



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД  
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12  
адрес электронной почты: [9aas.info@arbitr.ru](mailto:9aas.info@arbitr.ru)  
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

**№ 09АП-80811/2021; 09АП-80812/2021**

г. Москва

Дело № А40-191296/19

31 января 2022 года

Резолютивная часть постановления объявлена 24 января 2022 года

Постановление изготовлено в полном объеме 31 января 2022 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Вигдорчика Д.Г.,

судей Головачевой Ю.Л., Комарова А.А.,

при ведении протокола секретарем судебного заседания Айларовой А.Ф.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы АО "ВЭБ  
ИНФРАСТРУКТУРА", к/у ООО «Инвесткапстрой Плюс» - Кубелуна В.Я.

на определение Арбитражного суда города Москвы от 28.10.2021 по делу № А40-  
191296/19, вынесенное судьей Никифоровым С.Л.,

об отказе в удовлетворении заявления конкурсного управляющего должника ООО  
«Инвесткапстрой Плюс» о привлечении к субсидиарной ответственности по  
обязательствам ООО «Инвесткапстрой Плюс» Маркова Льва Львовича, Будник Юлию  
Валерьевну, Тишинову Надежду Николаевну, Прыгунова Сергея Михайловича,  
Афонскую Елену Александровну, Соколова Антона Геннадьевича, Милушкина Сергея  
Юрьевича, Усанова Александра Андреевича, ООО «Инвесткапстрой»,  
по делу о несостоятельности (банкротстве) ООО «Инвесткапстрой Плюс»,  
при участии в судебном заседании:

от ООО «Инвесткапстрой Плюс» - Малевич А.Б. по дов. от 20.11.2020,

от АО «ВЭБ Инфраструктура» - Филиппов А.А., по дов. от 28.12.2021,

Будник Ю.В. предст. паспорт,

от Будник Ю.В. – Дондоков А.А. по дов. от 21.12.2021,

от Милушкина С.Ю. – Британ С.В. по дов. от 01.10.2021.

Иные лица не явились, извещены.

**У С Т А Н О В И Л:**

Решением Арбитражного суда города Москвы от 10.06.2020 г. ООО  
«Инвесткапстрой Плюс» (ОГРН 1127746770854, ИНН 7718903315) признано  
несостоятельным (банкротом), в отношении должника открыта процедура конкурсное  
производство. Конкурсным управляющим должника утвержден Лебедев Антон  
Владимирович (ИНН 246522571368, адрес: 115191, г. Москва, а/я 22 Лебедеву А.В.).

Определением Арбитражного суда города Москвы от 10.11.2020 г. Лебедев Антон  
Владимирович освобожден от исполнения обязанностей конкурсного управляющего  
должника в деле о банкротстве ООО «Инвесткапстрой Плюс». Конкурсным  
управляющим должника утвержден Кубелун Валерий Янкелевич.

26.05.2021 г. в Арбитражный суд города Москвы поступило заявление  
конкурсного управляющего должника ООО «Инвесткапстрой Плюс» Кубелун В.Я. о  
привлечении к субсидиарной ответственности ООО «Инвесткапстрой», Маркова Льва

Львовича, Будник Юлию Валерьевну, Тишинову Надежду Николаевну, Прыгунова Сергея Михайловича, Афонскую Елену Александровну, Соколова Антона Геннадьевича, Хромова Сергея Алексеевича, Милушкина Сергея Юрьевича, Усанова Александра Андреевича.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 22.10.2021 года заявление конкурсного управляющего должника ООО «Инвесткапстрой Плюс» Кубелун В.Я. о привлечении к субсидиарной ответственности Хромова Сергея Алексеевича выделено в отдельное производство.

Рассмотрев указанное заявление, суд первой инстанции определением от 28.10.2021г. отказал у удовлетворении заявления конкурсного управляющего должника ООО «Инвесткапстрой Плюс» о привлечении к субсидиарной ответственности по обязательствам ООО «Инвесткапстрой Плюс» Маркова Льва Львовича, Будник Юлию Валерьевну, Тишинову Надежду Николаевну, Прыгунова Сергея Михайловича, Афонскую Елену Александровну, Соколова Антона Геннадьевича, Милушкина Сергея Юрьевича, Усанова Александра Андреевича, ООО «Инвесткапстрой».

Не согласившись с указанным определением, АО "ВЭБ ИНФРАСТРУКТУРА", к/у ООО «Инвесткапстрой Плюс» - Кубелун В.Я. поданы апелляционные жалобы.

В обоснование требований апелляционной жалобы АО "ВЭБ ИНФРАСТРУКТУРА" указывает на заключение невыгодного для должника договора генерального подряда с ООО «Инвесткапстрой»; привлечение денежных средств в сумме превышающей затраты на строительство Детского сада; вывод денежных средств через аффилированные компании; должник перестал исполнять обязательства по выплате процентов по договору целевого займа, о чем направил уведомление, в результате финансирование было приостановлено.

В обоснование требований апелляционной жалобы к/у ООО «Инвесткапстрой Плюс» - Кубелун В.Я. указывает на заключение заведомо невыгодного для должника генерального подряда с ООО «Инвесткапстрой»; вывод полученных денежных средств через аффилированные компании; судом неправильно применены положения п. 4 ст. 10 Закона;

В судебном заседании представители апеллянтов доводы апелляционных жалоб поддержали.

Лица, участвующие в деле, извещены надлежащим образом о дате и времени рассмотрения в соответствии с ст. 121, 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Повторно исследовав и оценив в совокупности все имеющиеся в материалах дела доказательства, арбитражный апелляционный суд приходит к выводу об отмене обжалуемого определения суда первой инстанции по следующим основаниям.

В силу [части 1 статьи 223](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации [пункта 1 статьи 32](#) Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» дела о банкротстве рассматриваются арбитражным судом по правилам, предусмотренным [АПК РФ](#), с особенностями, установленными [Законом](#) о банкротстве.

