненадлежащем исполнении обязательства (деликтные обязательства не исполняются, они возникают по факту причинения вреда): "1. Если неисполнение или ненадлежащее **исполнение обязательства** произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению".

При этом следует учитывать, что в деликтном праве имеется специальная норма о вине потерпевшего, и в ней говорится (это очень странно со сравнительно-правовой точки зрения, но это факт) только о грубой неосторожности потерпевшего (п. 2 ст. 1083 ГК): "2. Если грубая неосторожность самого потерпевшего содействовала возникновению или увеличению вреда, в зависимости от степени вины потерпевшего и причинителя вреда размер возмещения должен

быть уменьшен".

При этом отношения, связанные с затратами публично-правовых образований на предотвращение вреда, фактически не урегулированы ГК. На первый взгляд Банк России сложно признать потерпевшим от действий контролирующих лиц банка, находящегося на грани (или уже за гранью) несостоятельности, такими потерпевшими (в будущем) станут кредиторы данного банка, которые не получают достаточного удовлетворения. Однако по факту траты денег с превентивной целью Банк России становится именно потерпевшим, он принимает на себя соответствующие издержки, находящиеся в причинной связи с действиями контролирующих лиц, доведших банк до банкротства.

С теоретической точки зрения затраты на выполнение Банком России своих публичных функций могли бы не возлагаться на конкретных виновников, а распределяться равным бременем на всех налогоплательщиков, но законодатель решил иначе.

Важно отметить, что в России нет общего правила относительно подобных случаев. Иногда расходы несутся за счет публичной власти, но иногда закон предусматривает возложение расходов на виновника: например, расходы на снос самовольной постройки или на демонтаж незаконно размещенной рекламной конструкции, если их понес муниципалитет, подлежат возмещению виновным лицом.

Тем не менее представляется, что судебная практика может приспособить нормы деликтного права к рассматриваемой ситуации, применяя п. 2 ст. 1083 ГК по аналогии. Правда, регулирование в нем более жесткое по отношению к ответчикам (должникам): право снижения размера возмещения дает не любая вина Банка России, а только его грубая неосторожность.

(4) Какова правовая природа нормы абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб об определении размера убытков ЦБ РФ от санации (является данная норма материальной или процессуальной)? Обладает ли данная норма обратной силой?

Норма абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб однозначно не является процессуальной нормой, поскольку она регулирует притязание, принадлежащее одному лицу (пусть даже за ним стоит государство), в отношении частных лиц. Процессуальными же являются нормы, регулирующие процедуру подтверждения законной силы или принудительной реализации соответствующих притязаний. Ни о том, ни о другом в абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб не говорится.

Вместе с тем для решения вопроса о том, имеет ли норма абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб обратную силу, недостаточно одного обстоятельства, что норма является материальной. Материальные нормы можно условно подразделить на регулирующие (с полноценным нормативным действием) и уточняющие (с ослабленным нормативным действием). Нормы первого вида устанавливают полноценное и новое правило поведения, нормы второго вида уточняют или закрепляют прямо выраженное правило поведения, которое до этого уже было выражено или могло быть выведено из иных норм (норм более общего порядка).

Например, если законодатель решит установить особенности ответственности собственников зданий за вред от схода снега с крыш, эта норма будет иметь уточняющий характер, поскольку такая ответственность и так уже существует в силу правила генерального деликта (ст. 1064 ГК). Поэтому необходимо определиться с тем, какой характер из описанных двух видов имеет правило абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб, имея в виду, что нормы с полноценным нормативным действием всегда подчиняются правилам о действии закона во времени (ст. 4 ГК), а уточняющие нормы по большей части имеют фактическую обратную силу. Ведь даже если не применять эти нормы в силу правила о действии гражданского законодательства во времени, то все равно в силу нормы более общего характера решение останется таким же, как закреплено в тексте новой нормы.

Поэтому необходимо исследовать правила о деликтной ответственности на предмет того, нельзя ли в силу правила генерального деликта возлагать на виновных лиц расходы, которые понесло государство для предотвращения наступления особо значимых неблагоприятных последствий, связанных с действиями упомянутых виновных лиц.

Как представляется, на этот вопрос должен быть дан отрицательный ответ. Такого общего правила, согласно которому государство может возложить расходы на правонарушителей, чьи действия оно пресекло, предотвратив тем самым вред для конкретных субъектов частного права, в российском деликтном праве нет, и его нельзя выводить из правила [ст. 1064](#) ГК. Причиной является то, что государство, пресекая правонарушения (действуя через свои компетентные органы), выполняет одну из собственных публичных функций, содержится на средства налогоплательщиков и поэтому уже получило возмещение понесенных затрат.

Следовательно, правило о возложении затрат по пресечению правонарушений или предотвращению наступления неблагоприятных последствий от них должно каждый раз специально вводиться в законодательство (притом что всякий раз может возникать вопрос о конституционности подобных положений).

Таким образом, правило [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб является новым нормативным предписанием материального характера и должно в полной мере подчиняться правилам о действии закона во времени.

Вместе с тем и правило о действии во времени данного правила также способно вызвать известные затруднения. Понимая, что привлечение контролирующих лиц банка к субсидиарной ответственности часто сопровождается поэтапным доказыванием множества последовательных действий, приведших к несостоятельности, и в жизни редко встречаются случаи, когда банкротство банка вызвано одной невыгодной операцией, тем не менее далее подобный пример (с одной радикально невыгодной операцией) будет взят за основу (для удобства). Решение, полученное на подобном примере, можно будет экстраполировать на более сложные жизненные ситуации, в которых доведение до банкротства происходило мелкими поступательными действиями в этом направлении. Для таких действий решающее значение должна иметь так называемая точка невозврата, когда накопленный эффект от множества мелких невыгодных операций привел к возникновению неминуемого банкротства банка. Именно по такой точке, видимо, должно проверяться законодательство, имеющее отношение к возмещению убытков, причиненных контролирующими лицами.

Если радикально невыгодная сделка, ставшая причиной банкротства банка, была совершена 1 апреля 2017 г., санация была введена 1 сентября 2019 г., а дофинансирование через взнос в уставный капитал поступило от Банка России 3 декабря 2019 г. и за это время радикально изменилось законодательство, то на какую дату должно проверяться соответствующее законодательство?

С одной стороны, какие-либо правоотношения между Банком России и контролирующими лицами возникают только 3 декабря 2019 г., и это довод в пользу того, чтобы применять к отношениям сторон наиболее "свежее" законодательство. Однако такой подход можно считать ошибочным, поскольку требуется учитывать не момент наступления неблагоприятных последствий, а момент совершения действий, которые послужили причиной ответственности.

Впервые такая позиция была занята Президиумом ВАС РФ в информационном [письме](#) от 27 апреля 2010 г. N 137 "О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 N 73-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Так, согласно [абз. 3 п. 2](#) информационного письма N 137 *процессуальные нормы* о порядке привлечения к субсидиарной ответственности ([п. 6 - 8 ст. 10](#) Зоб) подлежат применению судами

после вступления в силу нового Закона независимо от даты, когда имели место обстоятельства, являющиеся основанием для привлечения к субсидиарной ответственности, или было возбуждено производство по делу о банкротстве.

Тем самым иные нормы Зоб признаются материальными нормами, и, значит, применение соответствующей редакции закона определяется по дате возникновения обстоятельств, являющихся основанием для привлечения к субсидиарной ответственности.

Необходимо также упомянуть позицию КС РФ о том, что правило о действии закона во времени (п. 1 ст. 4 ГК) относится к числу основополагающих принципов действия закона во времени. Иными словами, во-первых, без прямо выраженной воли законодателя нормы материального права не могут получать обратную силу. И во-вторых, даже если такое указание (об обратной силе) содержится в законе, при определенных обстоятельствах это может противоречить Конституции РФ.

Так, в деле Потоцкого ([Постановление](#) КС РФ от 15 февраля 2016 г. N 3-П "По делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона "О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого") Суд высказал следующие значимые правовые позиции: "Между тем согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации придание обратной силы закону - исключительный тип его действия во времени, использование которого относится к прерогативе законодателя; при этом либо в тексте закона содержится специальное указание о таком действии во времени, либо в правовом акте о порядке вступления закона в силу имеется подобная норма; законодатель, реализуя свое исключительное право на придание закону обратной силы, учитывает специфику регулируемых правом общественных отношений; обратная сила закона применяется преимущественно в отношениях, которые возникают между индивидом и государством в целом, и делается это в интересах индивида (уголовное законодательство, пенсионное законодательство); в отношениях, субъектами которых выступают физические и юридические лица, обратная сила не применяется, ибо интересы одной стороны правоотношения не могут быть принесены в жертву интересам другой, не нарушившей закон ([решение](#) от 1 октября 1993 года N 81-р; Определения от 25 января 2007 года N 37-О-О, от 15 апреля 2008 года N 262-О-О, от 20 ноября 2008 года N 745-О-О, от 16 июля 2009 года N 691-О-О, от 23 апреля 2015 года N 821-О и др.).

Развивая приведенную правовую позицию, Конституционный Суд Российской Федерации указывал, что **преобразование отношений в той или иной сфере жизнедеятельности не может осуществляться вопреки нашедшему отражение в статье 4 ГК Российской Федерации общему (основному) принципу действия закона во времени**, который имеет целью обеспечение правовой определенности и стабильности законодательного регулирования в России как правовом государстве ([статья 1, часть 1](#), Конституции Российской Федерации) и означает, что действие закона распространяется на отношения, права и обязанности, возникшие после введения его в действие; **только законодатель вправе распространить новые нормы на факты и порожденные ими правовые последствия, возникшие до введения соответствующих норм в действие, т.е. придать закону обратную силу** (ретроактивность), либо, напротив, допустить в определенных случаях возможность применения утративших силу норм (ультраактивность) ([Постановление](#) от 22 апреля 2014 года N 12-П; Определения от 18 января 2005 года N 7-О, от 29 января 2015 года N 211-О и др.).