Суд первой инстанции установил, что Марков Лев Львович являлся в период с 04.03.2013 по 22.06.2020 контролирующим должника лицом, как его руководитель должника.

Участниками должника являлись: ООО «Инвесткапстрой», Афонская Елена Александровна, Соколов Антон Геннадьевич.

Кроме того, по мнению конкурсного управляющего, к контролирующим должника лицам, следует отнести:

- Тишинову Надежду Николаевну - генерального директора ООО «Инвесткапстрой» (участника должника) в период с 02.12.2015 по настоящее время,
- Прыгунова Сергея Михайловича - генерального директора ООО «Инвесткапстрой» (участника должника) в период с 11.05.2010 по 01.12.2015;

- Будник Юлию Валерьевну - исполнительного директора должника в период с 14.04.2015 по 25.06.2020;

- членов Совета директоров должника: Милушкина Сергея Юрьевича и Усанова Александра Андреевича, Тишинову Надежду Николаевну, Прыгунова Сергея Михайловича

Как указывал конкурсный управляющий, вышеуказанные лица подлежат привлечению к субсидиарной ответственности по обязательствам должника за причинения вреда имущественным правам кредиторов в результате совершения этими лицами либо одобрения ими нескольких сделок должника (п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве).

Как следует из материалов дела, в 2011 году между ГК «Внешэкономбанк» и Астраханской областью был подписан Государственный контракт стоимостью 50 млн. руб., результатом реализации которого стала подготовка и проведение конкурса по привлечению частного инвестора для реализации проекта «Строительство детских садов на территории Астраханской области на условиях государственно-частного партнерства».

Цель проекта - удовлетворение потребности региона Астраханской области в детских дошкольных образовательных учреждениях (далее-ДОУ).

Концепция и схема реализации проекта была разработана в 2012 году при участии Департамента государственно-частного партнерства Внешэкономбанка на основании государственного контракта на оказание услуг инвестиционного консультирования с Министерством экономического развития Астраханской области от 28.11.2011 №0196к/10.

В результате проведенного конкурса организация частный инвестор ООО «Инвесткапстрой Плюс» приобрело право на заключение одиннадцати Соглашений для строительства 31 детского сада, и начала работы по проектированию, оформлению исходно-разрешительной документации строительства, провела государственную экспертизу проектов.

02.09.2013 между Администрацией муниципального образования «Приволжский район» Астраханской области, ООО «Содружество» и ООО «Инвесткапстрой Плюс» было заключено Соглашение о создании и эксплуатации на основе государственно-частного партнерства зданий, предназначенных для размещения дошкольных образовательных учреждений на территории муниципального образования «Приволжский район».

Согласно п. 1.1 Соглашения предметом данного соглашения является реализация проекта по созданию Должником за счёт собственных и (или) привлечённых денежных средств объектов образования, определённых в п.2 Соглашения, право собственности, на которые возникает у ООО «Инвесткапстрой Плюс», передача созданных объектов в аренду ООО «Содружество» с последующим выкупом.

Между ООО «Инвесткапстрой Плюс» (Арендатор) и ООО «Содружество» (Арендодатель) был заключен Договор субаренды земельного участка 11.10.2013 г. для строительства и последующей эксплуатации детского сада.

С целью реализации Соглашения и строительства детского сада между ООО «Инвесткапстрой Плюс» (Заказчик) и ООО «Инвесткапстрой» (Генеральный подрядчик) был заключен Договор № 05-07-2014 генерального подряда на строительство детского сада в Астраханской области от «12» июля 2014 года.

Пунктом 2.1 Договора генерального подряда закрепляет, что должник (Заказчик) осуществляет финансирование и организацию выполнения работ, а ООО «Инвесткапстрой» (Генподрядчик) - строительство, получение и заключение о соответствии построенного объекта: Детский сад на 250 мест, расположенный по адресу: Астраханская область, Приволжский район, п. Кирпичного завода №1, ул. 40 лет ВЛКСМ, 108 А, кадастровый номер земельного участка 30:09:100403:1734

требованиям технических регламентов и проектной документации, а также все необходимые действия для получения Разрешения на ввод объекта в эксплуатацию.

В соответствии с пунктом 3.1. договора стоимость работ составляет 135 595 710 руб.

Дополнительным соглашением №2 от 24.07.2015 г. к Договору генерального подряда № 05-07-2014 общая стоимость работ по строительству Детского сада в п. Кирпичного завода была увеличена до 140 872 060,00 руб.

С целью реализации Соглашения о создании и эксплуатации на основе государственно-частного партнерства от 02.09.2013 между ОАО «Федеральный центр проектного финансирования» (далее по тексту ОАО «ФЦПФ», в настоящее время АО «ИнфраВЭБ») и ООО «Инвесткапстрой Плюс» 19.01.2015 был заключен Договор целевого займа №2/2015-ФЦПФ, к которому заключены дополнительные соглашения от 03 июня 2015 г. № 1 и от 24 июля 2015 г. № 2, от 30.03.2016, от 01.08.2016 № 4.

Во исполнение обязательств по данному договору ОАО «ФЦПФ» перечислило должнику на цели покрытия расходов, которые будут понесены в связи с оплатой работ по Договору генерального подряда № 05-07-2014 от 12 июля 2014 года, заключенного между должником и ООО «Инвесткапстрой» на строительство объекта недвижимого имущества (нежилого здания) для размещения дошкольного образовательного учреждения на 250 мест, по адресу Астраханская область, Приволжский район, п. Кирпичного завода №1, ул. 40 лет ВЛКСМ, 108 А, 119 280 000 рублей путем перечисления на расчетный счет 40702810138000010134, открытый в ОАО «Сбербанк России» г. Москва, к/с 30101810400000000225, БИК 044525225, что подтверждается платежными поручениями от 30.07.2015 № 1220, от 28.09.2015 № 1595, от 03.11.2015 № 1863, от 10.12.2015 № 2200, от 15.01.2016 № 65, от 16.02.2016 № 289, от 30.03.2016 № 605, от 13.04.2016 № 740, от 20.04.2016 № 790, от 01.06.2016 № 1070, от 22.06.2016 № 1239, от 03.08.2016 № 1580, от 26.08.2016 № 1781.

Должником денежные средства были перечислены ООО «Инвесткапстрой» по платежным поручениям: №202 от 30.10.2014, №203 от 30.10.2014, №215 от 24.11.2014, №219 от 04.12.2014, № 15 от 12.02.2015, № 16 от 13.02.2015, № 17 от 16.02.2015, № 18 от 16.02.2015, № 26 от 18.02.2015, № 86 от 03.08.2015, № 151 от 30.09.2015, № 153 от 02.10.2015, № 176 от 02.11.2015, № 217 от 10.12.2015, № 14 от 18.01.2016, № 39 от 16.02.2016, № 68 от 31.03.2016, №92 от 14.04.2016, № 93 от 21.04.2016, № 128 от 02.06.2016, № 152 от 23.06.2016, № 179 от 03.08.2016, № 206 от 05.09.2016.

Как указывал конкурсный управляющий, к субсидиарной ответственности за совершение данных действий привлекаются:

- Марков Л.Л. (как генеральный директор должника) за заключение Договора целевого займа, Договора генерального подряда, перечисление денежных средств ООО «Инвесткапстрой»;

- ООО «Инвесткапстрой» (как участник должника), получивший неосновательное обогащение от заключения Договора генерального подряда;

- Тишинская Н.Н. и Прыгунов С.М. (как генеральные директора участника должника ООО «Инвесткапстрой»),

- Афонская Е.А. (как участник должника), одобившие заключение Соглашение о создании ГЧП, Договора целевого займа, Договора генерального подряда;

- Милушкин С.Ю., Усанов А.А., Прыгунов С.М., Афонская Е.А. – члены Совета директоров должника.

С целью реализации Соглашения о создании и эксплуатации на основе государственно-частного партнерства зданий, предназначенных для размещения дошкольных образовательных учреждений на территории муниципального образования «Лиманский район», заключенного между Администрацией муниципального образования «Лиманский район» Астраханской области, ООО «Содружество» и ООО «Инвесткапстрой Плюс» должником с ООО «СтройИнвест» 12.01.2016 был заключен

Договор №001-2016 генерального подряда на строительство детского сада на 100 мест, расположенного по адресу: Астраханская область, Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, 81, кадастровый номер земельного участка 30:07:250501:3210.

Пунктом 2.1 Договора установлено, что Заказчик (должник) осуществляет финансирование и организацию выполнения работ, а Генподрядчик (ООО «Инвесткапстрой») - строительство, получение заключения о соответствии построенного объекта: Детский сад на 100 мест, расположенный по адресу: Астраханская область, Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, 81, кадастровый номер земельного участка 30:07:250501:3210 требованиям технических регламентов и проектной документации, а также все необходимые действия для получения Разрешения на ввод объекта в эксплуатацию.

Согласно п.3.1. Договора стоимость работ составляет 63 461 163,00 руб.

С целью реализации Соглашения о создании и эксплуатации на основе государственно-частного партнерства от 02.09.2013 между ОАО «Федеральный центр проектного финансирования» (далее по тексту ОАО «ФЦПФ») и ООО «Инвесткапстрой Плюс» 19.01.2015 был заключен Договор целевого займа №3/2015-ФЦПФ, к которому заключено дополнительное соглашение от 29.04.2016 №1.

Во исполнение обязательств по данному договору ОАО «ФЦПФ» перечислило должнику на цели покрытия расходов, которые будут понесены в связи с оплатой работ по Договору генерального подряда №001-2016 от 12.01.2016 денежные средства в размере 6 064 070 рублей 14 копеек, что подтверждается: копиями платежного поручения № 1178 от 09.06.2016 и № 1557 от 28.07.2016.

Как указывал конкурсный управляющий, к субсидиарной ответственности за совершение данных действий привлекаются:

- Марков Л.Л. (как генеральный директор должника) за заключение Договора целевого займа, Договора генерального подряда, перечисление денежных средств ООО «Инвесткапстрой»;

- Афонская Е.А. и Соколов А.Г. (как участники должника), одоббившие заключение Соглашение о создании ГЧП, Договора целевого займа, Договора генерального подряда;

- Милушкин С.Ю., Усанов А.А., Прыгунов С.М., Афонская Е.А. – члены Совета директоров должника.

Основанием для привлечения указанных лиц к субсидиарной ответственности является заключение заведомо убыточных Договора генерального подряда №05-07-2014 от 12.07.2014, заключенного с ООО «Инвесткапстрой», Договора генерального подряда №001-2016 от 12.01.2016, заключенного с ООО «СтройИнвест», привлечение денежных средств АО «ИнфраВЭБ» по Договорам целевого займа от №2/2015-ФЦПФ 19.01.2015 №3/2015-ФЦПФ от 19.01.2015, перечисление полученных денежных средств в пользу аффилированных лиц – ООО «Инвесткапстрой» и ООО «СтройИнвест». В результате указанных действий были выведены денежные средства должника, что повлекло банкротства должника.

Кроме того, по мнению конкурсного управляющего, разница между перечисленными генеральному подрядчику денежных средств в размере 140 872 060 руб. и стоимостью фактически работ в сумме 76 525 996, 67 руб. свидетельствует о значительном превышении рыночной стоимости договора генерального подряда, заключенного с аффилированным лицом.

Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении заявления, установил следующие фактические обстоятельства.