Данный подход обусловлен необходимостью достижения соразмерности при соблюдении интересов общества и условий защиты основных прав личности, т.е. баланса конституционно защищаемых ценностей, а потому вопрос придания обратной силы закону, изменяющему обязательства юридически равных участников гражданского правоотношения, требует дифференцированного подхода, обеспечивающего сбалансированность и справедливость соответствующего правового регулирования, не допускающего ущемления уже гарантированных прав и законных интересов одной стороны и умаления возможностей их защиты в пользу другой

([Определение](#) Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 2015 года N 1539-О)".

Конституционно-правовой смысл правил [ГК](#) о действии закона во времени, таким образом, должен учитываться судами при рассмотрении любых гражданских дел, включая дела о возмещении убытков.

Обратная сила закона - исключительное явление и должна быть прямо установлена в законе или переходных положениях к нему. Ни то ни другое не имело места в части установления особой ответственности по [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ. Таким образом, *его положения не имеют обратной силы.*

На примере субсидиарной ответственности аналогичный подход занимает сейчас большое количество судов, хотя встречаются и ошибки. Собственно, это подтвердил и ВС РФ по делу Дальней степи (правда, в этом деле он допустил ошибку, применив с обратной силой срок исковой давности: к деяниям, совершенным в 2004 - 2005 гг., был применен годичный срок исковой давности, появившийся в 2013 г.; однако это было сделано со ссылкой на специальную норму права - правило о переходных положениях [ГК](#) РФ о сроке исковой давности; о том, какое отношение к [Зоб](#) имеют переходные положения к ГК, лучше не задумываться; из-за отмеченной ошибки дело Дальней степи не лучший образец для ссылок). Так поступают суды и по многим другим делам:

- [Постановление](#) АС Московского округа от 3 августа 2020 г. N Ф05-23260/2018 по делу N А41-74053/2015: "Если же данные обстоятельства имели место до дня вступления в силу [Закона](#) N 266-ФЗ, то применению подлежат положения о субсидиарной ответственности по обязательствам должника [Закона](#) о банкротстве в редакции, действовавшей до вступления в силу Закона N 266-ФЗ, независимо от даты возбуждения производства по делу о банкротстве.

Поскольку обстоятельства, являющиеся, по мнению конкурсного управляющего, основанием для привлечения указанного лица к субсидиарной ответственности, возникли в 2014 - 2017 гг., его рассмотрение производится по правилам [Закона](#) о банкротстве в редакции Закона N 134-ФЗ";

- [Постановление](#) АС Московского округа от 23 июля 2020 г. N Ф05-7751/2017 по делу N А40-168333/2016: "Таким образом, в данном случае подлежит применению подход, изложенный в [пункте 2](#) информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27.04.2010 N 137, по которому к материальным правоотношениям между должником и контролирующими лицами подлежит применению редакция [Закона](#) о банкротстве, действовавшая на момент возникновения обстоятельств, являющихся основанием для их привлечения к такой ответственности.

Основания привлечения к субсидиарной ответственности по обязательствам должника, как указывал заявитель, возникли в 2014 - 2016 годах, в связи с чем определялись [статьями 9 и 10](#) Закона о банкротстве в редакции Федерального закона о банкротстве N 134-ФЗ";

- [Постановление](#) АС Московского округа от 24 октября 2018 г. N Ф05-17640/2018 по делу N А40-191976/2015: "Судами установлено, что обстоятельства, указанные в качестве оснований для привлечения контролирующего должника лиц к субсидиарной ответственности имели место до вступления в силу [ФЗ](#) от 29.07.2017 N 266-ФЗ, следовательно, применению подлежат материальные нормы в редакции [ФЗ](#) "О несостоятельности (банкротстве)", действовавшей до вступления в силу Федерального закона от 29.07.2017 N 266-ФЗ";

- [Постановление](#) АС Московского округа от 11 июля 2018 г. N Ф05-10344/2018 по делу N А40-154212/2017: "Как следует из разъяснений, содержащихся в [п. 2](#) информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации N 137 от 27.04.2010 "О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 N 73-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации",

положения Закона о банкротстве в редакции Закона N 73-ФЗ (в частности, [статья 10](#)) и Закона о банкротстве банков в редакции Закона N 73-ФЗ (в частности, [статьи 4.2](#) и [14](#)) о субсидиарной ответственности соответствующих лиц по обязательствам должника применяются, если обстоятельства, являющиеся основанием для их привлечения к такой ответственности (например, дача контролирующим лицом указаний должнику, одобрение контролирующим лицом или совершение им от имени должника сделки), имели место после дня вступления в силу [Закона N 73-ФЗ](#).

Если же данные обстоятельства имели место до дня вступления в силу [Закона N 73-ФЗ](#), то применению подлежат положения о субсидиарной ответственности по обязательствам должника Закона о банкротстве в редакции, действовавшей до вступления в силу Закона N 73-ФЗ (в частности, [статья 10](#)), и Закона о банкротстве банков в редакции, действовавшей до вступления в силу Закона N 73-ФЗ (в частности, [пункт 3 статьи 9.1](#) и [статья 14](#)), независимо от даты возбуждения производства по делу о банкротстве".

Указанные разъяснения применимы и к отношениям, связанным с действием [Федерального закона](#) от 29 июля 2017 г. N 266-ФЗ;

- [Постановление](#) АС Уральского округа от 18 июля 2018 г. N Ф09-3755/18 по делу N А50-14247/2013: "В качестве правового основания заявленных требований конкурсный управляющий указал [пункт 1 статьи 61.11](#) Закона о банкротстве в редакции [Федерального закона](#) от 29.07.2017 N 266-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" (далее - [Федеральный закон](#) от 29.07.2017 N 266-ФЗ).

<...>

Вопреки доводам кассационной жалобы ФНС России суды первой и апелляционной инстанции, рассмотрев вопрос о подлежащих применению к спорным отношениям нормах права, сделали верный вывод о том, что вопрос о привлечении бывшего руководителя должника к субсидиарной ответственности подлежит разрешению с учетом той редакции [Закона](#) о банкротстве, которая действовала на момент возникновения обстоятельств, являющихся основанием для привлечения к такой ответственности. Соответствующий вывод судов основан на правильном применении норм о действии закона во времени ([часть 4 статьи 3](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, [пункт 1 статьи 4](#) Гражданского кодекса Российской Федерации), а также разъяснений, изложенных в [пункте 2](#) информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27.04.2010 N 137 "О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями [Федерального закона](#) от 28.04.2009 N 73-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Данный подход соответствует [части 1 статьи 54](#) Конституции Российской Федерации и позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в [Постановлениях](#) от 22.04.2014 N 12-П и от 15.02.2016 N 3-П";

- аналогичная судебная практика встречается также в других актах: в [Постановлениях](#) АС Московского округа от 24 мая 2018 г. по делу N А40-172410/16, 8-го ААС от 23 ноября 2017 г. N 08АП-12376/2017 по делу N А75-9360/2014, 12-го ААС от 15 января 2018 г. по делу N А06-7028/2015; [Определениях](#) АС Республики Башкортостан от 7 августа 2017 г. по делу N А07-18825/2014, АС г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 13 декабря 2017 г. по делу N А56-64891/2016/суб.1, от 18 декабря 2017 г. по делу N А56-48369/2014, от 25 декабря 2017 г. по делу N А56-4290/2015/суб., от 26 декабря 2017 г. по делу N А56-8345/2014/субс., АС г. Москвы от 26 декабря 2017 г. по делу N А40-63268/16, от 25 декабря 2017 г. по делу N А40-13064/17, от 12 декабря 2017 г. по делу N А40-172410/16, от 7 декабря 2017 г. по делу N А40-23853/16, от 7 декабря 2017 г. по делу N А40-143108/15, от 24 ноября 2017 г. по делу N А40-213955/15, от 27 октября 2017 г. по делу N А40-60633/15-4(185)-207Б, от 19 октября 2017 г. по делу N А40-43480/16,

от 9 октября 2017 г. по делу N А40-160080/15, от 11 июля 2018 г. по делу N А40-241867/15, от 19 июня 2018 г. по делу N А40-144877/16, от 13 июня 2018 г. по делу N А40-191976/15, от 23 мая 2018 г. по делу N А40-149275/16, от 4 апреля 2018 г. по делу N А40-105012/16, от 22 февраля 2018 г. по делу N А40-199478/15-160-327, от 22 февраля 2018 г. по делу N А40-153973/15-160-232, от 22 февраля 2018 г. по делу N А40-126087/16, от 19 января 2018 г. по делу N А40-126879/16-160-181, от 18 января 2018 г. по делу N А40-126882/16 и др.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб введен Федеральным [законом](#) от 23 апреля 2018 г. N 87-ФЗ и вступил в силу 8 июня 2018 г. (последующие изменения данной нормы не стали существенными). Вместе с тем планы участия, предусматривающие докапитализацию проблемных банков, утверждались задолго до этого (в 2014 - 2015 гг.). Поэтому возможен вопрос о том, может ли правило абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб применяться в таких случаях. Ответ на него должен быть категорически отрицательным.