Согласно п. 1 ст. 12 Закона № 224-ФЗ по соглашению частный партнер обязуется создать полностью или частично за счет собственных либо привлеченных средств являющиеся объектом соглашения недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные

для осуществления деятельности, предусмотренной соглашением, осуществлять эксплуатацию и (или) техническое обслуживание такого имущества, а публичный партнер обязуется предоставить частному партнеру права владения и пользования им для осуществления указанной в соглашении деятельности и обеспечить возникновение права собственности частного партнера на объект соглашения при условии соблюдения требований, предусмотренных настоящим Федеральным законом и соглашением. По соглашению стороны также обязуются исполнить иные обязательства, которые вытекают из определяющих форму государственно-частного партнерства, форму муниципально-частного партнерства элементов соглашения.

Таким образом, привлечение заёмных денежных средств для выполнения соглашения о государственно-частном партнерстве не выходит за пределы обычного делового риска и не направлено на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов.

Как установлено судом первой инстанции, Договор №05-07-2014 генерального подряда от 12.07.2014 и Договор №001-2016 генерального подряда 12.01.2016, Договоры целевого займа от 19.01.2015 не были признаны недействительными, перечисление должником денежных средств в пользу ООО «Инвесткапстрой» и ООО «СтройИнвест» также никем не было оспорено.

Согласно условиям Договоров займа (раздел 1, раздел 2, раздел 4, приложение 5) Заем предоставлялся на цели покрытия расходов Заемщика, которые были понесены в связи с оплатой работ по договору генерального подряда на строительство детских садов.

Сумма займа предоставлялась частями на специальный счет, который (в соответствии с условиями договоров займа) был открыт ООО «Инвесткапстрой Плюс» для проведения платежей, связанных со строительством детских садов.

Часть займа выдавалась под фактически выполненные работы после подтверждения объемов и их стоимости со стороны технического консультанта (ООО «Инжиниринговая компания «2К»), отобранного ОАО «ФЦПФ», а также оформления служебной записки на предоставление очередной части займа, подписанной соответствующими должностными лицами ОАО «ФЦПФ». Сумма полученных от ОАО «ФЦПФ» денежных средств в полном объеме перечислялась ООО «Инвесткапстрой Плюс» со специального счета на счет Подрядчика.

Таким образом, должник перечислял денежные средства генподрядчику только после предварительного контроля за целевым использованием средств целевого займа (раздел 4 Договоров займа) и одобрения части суммы займа со стороны соответствующих департаментов ОАО «ФЦПФ».

Кроме того, в Договорах займа имелись условия по ограничению действий заемщика, наличию обременения и т.д.

Из содержания представленных платежных поручений следует, что ОАО «ФЦПФ» денежные средства перечисляло должнику за фактически выполненные работы.

Что касается выбора в качестве генерального подрядчика ООО «Инвесткапстрой» и ООО «СтройИнвест», то против данного выбора не возражал Заимодавец, поскольку доказательств обратного не представлено.

Суд первой инстанции указал, что конкурсным управляющим не доказано, что привлечение заёмных денежных средств (одобрение целевого займа с АО «ИнфраВЭБ» на строительство детского сада в пос. Кирпичный, а также одобрение целевого займа с АО «ИнфраВЭБ» на строительство детского сада в с. Оля) было совершено не в целях реализации данных проектов.

Между ООО «Инвесткапстрой плюс» и АО «ИнфраВЭБ» были заключены обычные гражданско-правовые сделки по предоставлению целевых займов.

С учетом изложенного, суд посчитал, Соглашение о создании на основе ГЧП детского сада, Договор целевого займа и Договор генерального подряда не являлись для должника заведомо убыточными.

Как следует из решения Арбитражного суда Астраханской области по делу А06-3201/2017 от 30.01.2019, 17.07.2014 между ООО "Сапфир" (Заказчиком) и ООО "АстДомСтрой-Инвест" (Подрядчиком) был заключен Договор субподряда № 17072014 (далее - Договор), по условиям которого, Заказчик - осуществляет финансирование и организацию выполнения работ, а Подрядчик - выполняет этап (этапы) работ и/или строительство Объекта (далее объект) Детский сад на 250 мест, расположенный по адресу: Астраханская область, Приволжский район, п. Кирпичный завод № 1, ул. 40 лет ВЛКСМ, 108 А; кадастровый номер земельного участка 30:09:100403:1734.

В приложении №1 от 30.04.2015 к данному договору сторонами согласована твердая договорная цена в сумме 86 929 415 руб.

Однако судом установлено, что ООО "АстДомСтрой-Инвест" работы в полном объеме из-за надлежащего финансирования в полном объеме выполнены не были. При этом часть работ была выполнена с ненадлежащим качеством. Стоимость выполненных ООО "АстДомСтрой-Инвест" работ составляет 76 525 996,67 руб.

Помимо недостатков в работе подрядчиков ООО "Сапфир" и ООО "АстДомСтрой-Инвест" нарушение сроков строительства дошкольного общеобразовательного учреждения в пос. Кирпичный завод № 1 было вызвано и другими объективными причинами.

Так, в письме (исх. №109 от 28.10.2016) руководителю ОАО «ФЦПФ» генеральный директор должника указывает, что в соответствии с условиями Договора целевого займа от 19.01.2015 г. № 3/2015-ФЦПФ в адрес ОАО «ФЦПФ» 22.09.2016 исходящим № 93 направлена Заявка № 3 на выдачу средств части займа в размере 707 207,96 руб.

Весь объём выполненных работ за период 01.08.2016 - 31.08.2016 по объекту Детский сад на 100 мест по адресу Астраханская обл., Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, д.81 отражен в формах КС-2, КС-3 и подтвержден инженерами финансово-технического надзора ООО «ИК «2К».

До настоящего времени денежные средства на расчетный счет Заёмщика не поступили, что затрудняет финансирование подрядной организации и реализацию проекта.

В письме (исх. № 117 от 30.11.2016) руководитель должника пишет руководителю ОАО «ФЦПФ», что ООО «Инвесткапстрой Плюс» надлежащим образом и в полном объеме исполнялись свои обязательства и условия, предусмотренные пунктами Договора № 3/2015-ФЦПФ от 19.01.2015 и п. 2 Дополнительного соглашения № 1/172/2016-ФЦПФ от 29 апреля 2016 года к Договору, в том числе по уплате процентов за использование займа до 03.11.2016 включительно.