Логика подобного решения может быть описана следующим образом: в тот момент, когда виновное лицо совершает определенные действия, оно должно понимать, какие частноправовые санкции к нему могут быть применены и в каком порядке. Одно дело, когда лицо может быть привлечено к субсидиарной ответственности в случае установленной судом несостоятельности банка. Другое дело, когда размер долга возникает в результате фактически односторонних действий регулятора (Банка России).

Можно ли было помыслить, чтобы по каким-то деяниям в банковской сфере контролирующие лица банка привлекались к ответственности в виде возмещения процентов за докапитализацию их банков со стороны Банка России? Нет, невозможно. Таких примеров не было. Из этого следует, что норма абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб может применяться только в отношении деяний контролирующих лиц, ставших причинами банкротства банков, если такие деяния совершались после даты вступления абз. 2 п. 5 ст. 189.23 в силу (8 июня 2018 г.).

Во всех остальных случаях можно говорить об обратной силе соответствующего правила, которая не допускается в силу ст. 4 ГК.

Тем не менее в немногочисленной практике применения п. 5 ст. 189.23 Зоб встречаются явные ошибки относительно действия данной нормы во времени. На одной из них требуется остановиться подробнее. Речь о субсидиарной ответственности контролирующих лиц МИнБанка (решение АС г. Москвы от 4 сентября 2020 г. по делу N А40-14903/20-9-33).

Рассмотрим доводы суда, применившего указанную норму, вступившую в силу в 2018 г., ретроспективно (т.е. к правонарушениям, совершенным в 2014 - 2017 гг.): "Ответчики в отзыве от 25 августа 2020 г. заявили о недопустимости применения положений абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Закона о банкротстве к правоотношениям, которые возникли до вступления в силу названной нормы.

Акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие. Действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом (ст. 4 ГК РФ).

Ответчики отмечают, что изменения в Закон о банкротстве в виде дополнения п. 5 статьи 189.23 абзацем вторым внесены п. 19 статьи 6 ФЗ от 23.04.2018 N 87-ФЗ "О внесении изменений в отдельные акты РФ".

В соответствии с ч. 1 ст. 8 указанного ФЗ Закон вступает в силу по истечении сорока пяти дней после дня его официального опубликования, то есть с 08.06.2018, в связи с чем ответчики полагают, что к обстоятельствам, возникшим до указанной даты, не могут применяться положения п. 5 ст. 189.23 Закона о банкротстве.

Норма п. 5 ст. 189.23 Закона о банкротстве, предоставляющая кредитной организации или

Агентству от ее имени право обратиться в арбитражный суд с требованием о возмещении убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства с участием Агентства, включена в Закон о банкротстве в составе [параграфа 4.1](#) "Банкротство кредитных организаций" в связи с принятием Федерального [закона](#) от 22.12.2014 N 432-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" (далее - Закон N 432), который вступил в силу 23.12.2014.

При этом [ч. 8 ст. 15](#) Закона N 432 прямо устанавливала, что действие положений [Закона](#) о банкротстве (в редакции Закона N 432) распространяется на правоотношения, возникшие до дня вступления в силу Закона N 432, в связи с реализацией планов участия Агентства в предупреждении банкротства банка, согласованных (утвержденных) Банком России в соответствии с Федеральным [законом](#) "О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2014 года".

Все последующие изменения нормы [п. 5 ст. 189.23](#) Закона о банкротстве дополняли, уточняли и конкретизировали ее (в том числе в отношении перечня субъектов, правомочных обратиться с иском).

В частности, в 2017 году появилось полномочие Банка России действовать от имени кредитной организации при обращении в суд с требованием о возмещении убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства с участием Банка России, а в 2018 году было конкретизировано понятие убытков, в которые вошли расходы Банка России.

Положения [п. 5 ст. 189.23](#) Закона о банкротстве отвечают в том числе признакам процессуальной нормы, поскольку определяют порядок предъявления требования о взыскании убытков, предоставляя процессуальные полномочия на такие действия. Следовательно, указанная норма подлежит применению во времени таким же образом, как иные нормы процессуального права, т.е. на момент совершения соответствующего процессуального действия ([ч. 4 ст. 3](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации), независимо от периода, когда в отношении кредитной организации осуществлялись меры по предупреждению банкротства.

Указанное полномочие также не поставлено в зависимость от периода, в течение которого лицо признается контролирующим, и направлено на недопущение возможности исключения ответственности лиц, контролировавших кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства с участием Банка России, в связи с чем реализация Банком России указанного полномочия не может рассматриваться в контексте действия обратной силы материального закона.

Учитывая, что в основу настоящего иска положено в первую очередь установление факта осуществления мер по предупреждению банкротства с участием Банка России или Агентства, предусмотренных [статьей 189.49](#) настоящего Федерального закона в отношении кредитной организации, вследствие чего Банком России и были понесены убытки, иск заявлен правомерно на основании положений [п. 5 ст. 189.23](#) Закона о банкротстве".

Первая ошибка суда заключалась в том, что он перепутал (либо сознательно смешал) две разные нормы - [абз. 1 и 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб. Об их различном правовом содержании шла речь выше по тексту настоящей статьи.

Вторая ошибка была в том, что суд назвал процессуальной явно материальную норму (о составе и размере убытков). Выше было показано, насколько необычна такая норма для нашего правового порядка. [Абзац 1 п. 5](#) еще можно считать процессуальным, хотя и это спорно. Но [второй](#)

[абзац](#) однозначно является материальной нормой. А суд, доказывая его процессуальный характер, цитирует только абз. 1 (о правомочиях на заявление иска о субсидиарной ответственности).

Третья ошибка суда заключается в том, что он распространяет на данный случай правило [ч. 8 ст. 15 Закона N 432](#). Дело в том, что указанная норма ни в коей мере не касалась [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Закона о банкротства (так как ее на тот момент - 2014 г. - не было и в помине). Усматривать в такой норме легитимацию на обратную силу любых будущих изменений закона - это, как говорится, перебор; или новое слово в юридической технике - в зависимости от того, как будет развиваться российская правоприменительная практика дальше.

Гораздо более удачным в этом аспекте является решение АС Амурской области от 26 апреля 2021 г. по делу N А04-8278/2019. В этом деле (дело о субсидиарной ответственности контролирующих лиц Азиатско-Тихоокеанского банка) суд не признал обратной силы за [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб.

Истец указывал на возникновение у него убытков в связи с оказанием финансовой помощи Азиатско-Тихоокеанскому Банку (ПАО) ввиду вложения Банком России денежных средств в размере 9 млрд руб. в уставный капитал банка. Их размер определялся в виде недополученного дохода от размещения указанных денежных средств на срок 20 лет (7 305 дней) по ключевой ставке, действовавшей на момент предоставления денежных средств (7,5%), что составляет свыше 13,5 млрд руб. <3>

<3> Таким образом, высказанное выше предположение о том, что норма о 20-летнем сроке предполагаемого финансирования призвана подогнать сумму субсидиарной ответственности под 100% вложенной суммы докапитализации, оказывается даже неверным (заниженным), если сравнить 9 и 13,5 млрд.

Мотивировка суда, отклоняющая ретроспективность применения [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб, практически безупречна и потому заслуживает ее полного воспроизведения в настоящей статье: "Вместе с тем положения [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не подлежат применению к рассматриваемым правоотношениям.

[Статьей 4](#) Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие. Действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом.

Изменения в Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" в виде дополнения пункта 5 статьи 189.23 [абзацем вторым](#) внесены [пунктом 19 статьи 6](#) Федерального закона от 23.04.2018 N 87-ФЗ "О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации".

В соответствии с [частью 1 статьи 8](#) указанного Федерального закона Закон вступает в силу по истечении сорока пяти дней после дня его официального опубликования, то есть с 08.06.2018.

Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, общим (основным) принципом действия закона во времени является распространение его на отношения, возникшие после введения его в действие, и только законодатель вправе распространить новые нормы на факты и порожденные ими правовые последствия, которые возникли до введения соответствующих норм в действие, то есть придать закону обратную силу (Определения от 18.01.2005 [N 7-О](#), от 01.12.2009 [N 1549-О-П](#), от 13.05.2010 [N 828-О-О](#), от 24.09.2012 [N 1747-О](#)).

Придание обратной силы закону - исключительный тип его действия во времени, использование которого относится к прерогативе законодателя; при этом либо в тексте закона содержится специальное указание о таком действии во времени, либо в правовом акте о порядке вступления закона в силу имеется подобная норма; законодатель, реализуя свое исключительное право на придание закону обратной силы, учитывает специфику регулируемых правом общественных отношений; обратная сила закона применяется преимущественно в отношениях, которые возникают между индивидом и государством в целом, и делается это в интересах индивида (уголовное законодательство, пенсионное законодательство); в отношениях, субъектами которых выступают физические и юридические лица, обратная сила не применяется, ибо интересы одной стороны правоотношения не могут быть принесены в жертву интересам другой, не нарушившей закон ([решение](#) от 01.10.1993 N 81-р, Определения от 25.01.2007 N [37-О-О](#), от 15.04.2008 N [262-О-О](#), от 20.11.2008 N [745-О-О](#), от 16.07.2009 N [691-О-О](#), от 23.04.2015 N [821-О](#)).

Преобразование отношений в той или иной сфере жизнедеятельности не может осуществляться вопреки нашедшему отражение в [статье 4](#) Гражданского кодекса Российской Федерации общему (основному) принципу действия закона во времени, который имеет целью обеспечение правовой определенности и стабильности законодательного регулирования в России как правовом государстве ([часть 1 статьи 1](#) Конституции Российской Федерации) и означает, что действие закона распространяется на отношения, права и обязанности, возникшие после введения его в действие, и только законодатель вправе распространить новые нормы на факты и порожденные ими правовые последствия, возникшие до введения соответствующих норм в действие, то есть придать закону обратную силу (ретроактивность) ([Постановление](#) от 22.04.2014 N 12-П, Определения от 18.01.2005 N [7-О](#), от 29.01.2015 N [211-О](#) и др.).

Федеральный [закон](#) от 23.04.2018 N 87-ФЗ "О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации" не предполагал применение [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" к правоотношениям, действовавшим до момента введения его в действие - до 08.06.2018.

Следовательно, к обстоятельствам, возникшим до указанной даты, положения [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" применяться не могут.

Кроме того, поскольку, совершая действия, за которые руководитель должника может быть привлечен к ответственности, он должен осознавать возможность наступления неблагоприятных последствий и их предполагаемый объем именно в момент совершения действий (принцип разумных ожиданий), то подлежит применению норма, действующая в обозначенный момент, поскольку иное может привести к нарушению принципа невозможности придания обратной силы нормам, ухудшающим положение лица, по сравнению с тем, как они существовали в момент совершения деяния, в частности, закрепленного в [Конституции](#) Российской Федерации.

Таким образом, применение той или иной редакции нормы Федерального [закона](#) от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" зависит от того, когда имели место обстоятельства, являющиеся основанием для возмещения убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства".

Относительно данной мотивировки можно заметить лишь то, что она показана к изучению всем юристам, участвующим в делах о субсидиарной ответственности контролирующих лиц в России.

Рассматривался в данном деле и довод о процессуальном характере нормы [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ. Рассуждения суда по данному вопросу помимо того, что они верны, вызывают к себе расположение еще и тем, что суд основывал свои выводы на научных заключениях правоведов, а

это встречается на практике пока еще довольно редко: "Истец указывает, что положения [абзаца 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" носят характер процессуальной нормы в связи с тем, что определяют порядок предъявления требования о взыскании убытков, предоставляя процессуальные полномочия на такие действия, соответственно, указанная норма подлежит применению в редакции, действовавшей на момент совершения процессуального действия.

Приведенный истцом довод судом отклоняется, поскольку [абзац 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" содержит исключительно признаки материального права - понятие, состав подлежащих возмещению убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, в отношении которой осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства, их размер.

Положений, являющихся характерными для процессуальной нормы, определяющих процедуру рассмотрения арбитражным судом заявления о возмещении убытков, причиненных виновными действиями (бездействием) лиц, контролирующих кредитную организацию, [абзац 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не содержит, признаками процессуальной нормы не обладает.

Указанная позиция подтверждается представленным в материалы дела Научным заключением от 14.12.2020, выполненным исполняющим обязанности заведующего отделом гражданского законодательства и процесса, главным научным сотрудником, доктором юридических наук федерального государственного научно-исследовательского учреждения "Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации" Гутниковым О.В., старшим научным сотрудником отдела гражданского законодательства и процесса, кандидатом юридических наук Дьяконовой М.О. по результатам проведенного анализа законодательства и правовой доктрины в целях определения правовой природы норм, содержащихся в [пункте 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

Для определения правовой природы материальных или процессуальных норм необходимо учитывать их характерные особенности, установленные законодательством Российской Федерации и правовой доктриной. Материальные нормы права в первую очередь регулируют правила поведения участников гражданских правоотношений в гражданском обороте, наделяя их в отношении друг друга гражданскими правами и обязанностями. Эти нормы тем самым построены на началах правонаделения, а также установления запретов и ограничений. Правонаделение выражается в предоставлении участникам гражданских отношений определенных субъективных гражданских прав, которые имеют свое содержание и структуру. Существо любой материальной нормы права составляет правонаделение, то есть установление для участников гражданского оборота определенной меры возможного и дозволенного поведения, выражающейся в конкретных правомочиях на собственные действия, правомочиях требовать определенного поведения от обязанных лиц и в правомочиях на защиту субъективного права как самостоятельно, так и с помощью государства, в том числе в юрисдикционной форме путем обращения в компетентный суд (общей юрисдикции, арбитражный суд или третейский суд). Процессуальные нормы права, в свою очередь, призваны регламентировать порядок разрешения споров и конфликтных ситуаций, судебного разбирательства; определяют процедуру применения материального права (порядок) рассмотрения и разрешения уголовных, гражданских, арбитражных дел, а также дела об административных правонарушениях и дел, рассматриваемых в порядке конституционного судопроизводства.

Признание права на защиту необходимой составляющей материального субъективного права, его неотъемлемым свойством обуславливает материально-правовую природу норм, которые закрепляют материальные субъективные права, охватывающие своим содержанием и право на судебную защиту в случае предполагаемого нарушения. В отличие от материальных

норм процессуальные нормы не наделяют участников гражданских правоотношений материальными субъективными правами, а регулируют порядок осуществления правосудия при рассмотрении дел в судах в предусмотренной специальным законодательством процессуальной форме, определяя процессуальные права и обязанности суда и иных участников судебного процесса.

Согласно выводам, содержащимся в вышеуказанном научном заключении, [абзац 1 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не отвечает специфическим признакам, характерным для процессуальных норм, а именно: не регулирует общественные отношения в области осуществления правосудия по гражданским делам государственным судом, то есть не формирует процессуальный порядок рассмотрения и разрешения судами дел; не создает процессуальных прав и не возлагает процессуальных обязанностей на участников процесса; на его основе не возникают гражданские (арбитражные) процессуальные правоотношения между судом и иным участником процесса. [Абзац 1 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" является материальной нормой права, устанавливающей особенности осуществления правомочия на защиту в составе субъективных гражданских прав участников правоотношений при банкротстве кредитных организаций в виде возмещения убытков, причиненных контролирующими кредитную организацию лицами. Данные особенности заключаются в наделении правом на предъявление требования о возмещении убытков определенных в данной норме лиц (кредитная организация, либо Банк России, Управляющая компания или Агентство от ее имени), а также в установлении такого права в отношении контролирующих лиц лишь определенных кредитных организаций, а именно - в отношении которых осуществлены (осуществляются) меры по предупреждению банкротства с участием Банка России или Агентства, предусмотренные [статьей 189.49](#) Закона о банкротстве. [Абзац 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" также является материальной нормой права, уточняющей состав подлежащих возмещению убытков, право на возмещение которых предоставлено [абзацем 1 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

Аналогичные выводы о том, что [абзац 2 пункта 5 статьи 189.23](#) Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не может быть расценен в качестве процессуальной нормы, действовавшей на момент совершения процессуального действия, содержатся в Научно-правовом заключении доктора юридических наук, профессора кафедры гражданского процесса ФГБОУ ВО "Уральский государственный юридический университет" Загайновой С.К.; правовом заключении заведующей кафедрой гражданского права и процесса юридического факультета ФГБОУ ВО "Воронежский государственный университет", доктора юридических наук, профессора Носыревой Е.И.; экспертном заключении ФГБОУ ВО "Санкт-Петербургский государственный университет".

В силу [части 2 статьи 64](#) АПК РФ в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

Возражений относительно представленных научных заключений, либо ходатайства о назначении судебной экспертизы в рамках рассматриваемого дела ответчиком не заявлено".

(5) Допустимо ли принятие ЦБ РФ решения о санации кредитной организации в ситуации, когда менеджмент или бенефициары кредитной организации выступают против применения санации и возможно улучшение финансового состояния кредитной организации без вмешательства со стороны ЦБ РФ?

Это вопрос не частного, а административного права. Одна из его граней - может ли суд переоценивать по существу решение административного органа (решение Банка России,

безусловно, административное, основанное на отношениях власти и подчинения, как бы Банк России ни пытался отрицать у себя статус органа государства в каких-то иных вопросах).

С одной стороны, само по себе возражение со стороны менеджмента и бенефициаров кредитной организации не должно служить препятствием для санации кредитной организации, поскольку Банк России действует в публичном интересе. Он пытается предотвратить банкротство банка, от которого пострадают не только менеджеры и бенефициары (если бы только они, тогда их мнение имело бы решающее значение), но и вкладчики, другие банки и вообще стабильность гражданского оборота (отток средств населения с вкладов и т.п.).

С другой стороны, ситуация резко меняется, если улучшение финансового состояния кредитной организации возможно без вмешательства Банка России.

В административном (или бюджетном, поскольку здесь тратятся общественные деньги - деньги ЦБ РФ, пусть они и не относятся к сфере бюджетных финансов) праве должен быть такой принцип - минимизации затрат на достижение поставленной цели. Если цели можно достигнуть, потратив 10 млн, то достижение этой цели за 100 млн нужно считать противоправным, нарушающим принцип бюджетной экономии (он же принцип экономии государственных финансов).

Показательно мнение ученых, подготовивших проект закона об административном управлении, в ст. 10 которого закрепляется принцип экономической эффективности: "1. Принцип экономической эффективности выражается в обеспечении достижения ожидаемых конечных общественно значимых, промежуточных и непосредственных результатов с наименьшими затратами финансовых, кадровых, информационных, материально-технических и иных ресурсов субъектов государственного управления" <4>.