ООО «Инвесткапстрой Плюс» в адрес ОАО «ФЦПФ» в соответствии с Договором № 3/2015-ФЦПФ от 19.01.2015 направлены заявки № 3 и № 4 о предоставлении финансирования. Весь объем выполненных работ по объекту Детский сад на 100 мест, по адресу Астраханская обл., Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, д. 81, представленный к выполнению, отражен в формах КС-2, КС-3 и подтвержден уполномоченными сотрудниками ООО «ИК «2К».

До настоящего времени средства займа на расчетный счет Заемщика не поступили.

В виду того, что финансирование проекта прекращено Заимодавцем с сентября 2016 года, работы на объекте приостановлены.

В свою очередь ООО «Инвесткапстрой Плюс» несет ответственность за своевременные расчеты с подрядной организацией за выполненные работы, тогда как собственных средств Заемщика недостаточно для покрытия расходов, связанных с

строительством, в условиях нерешенного вопроса о финансировании проекта в рамках вышеуказанных договоров.

Кроме того, для ООО «Инвесткапстрой Плюс» наступает ответственность в виде уплаты неустойки по Договору генерального подряда от 12.01.2016 № 001-2016, а также штрафных санкций по несвоевременной уплате процентов по Договору займа № 3/2015-ФЗПФ от 19.01.2015.

Учитывая данные обстоятельства, отсутствие решения финансирующей организации по проекту и отсутствие возможности у Заемщика выполнять обязанности по Договору целевого займа № 3/2015-ФЗПФ от 19.01.2015 в части уплаты процентов за пользование денежными средствами, просим не начислять проценты по займу за период с 01.11.2016 до возобновления финансирования.

Из материалов дела следует, что

- на 05.10.2014 (дату проведения общего собрания, на котором принято решение об одобрении крупной сделки по заключению Договора целевого займа на цели строительства ДОУ на 250 мест в пос. Кирпичного завода №1 и 100 мест с. Оля): Афонская Е.А. (доля 8,75% уставного капитала) и ООО «Инвесткапстрой» (доля 91,25%).

- на 23.04.2015 (дату проведения общего собрания, на котором принято решение о внесении изменений в условия ранее одобренной крупной сделки по заключению Договора залога имущества – зданий ДОУ на 250 мест в пос. Кирпичного завода №1 и 100 мест с. Оля): Афонская Е.А. (доля 9,29%), ООО «Инвесткапстрой» (доля 76,05%), Соколов А.Г. (доля 14,66%).

Таким образом, Афонская Е.А. и Соколов А.Г. не могут являться контролирующим должника лицами, поскольку каждый не имел право распоряжаться более чем половиной долей уставного капитала должника (ст. 10 Закона о банкротстве).

С учетом вышеизложенного, Соглашение о создании ГЧП, Договор целевого займа, Договор генерального подряда были заключены без нарушений принципов добросовестности и разумности, при заключении и одобрении указанных сделок нарушений законодательства допущено не было.

Как следует из заявления конкурсного управляющего, указанные денежные средства были перечислены в пользу аффилированных лиц: ООО «Инвесткапстрой» и ООО «Промпроект».

По мнению заявителя, перечисление указанных денежных средств без встречного обеспечения причинило вред имущественным правам кредиторов.

За данные действия к субсидиарной ответственности привлекаются Марков Л.Л. (генеральный директор должника) и Будник Ю.В. (исполнительный директор должника).

Из материалов дела следует, что указанные денежные средства были перечислены ООО «Инвесткапстрой» и ООО «Промпроект» за проектные работы по разработке ПСД по объектам, которые указаны в Соглашении о создании и эксплуатации на основе государственно-частного партнерства зданий, предназначенных для размещения дошкольных образовательных учреждений.

Из содержания платежных поручений следует, что оплата производилась в период с 22.05.2014 по 17.02.2015.

Как указывает конкурсный управляющий, объективные причины банкротства должника наступили в конце 2016 года.

С учетом изложенного, суд считает, что перечисление денежных средств в размере 59 755 872,70 руб. почти за два года до наступления объективных признаков банкротства не могло быть причиной банкротства должника.

Марков Л.Л. и Будник Ю.В. помимо вышеуказанных действий привлекаются конкурсным управляющим к субсидиарной ответственности, как указано в заявлении, за бездействие, выразившееся в не расторжении Соглашений о ГЧП.



Как указывал заявитель, строительство детских садов в пос. Кирпичного завода и с. Оля было фактически прекращено в конце 2016 г. в связи с отсутствием финансирования, в связи с чем Марков Л.Л. и Будник Ю.В., действуя добросовестно и разумно, должны были предпринять все возможные меры, направленные на минимизацию вреда имущественным правам кредиторов должника.

Пунктом 26 Соглашения о ГЧП с МО «Лиманский район», равно как и п. 26 Соглашения о ГЧП с МО «Приволжский район», предусматривает возможность одностороннего расторжения соглашения.

По мнению конкурсного управляющего, Марков Л.Л. и Будник Ю.В. имело возможность досрочно расторгнуть соглашения о государственно-частном партнёрстве, передать объекты незавершенного строительства в п. Кирпичного завода и с. Оля публичному партнёру, и в результате получить предусмотренные соглашениями о государственно-частном партнёрстве компенсации. Получение компенсаций обеспечило бы возможность погашения существенного объема обязательств перед АО «ИнфраВЭБ».

Однако указанные действия не были приняты, в результате чего увеличилась долговая нагрузка должника, в том числе за счёт накопления штрафных санкций за неисполнение обязательств перед контрагентами.

Суд первой инстанции указал, что вопреки утверждению конкурсного управляющего, п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве не предусматривал наступление субсидиарной ответственности за действия существенно ухудшившие финансовое положение должника, совершенные после наступления объективного банкротства.