<4> Южаков В.Н., Талапина Э.В., Добролюбова Е.И., Тихомиров Ю.А. Инициативный проект закона об обеспечении качества государственного управления. М.: ИД "Дело" РАНХиГС, 2020. С. 46 (https://pps.ranepa.ru/Publication2/2020/761e983f-72ed-41ac-9d49-912d38903fa9/%D0%98%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D1%8B%D0%B8%CC%86%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%20%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B0%20%D0%BE%D0%B1%20%D0%BE%D0%B1%D0%B5%D1%81%D0%BF%D0%B5%D1%87%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B8%20%D0%BA%D0%B0%D1%87%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0%20%D0%B3%D0%BE%D1%81.pdf?fbclid=IwAR1Axh7coSQj1s95gGg68ABXbYDSEh_zfVWVKomE78ZIB2BrGffCGk6hQi0).

По-видимому, это более точное название, чем принцип бюджетной экономии, поскольку здесь обеспечивается более широкий охват.

А.А. Маркелова и А.А. Ягельницкий пишут: "(в) Неоднозначным может показаться вопрос о пределах оценки законности и обоснованности акта, решения, действия (бездействия) государственного органа или должностного лица. Как было рассмотрено выше, незаконность может выражаться не только в нарушении конкретных норм права или процедуры его принятия, но и в несоответствии акта общим принципам права, а также критериям достаточности, обоснованности, последовательности и т.д.

В п. 62 Постановления Пленума ВС РФ от 27 сентября 2016 г. N 36 указывается, что суд не осуществляет проверку целесообразности оспариваемых решений, действий (бездействия) органов государственной власти, принимаемых, совершаемых ими в пределах своего усмотрения в соответствии с компетенцией, предоставленной законом или иным нормативным правовым актом.

Однако в [следующем абзаце этого пункта](#) указывается, что превышение указанных полномочий либо использование их вопреки законной цели и правам, законным интересам граждан, организаций, государства и общества является основанием для признания оспариваемых решений, действий (бездействия) незаконными (п. 4 ч. 9 ст. 226 КАС РФ, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

...В связи с изложенным можно сделать вывод, что суд при оценке незаконности акта государственного органа наделен всеми необходимыми полномочиями для наиболее полного, всестороннего и содержательного решения вопроса о том, соответствуют ли акт, решение, действие государственного органа не только формальным требованиям закона, но и общим правовым предписаниям и принципам в целом.

В качестве примера можно привести Апелляционное [определение](#) СКАД ВС РФ от 3 июля 2019 г. N 53-АПА19-24. В этом деле ВС РФ признал неправомерным изменение функциональной и территориальной зоны в отношении спорного земельного участка, находящегося в частной собственности, с зоны застройки индивидуальными жилыми домами на зону городской рекреации, градостроительный регламент которой предусматривает возможность его использования неограниченным кругом лиц. Суд сослался на отсутствие обоснования необходимости такого изменения и на то, что само по себе наличие зеленых насаждений на земельном участке не может служить достаточным обоснованием изменения территориального планирования и градостроительного зонирования. В связи с этим решение муниципального органа было признано незаконным, как нарушающее права собственника земельного участка (подробнее см. п. 6 комментария к ст. 16.1 ГК РФ).

Это дело демонстрирует широкий и правильный подход для оценки правомерности тех или иных действий или актов государственных органов или должностных лиц" <5>.

<5> Маркелова А.А., Ягельницкий А.А. Комментарий к ст. 16 ГК // Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1 - 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: Статут, 2020. С. 1060 - 1061.

Нужно ли доказывать необходимость санации?

Обоснованность принятой меры публичного принуждения (особенно если бенефициары банка не просто возражали против санации, но и предлагали обоснованные контрмеры по стабилизации финансового положения банка) должен доказывать административный орган, т.е. Банк России.

Такое правило установлено в арбитражном процессе применительно к оспариванию ненормативных актов, но вполне можно занять позицию, что данная норма является проявлением нормы более высокого порядка о том, что государственный орган всегда должен обосновывать свои действия. Значит, подобная норма должна применяться и в данном случае, когда на повестке дня находится решение о санации кредитной организации с вливанием государственных денег.

Банк России действует как лицо, наделенное властными полномочиями. По сути, в данном вопросе ему делегированы полномочия органа государственной власти. Если орган принимает какие-то меры (особенно влекущие имущественные последствия для частных лиц), он должен доказывать обоснованность своего решения.

К сожалению, в судебной практике решения Банка России (АСВ, Управляющей компании) не подвергаются должной критической оценке. Так, в деле о субсидиарной ответственности контролирующих лиц МИнБанка (решение АС г. Москвы от 4 сентября 2020 г. по делу N А40-14903/20-9-33) имела место следующая ситуация: "Как усматривается из фактических материалов

дела, 21.01.2019 в связи с установлением признаков неустойчивого финансового положения ПАО "МИНБанк" (далее также - Банк), создающего угрозу интересам его кредиторам и вкладчикам, а также учитывая социальную и региональную значимость Банка, Банк России в соответствии со [ст. 189.49](#) Закона о банкротстве утвердил план участия Банка России в осуществлении мер по предупреждению банкротства Банка (далее - План участия), которым были предусмотрены докапитализация Банка (Изменения в План участия, предусматривающие докапитализацию Банка, были утверждены Советом директоров Банка России 08.02.2019 (протокол N 3) и 12.07.2019 (протокол N 16)) и предоставление ему средств на поддержание ликвидности за счет средств, составляющих Фонд консолидации банковского сектора, с целью повышения его финансовой устойчивости и обеспечения дальнейшего развития кредитной организации.

[Приказом](#) Банка России от 22.01.2019 N ОД-109 в соответствии со [статьями 189.26 и 189.34](#) Закона о банкротстве была назначена временная администрация по управлению кредитной организацией Публичного акционерного общества "Московский Индустриальный банк" ПАО "МИНБанк" на срок шесть месяцев с приостановлением полномочий исполнительных органов Банка. [Приказом](#) Банка России от 19.07.2019 N ОД-1680 с 23 июля 2019 года срок действия временной администрации по управлению Банком продлен на шесть месяцев.

В соответствии со [ст. 189.50](#) Закона о банкротстве в связи с установлением Банком России отрицательного значения величины собственных средств (капитала) на основании решения Комитета банковского надзора Банка России от 28.02.2019 Приказом Банка России от 01.03.2019 N ОД-435 "Об уменьшении размера уставного капитала банка "Московский Индустриальный банк" ПАО "МИНБанк" (г. Москва)" уставный капитал Банка был уменьшен до 1 рубля.

Банк России в рамках осуществления докапитализации Банка стал владельцем свыше 99,9% обыкновенных акций Банка.

Докапитализация Банка позволила сформировать необходимый капитал для соблюдения нормативов достаточности собственных средств (капитала) с учетом требуемых надбавок к достаточности капитала, рассчитанных в соответствии с требованиями [Инструкции](#) Банка России от 28.06.2017 N 180-И "Об обязательных нормативах банков".

За счет средств, составляющих Фонд консолидации банковского сектора, Банку совокупно было предоставлено 168,6 млрд рублей, из них на докапитализацию - 128,7 млрд рублей и на поддержание ликвидности в краткосрочном периоде - 39,9 млрд рублей".

Таким образом, мы видим, что в уставный капитал банка было вложено более 128 млрд руб. и владельцы банка утратили его, поскольку уставный капитал был снижен до 1 руб., а далее увеличен с передачей всех акций из дополнительной эмиссии в собственность публичного субъекта (по-видимому, Банка России). Но здесь нас интересует даже не этот аспект двойного обогащения Банка России (ведь МИНБанк потом был кому-то продан, и суд не анализирует ни продажную цену, которая, конечно, должна была пойти в зачет к сумме докапитализации, ни какие-то иные обстоятельства), а аспект обоснованности решения Банка России о таком размере докапитализации. Из решения суда следует, что проверки, которые проводились Банком России за год или два до введения временной администрации, указывали на необходимость увеличения резервов по сомнительным суммам всего лишь на 29 млрд руб.: "Общая сумма недоформированных резервов на возможные потери, по оценке рабочей группы, может составить на 01.07.2017 не менее 28 894,2 млн рублей".

Это цитата из судебного акта. Иными словами, мы понимаем, что если бы у банка были резервы на указанную недостающую сумму, то претензий к нему у Банка России бы не было. И вдруг - докапитализация на 128 млрд руб. плюс почти 40 млрд на текущие цели!..

Разрыв в размере 100 млрд в данной ситуации весьма интересен, и, думается, именно Банк России должен был доказывать целесообразность такого существенного превышения суммы

докапитализации над суммой недостатка резервов банка.

Нельзя не отметить, что в данном деле судом была допущена просто вопиющая ошибка в бремени доказывания. Вместо возложения указанного бремени на Банк России, суд по существу отказался оценивать эту целесообразность даже со ссылками на ее отсутствие со стороны ответчиков: "Факт осуществления мер по предупреждению банкротства в отношении Банка подтверждается наличием утвержденного Советом директоров Банка России 21.01.2019 плана участия Банка России в осуществлении мер по предупреждению банкротства Публичного акционерного общества "Московский Индустриальный банк", наличием [Приказа](#) Банка России 22.01.2019 N ОД-109 "О возложении на общество с ограниченной ответственностью "Управляющая компания Фонда консолидации банковского сектора" функций временной администрации по управлению банком Публичное акционерное общество "Московский Индустриальный банк" ПАО "МИнБанк" (г. Москва)" (далее - Приказ N ОД-109) и наличием [Приказа](#) Банка России от 01.03.2019 N ОД-435 "Об уменьшении размера уставного капитала банка Публичное акционерное общество "Московский Индустриальный банк" ПАО "МИнБанк" (г. Москва)" (далее - Приказ N ОД-435). **Указанные приказы Банка России для целей применения ст. 189.23 Закона о банкротстве являются юридическими фактами, не требующими дополнительного обоснования их целесообразности".**

Ненормативный акт не признан незаконным в отдельном процессе - можно ли ссылаться на это в отдельном процессе?

К сожалению, российская теория ненормативных актов не знает их деления на ничтожные и оспоримые, которое свойственно германскому административному праву (по имеющимся сведениям, административное право Германии было подготовлено цивилистом, уставшим от полнейшей неразберихи, которая в нем творилась).

Если бы такое деление существовало, то решение было бы различным в зависимости от типа недействительности акта: на ничтожность акта можно было бы ссылаться в любом процессе, а на его оспоримость - только в специальном процессе по обжалованию данного акта.

Однако отсутствие подобного деления ненормативных актов должно быть в пользу граждан, а не публичных органов.

Именно так и происходит в ином вопросе, когда могли бы пострадать права граждан. Если бы все ненормативные акты рассматривались как оспоримые, то возмещение вреда, причиненного такими актами, возможно было бы только в случае признания таких актов недействительными (оспаривания в судебном порядке). Именно так первоначально и складывалась судебная практика. Однако затем она была изменена. И это означает, что сейчас по умолчанию любой незаконный ненормативный акт фактически является ничтожным (полностью или в части), т.е. на его незаконность можно ссылаться в любом процессе.

В подтверждение выраженной позиции можно привести достаточно обширную цитату из Глоссы:

"3.8. Процессуальные вопросы доказывания незаконности

(а) Ранее в судебной практике являлся спорным вопрос о возможности обоснования незаконности акта, действия (бездействия) должностного лица или государственного органа непосредственно в деле о взыскании убытков без их оспаривания в специальном процессуальном порядке (гл. 24 АПК РФ, гл. 21, 22 КАС РФ). Проблема заключалась в том, что для оспаривания ненормативных актов, действий (бездействия) должностных лиц и государственных органов установлен специальный, усеченный срок давности - 3 месяца (ч. 4 ст. 198 АПК РФ, ч. 1 ст. 219 КАС РФ), и если лицо заявляло требование об убытках в соответствии с ГК РФ в пределах общего трехлетнего срока исковой давности, могло показаться, что таким образом преодолевался

пропущенный срок для оспаривания. Также существует разница в распределении бремени обоснования и (или) доказывания. При оспаривании акта государственного органа в специальном процессуальном порядке обязанность обосновать соблюдение процедурных правил при его принятии и его соответствие актам более высокой юридической силы возлагается на государственный орган (ч. 8, 9 ст. 213, ч. 10, 11 ст. 226 КАС РФ, ч. 6 ст. 194, ч. 5 ст. 200 АПК РФ). Если же лицо сразу заявляет требование об убытках, бремя обоснования и (или) доказывания противоправности лежит на истце.

Эти процессуальные различия оказались преодолимыми. В п. 4 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами, утв. информационным письмом Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. N 145, разъяснено, что допустимо не обжаловать в отдельном процессуальном порядке решение, действие, которым причинен ущерб, а сразу обращаться с требованием о возмещении убытков. В таком случае суд оценивает законность соответствующего акта при рассмотрении иска о возмещении вреда.

В п. 5 названного Обзора сглаживается и различие в распределении бремени обоснования и (или) доказывания: истец обязан представить доказательства, обосновывающие противоправность акта, органа, которыми истцу причинен вред, а на ответчике лежит бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия такого акта или решения либо для совершения таких действий (бездействия) (аналогично ч. 5 ст. 200 АПК РФ)" <6>.

<6> Маркелова А.А., Ягельницкий А.А. Указ. соч. С. 1059 - 1060.

Об этом же в Глоссе пишет и М.А. Церковников: "Что же до ненормативного правового акта, то, по общему правилу, его оспаривание также не является обязательным условием для его неприменения. Если в ходе рассмотрения какого-либо гражданского спора (например, о взыскании убытков, возникших в связи с принятием государственным органом незаконного акта, в порядке ст. 16 ГК РФ) встает вопрос о законности такого акта, суд, оценив доводы сторон, констатирует его незаконность и, соответственно, отсутствие правового эффекта и на основании этого выносит решение. Предъявление специального требования, направленного на признание незаконного ненормативного правового акта недействительным, как правило, не требуется, такой акт не имеет юридической силы ipso facto" <7>.

<7> Церковников М.А. Комментарий к ст. 13 ГК // Основные положения гражданского права: Постатейный комментарий к статьям 1 - 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 854 - 855.

Как видно из цитаты М.А. Церковникова, он рассматривает ничтожность незаконного ненормативного акта (именуемую им отсутствием юридической силы ipso facto) как общее правило и не ограничивает применение данного правила только случаями возмещения убытков. Такой подход можно поддержать как единственно правильный.

Таким образом, непризнание недействительным акта Банка России об утверждении плана участия АСВ или о введении санации банка в иной форме не препятствует ссылкам на незаконность данного акта полностью или в части избыточного финансирования, предоставленного банку и растраченного впустую временной администрацией или новыми собственниками банка.

(6) Допустимо ли привлечение лица к субсидиарной ответственности наряду с привлечением к возмещению убытков по п. 5 ст. 189.23 ЗоБ?

С точки зрения цели вложение финансирования Банком России в проблемный банк направлено на восполнение ликвидных активов. Фактически Банк России предоставляет ту сумму, которая была бы необходима для восстановления платежеспособности банка. Это значит, что такая сумма и равна размеру возможной субсидиарной ответственности контролирующих лиц банка.

Конечно, удвоения ответственности быть не должно. Но здесь важно разобраться с тем, как соотносились убытки, причиненные контролируемыми лицами банку (или его кредиторам), и суммы, предоставленные Банком России saniруемому банку.

Если Банк России предоставил для санации заведомо недостаточную сумму, то он в принципе не может требовать возмещения своих неполученных доходов с контролирующих лиц по [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб. Если банк все равно оказался в банкротстве, то речь может идти только о субсидиарной ответственности и она наступает только перед кредиторами, но не перед Банком России.

Если Банк России предоставил достаточную сумму, которая исправила финансовое положение saniруемого банка в момент ее предоставления, но она была нерационально потрачена (новым) руководством saniруемого банка, это означает, что нет причинной связи между действиями контролирующих лиц банка, совершенными ранее, и наступившим банкротством банка.

Если Банк России предоставил сумму, которая предполагалась достаточной, но ее реально не хватило для эффективного предотвращения банкротства банка, то надо разбираться с тем, как она была потрачена. Исключать решение, при котором эта сумма была потрачена на расчеты с отдельными кредиторами, но средств не хватило для предотвращения банкротства и, значит, в оставшейся части может наступать субсидиарная ответственность контролирующих лиц (если они реально виновны в банкротстве банка), нельзя.

Однако любая нерациональная трата этих денежных средств, полученных в порядке санации, любыми лицами, кроме контролирующих, должна снижать размер субсидиарной ответственности контролирующих лиц, поскольку не будет причинной связи между их действиями и потерями кредиторов (банк получил средства, которые могли бы пойти кредиторам и субсидиарной ответственности не было, однако вместо этого средства пошли на что-то другое).

Разумеется, вышеуказанные доводы неприменимы в том случае, если санацию банка фактически осуществляли те же самые контролирующие лица.

Во всех описанных выше случаях в состав субсидиарной ответственности не должны входить средства, вложенные Банком России в целях санации в уставный капитал банка или переданные ему на срочной основе и не возвращенные. Эти потери Банка России не находятся в причинной связи с действиями контролирующих лиц с точки зрения субсидиарной ответственности. Банк России идет на эти траты осознанно, поэтому субсидиарной ответственности на эти суммы быть не может (об этом прямо говорится в [п. 3 ст. 61.12](#) Зоб: "В размер ответственности в соответствии с настоящей статьей не включаются обязательства, до возникновения которых конкурсный кредитор знал или должен был знать о том, что имели место основания для возникновения обязанности, предусмотренной [статьей 9](#) настоящего Федерального закона, за исключением требований об уплате обязательных платежей и требований, возникших из договоров, заключение которых являлось обязательным для контрагента должника").

То, что Банк России может требовать компенсации вложенных средств как затрат на предотвращение вреда кредиторам, восходит к специальной норме [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) Зоб. Но это совершенно другой способ защиты, имеющий другую правовую природу, и поэтому он не может смешиваться с субсидиарной ответственностью. Причем в этой норме упоминаются не сами средства, а только проценты на них (неполученные доходы Банка России). Выше было

обосновано, почему при отсутствии прямого указания на сами суммы финансирования они не могут быть взысканы как убытки Банка России.

Таким образом, гипотетически возможно привлечение контролирующих лиц и к субсидиарной ответственности в пользу кредиторов банка и к возмещению убытков Банка России по [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ. Однако по общему правилу средства, предоставленные в порядке санации, должны снижать размер субсидиарной ответственности, таким образом, удвоение ответственности (в смысле взыскания одинаковых сумм по двум разным основаниям) фактически исключается.

Проблема привлечения к субсидиарной ответственности по долгам дочерних компаний (Рост инвестиции и Рост капитал) является самостоятельной и точно не может учитываться в связи с нормой [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ.

(7) Должен ли Банк России доказывать необходимые приготовления для получения упущенной выгоды по [п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ?

Можно согласиться с выраженной в вопросе правовой квалификацией неполученных доходов Банка России как упущенной выгоды, хотя закон с непонятной целью называет эти неполученные доходы расходами. Однако упущенная выгода, даже названная расходами, остается упущенной выгодой.