Между тем, суд апелляционной инстанции полагает, что судом первой инстанции не учтено следующее.

Период, указанный конкурсным управляющим (2014 - 2016), полностью подпадает по действие редакции ст. 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013г. №134-ФЗ.

Как указал Верховный Суд РФ в определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 30.09.2019 №305-ЭС19-10079 по делу А41-87043/2015, «учитывая тот факт, что предусмотренное статьей 10 Закона о банкротстве (в редакции Федерального закона от 28.06.2013г. №134-ФЗ) такое основание для привлечения к субсидиарной ответственности как «признание должника несостоятельным вследствие поведения контролирующих лиц» по существу мало чем отличается от предусмотренного действующей в настоящее время статьей 61.11 Закона основания ответственности в виде «невозможности полного погашения требований кредитора вследствие действий контролирующих лиц», а потому значительный объем разъяснений норм материального права, изложенных в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017г. №53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве" /.../, может быть применен и к статье 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 №134-ФЗ».

В предусмотренной Федеральным законом от 28.06.2013 №134-ФЗ редакции ст. 10 Закона о банкротстве не было нормы, аналогичной содержащейся в ст. 61.10 Закона о банкротстве, а именно пп. 3 п.2 где, возможность определять действия должника достигается в силу должностного положения (в частности, замещения должности главного бухгалтера, финансового директора должника либо лиц, указанных в подпункте 2 пункта 4 настоящей статьи, а также иной должности, предоставляющей возможность определять действия должника).

В рассматриваемый период времени (с 2014г. по 2017г.) положения абз. 32 ст. 2 Закона о банкротстве (в редакции Федерального закона от 23.06.2016 N 222-ФЗ) предусматривали, что контролирующее должника лицо - лицо, имеющее либо имевшее в течение менее чем три года до принятия арбитражным судом заявления о признании

должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность в силу нахождения с должником в отношениях родства или свойства, должностного положения либо иным образом определять действия должника, в том числе путем принуждения руководителя или членов органов управления должника либо оказания определяющего влияния на руководителя или членов органов управления должника иным образом (в частности, контролирующим должника лицом могут быть признаны члены ликвидационной комиссии, лицо, которое в силу полномочия, основанного на доверенности, нормативном правовом акте, специального полномочия могло совершать сделки от имени должника, лицо, которое имело право распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, руководитель должника).

В соответствии со ст. 13 Федерального закона от 23.06.2016 N 222-ФЗ положения [абзаца тридцать четвертого статьи 2](#) и [пункта 4 статьи 10 применяются](#) к поданным после 1 сентября 2016 года заявлениям о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности или заявлениям о привлечении контролирующих должника лиц к ответственности в виде возмещения убытков.

В п.16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве" разъяснено, что под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов ([статья 61.11](#) Закона о банкротстве) следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть те, без которых объективное банкротство не наступило бы. Суд оценивает существенность влияния действий (бездействия) контролирующего лица на положение должника, проверяя наличие причинно-следственной связи между названными действиями (бездействием) и фактически наступившим объективным банкротством.

Неправомерные действия (бездействие) контролирующего лица могут выражаться, в частности, в принятии ключевых деловых решений с нарушением принципов добросовестности и разумности, в том числе согласование, заключение или одобрение сделок на заведомо невыгодных условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом ("фирмой-однодневкой" и т.п.), дача указаний по поводу совершения явно убыточных операций, назначение на руководящие должности лиц, результат деятельности которых будет очевидно не соответствовать интересам возглавляемой организации, создание и поддержание такой системы управления должником, которая нацелена на систематическое извлечение выгоды третьим лицом во вред должнику и его кредиторам, и т.д.

Поскольку деятельность юридического лица опосредуется множеством сделок и иных операций, по общему правилу, не может быть признана единственной предпосылкой банкротства последняя инициированная контролирующим лицом сделка (операция), которая привела к критическому изменению возникшего ранее неблагоприятного финансового положения - появлению признаков объективного банкротства. Суду надлежит исследовать совокупность сделок и других операций, совершенных под влиянием контролирующего лица (нескольких контролирующих лиц), способствовавших возникновению кризисной ситуации, ее развитию и переходу в стадию объективного банкротства.

Выводы суда первой инстанции об отсутствии оснований для привлечения контролирующих Должника лиц к субсидиарной ответственности за совершение действий, повлекших вывод денежных средств в размере 140 872 060,00 руб. и 6 064 070,14 руб., не соответствуют обстоятельствам дела.

Заключение договора генерального подряда с ООО «Инвесткапстрой».

С целью реализации Соглашения о ГЧП с МО «Приволжский район» и строительства Детского сада в п. Кирпичного завода Должником был заключен Договор №05-07-2014 генерального подряда на строительство детского сада в Астраханской области от 12.07.2014 (далее – «Договор генерального подряда №05-07-2014»), в рамках которого генеральным подрядчиком выступает контролирующее Должника лицо – ООО «Инвесткапстрой».

П.2.1 Договора генерального подряда №05-07-2014 устанавливает, что Должник (заказчик) осуществляет финансирование и организацию выполнения работ, а ООО «Инвесткапстрой» (генподрядчик) – строительство, получение заключения о соответствии построенного объекта: Детский сад на 250 мест, расположенный по адресу: Астраханская область, Приволжский район, п. Кирпичного завода №1, ул. 40 лет ВЛКСМ, 108 А, кадастровый номер земельного участка 30:09:100403:1734 требованиям технических регламентов и проектной документации, а также все необходимые действия для получения Разрешения на ввод Объекта в эксплуатацию.

В соответствии с п.2.5 Договора генерального подряда №05-07-2014 заказчик обязуется оплатить выполненные генподрядчиком работы в соответствии с условиями договора. Согласно п.3.1. договора стоимость работ составляет 135 595 710,00 руб.

Дополнительным соглашением №2 от 24.07.2015 г. к Договору генерального подряда №05-07-2014 общая стоимость работ по строительству Детского сада в п. Кирпичного завода была увеличена до 140 872 060,00 руб.