Применительно к упущенной выгоде важную поправку внесли [п. 2 и 3](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств".

В законе ([п. 4 ст. 393](#) ГК: "4. При определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления") сделан акцент на принятых кредитором мерах для получения выгоды и сделанных с этой целью приготовлениях. Однако эту норму неправильно понимать так, как будто кредитор всегда должен доказывать принятые им меры для получения дохода.

Поправки к этому правилу со стороны ВС РФ выглядят следующим образом.

Во-первых, в [п. 2](#) Постановления N 7 говорится, что "упущенной выгодой являются не полученные кредитором доходы, которые он получил бы с учетом разумных расходов на их получение при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено".

Таким образом, обращено внимание на [п. 2 ст. 15](#) ГК, где при определении упущенной выгоды законодатель не упоминает никаких приготовлений, а говорит лишь об обычных условиях оборота.

Во-вторых, в [п. 3](#) Постановления N 7 [п. 4 ст. 393](#) ГК истолкован ограничительно: "3. При определении размера упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления ([пункт 4 статьи 393](#) ГК РФ).

В то же время в обоснование размера упущенной выгоды кредитор вправе представлять не только доказательства принятия мер и приготовлений для ее получения, но и **любые другие доказательства** возможности ее извлечения.

Например, если заказчик предъявил иск к подрядчику о возмещении убытков, причиненных ненадлежащим исполнением договора подряда по ремонту здания магазина, ссылаясь на то, что в результате выполнения работ с недостатками он не смог осуществлять свою **обычную деятельность** по розничной продаже товаров, то расчет упущенной выгоды может производиться на основе данных о прибыли истца за аналогичный период времени до нарушения ответчиком обязательства и/или после того, как это нарушение было прекращено.

Должник не лишен права представить доказательства того, что упущенная выгода не была бы получена кредитором".

По совокупности указанных разъяснений представляется, что перспектива отказа во взыскании с контролирующих лиц "расходов" Банка России по абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб со ссылкой на то, что истец не доказал предпринятых им приготовлений к получению выгоды, выглядит крайне низкой.

При этом ответчики могут доказывать, что Банк России испытывал затруднения с предоставлением кредитов коммерческим банкам по ключевой ставке (однако и здесь перспективы видятся минимальными).

(8) При взыскании убытков по п. 5 ст. 189.23 Зоб нужно доказать, что санация была введена в результате виновных действий КДЛ, поэтому:

- применяется ли п. 5 ст. 189.23 Зоб к банку, уже находящемуся в санации?

При ответе на этот вопрос прежде всего надо определиться с тем, за что наступает ответственность в виде убытков по п. 5 ст. 189.23 Зоб. Если это ответственность за убытки, базу для которой создает ст. 53.1 ГК, то предметом являются прежде всего потери saniруемого банка от ошибок в хозяйственной деятельности (покупка активов неликвидных или по завышенной цене), выдача безнадежных займов и т.п.

С этой точки зрения не имеет значения, когда именно причинены эти убытки. Субъектом, управомоченным на возмещение убытков, является сама кредитная организация, остальные упомянутые в законе лица приобретают лишь полномочие на выступление от имени кредитной организации (абз. 2 п. 5 ст. 189.23 выбивается из этой модели и поэтому должен рассматриваться отдельно).

С этой точки зрения любые убытки, по которым не прошел срок исковой давности, могут быть взысканы в пользу кредитной организации: как те, которые были причинены за три года до санации, так и те, которые причиняются контролирующими лицами в процессе санации (например, если контролирующее лицо удерживает какой-либо документ, подтверждающий право требования, без которого требование невозможно реализовать в суде).

Вместе с тем позиция о том, что при взыскании убытков по п. 5 ст. 189.23 Зоб нужно доказать, что санация была введена в результате виновных действий КДЛ, выглядит не вполне точной. В абз. 1 п. 5 ст. 189.23 Зоб нет такой привязки, и она не требуется исходя из сути соответствующих отношений. Можно смело предположить, как именно появился п. 5 ст. 189.23 Зоб (речь о 2017 г., т.е. только об абз. 1 данного пункта): разработчики взяли ст. 10 Зоб и переложили ее на специфику кредитных организаций (это видно из всех предыдущих пунктов ст. 189.23 Зоб). При этом, поскольку в ст. 10 Зоб упоминаются убытки (в противовес субсидиарной ответственности), про убытки повторили и в п. 5 ст. 189.23 (в первоначальной редакции нормы).

В этой части норма соотносится с санацией только в том, применительно к какой кредитной организации возникают полномочия у Банка России, Управляющей компании или АСВ на подачу к КДЛ исков от имени кредитной организации, - к той, которая находится в процессе санации. Это означает, что гипотетически санация могла произойти и без вины контролирующих лиц (но при этом они виновны в некоторых убытках, причиненных ими банку).

Напротив, абз. 2 п. 5 ст. 189.23 Зоб, конечно, должен толковаться как самостоятельная норма. Юридическая техника, использованная в данной норме, когда убытки в виде неполученных доходов подводятся под понятие привычных убытков по абз. 1 п. 5 ст. 189.23 Зоб, ошибочна. Она пытается несовместимые понятия совместить, сказав, что одно является видом второго.

Норма [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ предполагает в качестве своего основания вину контролирующих лиц в том, что банк попал в предбанкротное состояние и ему требуется санация. В противном случае не имеется причинной связи между деянием и наступившими вредоносными последствиями. Достаточно привести два примера от противного: а) если КДЛ причинило убытки на 1 млн совершением невыгодной сделки, а затем из-за экономического кризиса и девальвации курса рубля введена санация с дофинансированием банка на 1 млрд, проценты на сумму дофинансирования очевидно никак не соотносятся с деянием указанного КДЛ и, значит, не могут быть с него взысканы; б) предположим, санация уже введена и одно из новых КДЛ банка причиняет ущерб на 1 млн - проценты за период санации не могут быть возложены на него, так как его действия не находятся в причинной связи с решением о введении санации (по определению причина не может наступать позднее, чем результат).

То, что законодатель записал убытки от неполученных доходов в состав подлинных убытков, не отменяет требование о наличии причинной связи между соответствующими действиями КДЛ и наступившими потерями. Единственное, что может находиться в такой причинной связи, - доведение до банкротного состояния. Только такая логика рассуждений позволяет сделать вывод о том, когда убытки в виде неполученных доходов в принципе могут быть взысканы только за предотвращение действиями публичного субъекта (Банка России) наступления неблагоприятных последствий в виде банкротства банка, виновными в наступлении которого являются именно КДЛ данного банка.

Таким образом, если банк уже находился в процедуре санации, но потом последовали дополнительные финансовые вливания со стороны Банка России, то гипотетически ответственными за данную повторную санацию могут быть признаны и первоначальные КДЛ банка, которые действовали еще до первой санации. Но из фактических обстоятельств может следовать, что виновными являются те лица, которые не сумели эффективно воспользоваться ресурсами или возможностями, полученными в ходе первой санации. В конечном счете вопрос в очередной раз будет сводиться к проблемам причинной связи;

- за бездействие коллективного органа управления может нести ответственность только один из его членов? К примеру, в Правлении банка было 10 человек, несколько из них не обладали информацией о состоянии дел в банке, не знали о сделках, которые, по мнению ЦБ, привели к санации, не одобряли их, занимались своими вопросами. Отвечают ли они наряду с остальными?

Ответ на этот вопрос зависит от того, речь идет об ответственности по [абз. 1](#) или [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ (выше было показано, что это фактически разные нормы: абз. 1 регулирует общее управомочие на подачу исков от имени санируемой кредитной организации, а абз. 2 устанавливает конкретный вид убытков (неполученные доходы) и подразумевает конкретный состав ответственности (за доведение кредитной организации до состояния, влекущего необходимость санации)).

Если говорить об общей ответственности за убытки, причиненные юридическому лицу ([ст. 53.1](#) ГК), то надо конкретно разбирать то деяние, которое имело место. Деяния могут быть разными. Но отвечать за них должны только те лица, которые были к ним непосредственно причастны. Например, генеральный директор не понимал, что выданный им кредит фактически является безвозвратным, поскольку доверился рекомендации кредитного комитета банка (но на это мнение повлияло одно из контролирующих лиц банка). В данном случае директор не будет нести ответственности, а КДЛ (если будет установлено) будет. В каких-то случаях может отвечать директор и члены совета директоров банка, которые согласовали рискованную сделку или сделку с заинтересованностью директора (и т.п.). Более конкретный ответ на поставленный вопрос в вариации [абз. 1 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ дать не представляется возможным.

Что касается [абз. 2 п. 5 ст. 189.23](#) ЗоБ, то здесь необходимо всегда держать в уме тот предполагаемый состав, за который может наступать ответственность согласно данной норме, а

именно доведение санлируемого банка до предбанкротного состояния, потребовавшего вмешательства со стороны Банка России. Только действия разных лиц, охватываемые единым умыслом (или единой небрежностью), могут сформировать такой состав, как доведение до банкротства.

Если один из директоров на раннем этапе функционирования банка, когда у него все хорошо, выведет какой-то актив у банка (с кредитным портфелем на 3 млрд), причинив ущерб в размере 5 млн, то этот директор может отвечать за убытки, но не может отвечать за доведение банка до банкротства. То же самое касается и действий другого директора, если он, не зная о действиях первого и независимо от него, также причинит относительно мелкий ущерб банку. Отвечать он также должен только за сумму причиненного ущерба, но не за доведение до банкротства.