В конечном счёте Детский сад в п. Кирпичного завода не был достроен, степень готовности объекта составляет порядка 90%.

Конкурсным управляющим Должника было установлено, что генеральный подрядчик (ООО «Инвесткапстрой») непосредственно не занимался строительством детского сада, а только привлекал для этих целей субподрядчиков.

Субъектный состав отношений по строительству Детского сада в п. Кирпичного завода является следующим:

Должник – ООО «Инвесткапстрой» – ООО «СтройИнвест» – ООО «Сапфир» – ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест».

В соответствии с материалами дела, строительством Детского сада в п. Кирпичного завода занималось исключительно ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест» на основании Договора субподряда №17072014 от 17.07.2014, заключенного между ООО «САПФИР» и ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест».

В п.3.1. Договора субподряда №17072014 от 17.07.2014 указано, что цена договора определяется протоколом договорной цены по Объекту согласно Приложению №3.

В соответствии с Приложением №3 к Договору субподряда №17072014 от 17.07.2014 полная стоимость работ по строительству Детского сада в п. Кирпичного завода составляет 60 012 256,00 руб.

30.04.2015 Дополнительным соглашением №1 к Договору генерального подряда №17072014 от 17.07.2014 итоговая стоимость работ по строительству Детского сада в п. Кирпичного завода была установлена в размере 86 929 415,00 руб.

ООО «Инвесткапстрой» - мажоритарный участник Должника с 29.05.2014 по настоящее время (соответствующие выписки из ЕГРЮЛ представлены в материалы дела). Размер доли в уставном капитале на протяжении периода осуществления действий по выводу активов ООО «Инвесткапстрой Плюс» в среднем составлял порядка 70%.

Таким образом, 12.07.2014 Должник заключил со своим мажоритарным участником – ООО «Инвесткапстрой» договор подряда на строительство Детского сада в п. Кирпичного завода на сумму 135 595 710,00 руб., после чего 17.07.2014 (спустя пять дней) аффилированным по отношению к Должнику лицом был заключен договор

с конечным субподрядчиком на строительство того же детского сада на сумму 60 012 256,00 руб.

Разница в стоимости строительства по договору генерального подряда и по договору с конечным субподрядчиком составляет более 75 млн. руб. (стоимость завышена более чем в 2 раза), разница в соответствии с дополнительными соглашениями к указанным договорам – 56 млн. руб.

Детский сад в п. Кирпичного завода не был достроен конечным субподрядчиком (ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест») в связи неоплатой нескольких этапов выполненных работ.

Согласно п.3.6. Договора субподряда №17072014 от 17.07.2014 оплата работ по договору осуществляется ежемесячно в течение 10 (Десяти) календарных дней после предоставления Подрядчиком и согласования Заказчиком Акта выполненных работ по форме КС-2, справки о стоимости выполненных работ и затрат по форме КС-3, счёта Подрядчика и счёт-фактуры.

Вступившим в законную силу решением Арбитражного суда Астраханской области от 30.01.2019 по делу №А06-3201/2017 (представлено в материалы дела) установлено, что стоимость фактически выполненных ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест» работ составила 76 679 167,67 руб. Стоимость некачественно выполненных работ – 153 171 руб. (абз.10 стр.4 решения Арбитражного суда Астраханской области от 30.01.2019).

При этом со стороны ООО «Сапфир» была произведена оплата на сумму только 48 000 000,00 руб. (абз.4 стр.3 решения Арбитражного суда Астраханской области от 30.01.2019).

В то же время расчёты между Должником и контролирующим его ООО «Инвесткапстрой» были осуществлены в полном объёме.

Таким образом, часть денежных средств были выведены из имущественной массы Должника при исполнении Договора генерального подряда №05-07-2014, в результате чего Детский сад в п. Кирпичного завода не был достроен, не введён в эксплуатацию, не используется и не приносит доход, за счёт которого должны были погашаться требования АО «ИнфраВЭБ».

Указанные обстоятельства стали одной из ключевых причин банкротства ООО «Инвесткапстрой Плюс».

Суд первой инстанции указал, что заключение заведомо невыгодного для Должника Договора генерального подряда №05-07-2014», договора целевого займа и перечисление денежных средств не является основанием для привлечения контролирующих Должника лиц к субсидиарной ответственности, поскольку указанные сделки (договоры и платежи) не были оспорены.

Положения п.4 ст.10 Закона о банкротстве не устанавливают необходимость признания недействительными сделок Должника, за совершение которых контролирующие лица привлекаются к ответственности.

ВС РФ в определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 30.09.2019 №305-ЭС19-10079 по делу №А41-87043/2015 указал: «Учитывая тот факт, что предусмотренное ст.10 Закона о банкротстве (в редакции Федерального закона от 28.06.2013 №134-ФЗ) такое основание для привлечения к субсидиарной ответственности как «признание должника несостоятельным вследствие поведения контролирующих лиц» по существу мало чем отличается от предусмотренного действующей в настоящее время статьей 61.11 Закона основания ответственности в виде «невозможности полного погашения требования кредитора вследствие действия контролирующих лиц», а потому значительный объем разъяснения норм материального права, изложенных в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 №53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»,

может быть применен и к статье 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 №134-ФЗ».

Презумпция наличия причинно-следственной связи между действиями контролирующих должника лиц и банкротством компании, содержащаяся в абз.3 п.4 ст.10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 №134-ФЗ, без каких-либо изменений была перенесена в ст.61.11 Закона о банкротстве.

Таким образом, все разъяснения Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 №53, касающиеся применения презумпции невозможности полного погашения требований кредиторов должника вследствие действий контролирующих лиц в случае, если причинен вред имущественным правам кредиторов в результате совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких сделок должника, включая сделки, указанные в статьях 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве, подлежат применению при разрешении спора на основании ст.10 Закона о банкротстве.