Понятно, что банкротство банка может наступить в результате таких мелких разрозненных убыточных действий отдельных лиц. В этом случае ни одно из них не должно отвечать за доведение до банкротства, если они не охватывались единой виной этих субъектов. Правда, в деликтном праве встречаются примеры, творческое переосмысление которых способно привести к противоположному ответу на данный вопрос: если в водоем несколько предприятий, не зависящих друг от друга, производят сбросы вредных веществ в объемах, не опасных для жизни рыбы, но в совокупности все сбросы приводят к гибели рыбы, то все действия оказываются в совокупности причиной гибели рыбы и некоторые правопорядки придерживаются взгляда о возможной солидарной ответственности всех причинителей. В германской теории это называется совместной причинностью, когда только действия двоих, не зависящие друг от друга, могли вместе произвести противоправный результат <8>.

<8> Palandt Kommentar zum burgerlichen Gesetzbuch. 74. Aufl. 2015 Einf. § 249 Rn 34.

По сведениям Д.О. Епихиной, в Англии наблюдается следующая ситуация: "Если А и В независимо друг от друга своими действиями в совокупности по неосторожности создают опасность, которая становится причиной одного и того же вреда V, то они несут ответственность как несколько параллельно действующих делинквентов <9>. В английском праве такая ситуация рассматривается судом с использованием теста "существенного вклада в ущерб" <10>. Если вред, причиненный потерпевшему, является делимым (например, болезнь, прогрессирующая пропорционально токсическому воздействию (асбестоз)), то устанавливается долевая ответственность пропорционально вкладу делинквента во вред <11>. При неделимом вреде (например, загрязнение реки отходами, смерть) ответчики несут солидарную ответственность <12>" <13>.

<9> См.: Rogers W.V.H. Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors. P. 66 - 67.

<10> См.: Oliphant K. Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth in: Koziol H. (ed.) Op. cit. P. 399 - 400.

<11> См., напр.: Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd. [2000] 3 All ER 421.

<12> См.: Bailey v Ministry of Defence [2008] EWCA Civ. 883, [2009] 1 WLR 1052.

<13> Епихина Д.О. [Ответственность за совместно причиненный вред](#) // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. N 8. С. 88 - 128.

Во Франции положение дел таково: "В случаях, когда несколько независимых делинквентов причиняют один и тот же вред потерпевшему, но невозможно определить, в какой степени это

сделал каждый из них, французские суды возлагают на них солидарную ответственность (при регрессе их доли будут равными). Например, если истца покусали три собаки, принадлежащие разным владельцам, то все трое будут солидарными ответчиками, если только кто-то не докажет, что его собака слишком маленького размера, чтобы причинить такой вред <14>. В казусе про одновременно спускаемые независимыми делинквентами отходы в реку ответственность также будет солидарной <15>" <16>.

<14> См.: Moreteau O. Causal Uncertainty and Proportional Liability in France. Op. cit. P. 148.

<15> См.: Galand-Carval S. Causation under French law in: Spier J. (ed.) Op. cit. P. 60.

<16> Епихина Д.О. [Указ. соч.](#)

В России этот вопрос, к сожалению, разработан довольно слабо, хотя интересная эмпирическая подборка содержится в указанном сочинении Д.О. Епихиной. К сожалению, данный вопрос не упоминает С.В. Назариков в своей фундаментальной работе по причинно-следственной связи <17>, хотя в остальном названную работу можно смело рекомендовать для подготовки правовой позиции по сложным делам с причинной связью.

<17> Назариков С.В. Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права: В 2 т. Т. 2: Особенная часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 147 - 230.

Например, на помощь может прийти теория адекватной причинности, в пользу которой высказался по итогам проведенного изучения С.В. Назариков. Адекватной является обычная причина совершенного деяния, понятная обычному наблюдателю. Следовательно, выведенные 5 млн у преуспевающего банка не станут причиной банкротства банка с точки зрения адекватной теории, даже если вместе с иными выведенными активами они сложатся в крупную сумму, повлекшую банкротство банка.

Тем более нет причинной связи с действиями лиц, которые не совершали спорные сделки, не одобряли их, не были о них осведомлены и занимались иными вопросами. Здесь поможет простой прием, позволяющий установить отсутствие причинной связи. Если мысленно отбросить действия указанных незадействованных лиц, неблагоприятные последствия (предпосылки для санации) наступили бы или нет? Если да, то причинная связь отсутствует. Следовательно, не может наступать ответственность в виде возмещения убытков.

Когда речь о бездействии контролирующего органа, необходимо принимать во внимание обычные процедуры, в которых могла осуществляться контрольная деятельность (соблюдались ли они), насколько выполнялись обычные проверочные действия (в сравнении с иными аналогичными банками). По общему правилу ответственность у всех членов контрольного органа должна быть одинаковой и строиться на началах солидаритета, но если будут доказаны особые знания, которыми обладали только отдельные члены контролирующего органа, в силу которых разумно было бы прекратить бездействие и перейти к активной проверке, то за бездействие должны отвечать именно эти лица, а не все члены данного органа.

(9) Как определяется контролирующее лицо по п. 5 ст. 189.23 ЗоБ? Определяем его по ст. 53.1 ГК? Или как КДЛ в банкротстве? Какие критерии должны использоваться для установления статуса лица, контролирующего деятельность кредитной организации? Можно ли считать, что п. 5 ст. 189.23 ЗоБ - это институт sui generis и критерии необходимо выводить самостоятельно?

Представляется, что при определении понятия контролирующего лица для целей п. 5 ст. 189.23 Зоб должно использоваться то понятие, которое использовано в Зоб.

Аргументы: а) формально-логический: если в законе используется определенный термин и закон раскрывает его содержание, то предполагается, что термин использован в одном и том же значении; б) сущностный: понятие контролирующего лица в Зоб мало отличается по существу от такого же понятия в ст. 53.1 ГК, просто в Зоб это понятие раскрыто, а в ГК - нет и в ГК нет некоторых презумпций, установленных Зоб; тем не менее по существу речь об одних и тех же лицах; в) процедурный: несмотря на то, что санация, план участия АСВ и тому подобные процедуры применяются формально до возбуждения дела о банкротстве, реально они, конечно, являются процедурами банкротства; г) правовая природа: несмотря на то, что по своей правовой природе рассматриваемые суммы (абз. 2 п. 5 ст. 198.23 Зоб) являются затратами государства на превенцию особо нежелательных правовых последствий, они исчисляются в гипотетическом размере сумм, недостающих для расчетов с кредиторами банка; это позволяет приравнивать данную ответственность к субсидиарной ответственности при банкротстве и оправдывает применение термина "контролирующее лицо" из Зоб.

К такому же выводу (о принятии для целей п. 5 ст. 189.23 Зоб понятия "контролирующее лицо" в значении ст. 61.10 Зоб) приходит АС г. Москвы по делу "МИНБанка" (решение АС г. Москвы от 4 сентября 2020 г. по делу N А40-14903/20-9-33).

References

Дубов И. Смешались в кучу кони, люди (к вопросу о взыскании убытков при санации банков) [Dubov I. Horses, People Mixed up in a Heap (on Recovering Losses During the Reorganization of Banks)] (in Russian) // https://zakon.ru/blog/2020/12/01/smeshalis_v_kuchu_koni_lyudi_k_voprosu_o_vzyskanii_ubytkov_pri_sanacii_bankov.

Епихина Д.О. Ответственность за совместно причиненный вред [Epihina D.O. Responsibility for Jointly Caused Harm] (in Russian) // Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2018. No. 8.

Назариков С.В. Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности [Nazarikov S.V. Some Theoretical and Practical Aspects of Causation in the Context of Tort Liability] (in Russian) // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права: В 2 т. Т. 2: Особенная часть [Agreements and Obligations: Collection of Works by Graduates of the Russian School of Private Law. In 2 vols. Vol. 2: Special Part]. Moscow: Research Center for Private Law named after S.S. Alekseev under the President of the Russian Federation Publ., 2018.

Основные положения гражданского права: Постатейный комментарий к статьям 1 - 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов [The Main Provisions of Civil Law: Article-by-Article Commentary to Articles 1 - 16.1 of the Civil Code of the Russian Federation / Ed. by A.G. Karapetov] (in Russian). Moscow: Statut, 2020.

Скловский К.И. О юридической природе требования о взыскании убытков в случае санации банка на основании п. 5 ст. 189.23 Закона о банкротстве [Sklovskii K.I. On the Legal Nature of the Claim for Damages in the Event of Bank Reorganization on the Basis of Clause 5 of Article 189.23 of the Bankruptcy Law] (in Russian) // Проблемы гражданского права в судебной практике и законодательстве: Сборник статей, посвященный юбилею профессора Василия Владимировича Витрянского / Отв. ред. Е.А. Суханов [Problems of Civil Law in Judicial Practice and Legislation: Collection of Articles Dedicated to the Anniversary of Professor Vasilii Vladimirovich Vitrianskii / Ed. by E.A. Sukhanov]. Moscow: Statut, 2021.

Южаков В.Н., Талапина Э.В., Добролюбова Е.И., Тихомиров Ю.А. Инициативный проект закона об обеспечении качества государственного управления [Iuzhakov V.N., Talapina E.V., Dobroliubova E.I., Tikhomirov Ju.A. Initiative Draft Law on Public Administration Quality Assurance] (in Russian). Moscow: RANEPА Publishing House "Delo", 2020.

Подписано в печать

22.10.2021