Согласно абз.4 п.23 Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 №53 по смыслу п.3 ст.61.11 Закона о банкротстве для применения презумпции, закрепленной в подп.2 п.1 данной статьи, наличие вступившего в законную силу судебного акта о признании такой сделки недействительной не требуется. Равным образом не требуется и установление всей совокупности условий, необходимых для признания соответствующей сделки недействительной, в частности недобросовестности контрагента по этой сделке.

Материалами настоящего обособленного спора подтверждено, что АО «ИнфраВЭБ» надлежащим образом исполнило свои обязательства по финансированию строительства Детского сада в п. Кирпичного завода. В то же время, из перечисленных АО «ИнфраВЭБ» Должнику 119 млн. руб. в пользу конечного субподрядчика было выплачено только 46 млн. руб., при том, что полная стоимость работ по договору подряда с ООО «Специализированный застройщик «АДС-Инвест» составляла 86 млн. руб.

Таким образом, единственной причиной, по которой Детский сад в п. Кирпичного завода не был достроен, является вывод Должником денежных средств, полученных от АО «ИнфраВЭБ», при осуществлении платежей в рамках группы компаний, аффилированных по отношению к Должнику.

Вывод активов при строительстве Детского сада в п. Кирпичного завода стал результатом совместных действий следующих лиц, контролирующих Должника:

- Маркова Льва Львовича - генерального директора ООО «Инвесткапстрой Плюс», который заключил от имени Должника заведомо невыгодный Договор генерального подряда № 05-07-2014, Договор займа с АО «ИнфраВЭБ», осуществлял перечисление денежных средств по договору подряда в пользу ООО «Инвесткапстрой».

Кроме того, как указано в п.1.4 настоящей апелляционной жалобы, Должник аффилирован по отношению к ООО «Сапфир» именно через Маркова Л.Л.

- ООО «Инвесткапстрой» - мажоритарного участника Должника, который получил неосновательную выгоду от заключения Договора генерального подряда № 05-07-2014.

Действия контролирующих Должника лиц по выводу активов при строительстве Детского сада в с. Оля.

Для исполнения Соглашения о ГЧП с МО «Лиманский район» между Должником и ООО «СтройИнвест» (аффилированная по отношению к Должнику компания) был заключен договор Генерального подряда от 12.01.2016 г. №001-2016 (далее – «Договор генерального подряда №001-2016»).

Согласно п.2.1. Договора генерального подряда №001-2016 Заказчик (ООО «Инвесткапстрой Плюс») осуществляет финансирование и организацию выполнения работ, а Генподрядчик (ООО «СтройИнвест») – строительство и совместно с Заказчиком получение заключения о соответствии построенного объекта капитального

строительства требованиям технических регламентов и Проектной документации объекта (далее «Объект»): Детский сад на 100 мест, расположенный по адресу: Астраханская область, Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, 81; кадастровый номер земельного участка 30:07:250501:3210.

В соответствии с п.3.1. Договора генерального подряда №001-2016, цена договора составляет 63 461 163,00 руб.

ООО «СтройИнвест» непосредственно не занималось строительством Детского сада в с. Оля. Для этого были привлечены субподрядчики: ООО «Сапфир» и ООО «РегионСпецСтрой».

С целью исполнения Договора генерального подряда №001-2016 Должником было привлечено внешнее финансирование: между ООО «Инвесткапстрой Плюс» и АО «ИнфраВЭБ» заключен Договор целевого займа № 3/2015-ФЗПФ от 19.01.2015.

Во исполнение указанного договора Должнику двумя траншами (09.06.2016 и 29.07.2016) были перечисленные денежные средства на общую сумму 6 064 070,14 р., которые сразу же были выплачены в пользу ООО «СтройИнвест».

При этом, как следует из решения Арбитражного суда Астраханской области от 07.12.2017 по делу №А06-7089/2017, в пользу конечного подрядчика (ООО «РегионСпецСтрой») было перечислено только 1 600 000,00 руб.

В связи с прекращением платежей в пользу ООО «РегионСпецСтрой» строительство Детского сада в с. Оля было прекращено, что привело к невозможности исполнения Соглашения о ГЧП с МО «Лиманский район», а также извлечения Должником прибыли от сдачи в аренду построенного объекта недвижимости.

Кроме того, согласно решению Арбитражного суда Астраханской области от 10.07.2019 по делу №А06-1810/2019 ООО «Инвесткапстрой Плюс» обязано освободить земельный участок с кадастровым номером 30:07:250501:3210, площадью 5250 кв. м., расположенный по адресу: Астраханская обл., Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, д.81, путем демонтажа и вывоза объекта незавершенного строительства, вывоза иного имущества и передать Администрации муниципального образования «Лиманский район» освобожденный земельный участок в состоянии и качестве, не хуже первоначального, по акту приема-передачи. Указанное решение оставлено без изменения постановлением Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.09.2019 г.

Судами установлено, что согласно Акту от 16.01.2019 визуального обследования земельного участка и объекта незавершенного строительства по адресу: Астраханская область, Лиманский район, с. Оля, ул. Школьная, д.81: «Земельный участок не огорожен. На земельном участке расположен монолитный железобетонный каркас здания. Стены, перекрытия второго этажа, крыша (кровля), лестницы, черновые полы, окна, двери отсутствуют. Работы по технологическому обеспечению объекта (по конструктивным элементам) не произведены. Какие-либо материалы, оборудование, сооружения отсутствуют. На момент осмотра техника и рабочие отсутствовали. Меры, препятствующие несанкционированному доступу внутрь объекта и на территорию строительной площадки, не предприняты. Признаки консервации объекта не выявлены, охрана не осуществляется» (стр. 5 указанного решения).

Так, в решении Арбитражного суда города Москвы от 20.04.2018 по делу №А40-10588/18 указано следующее:

«Согласно п.2.7 Договора займа №3/2015 Заимодавец вправе отказаться от выдачи Займа полностью или в части, в случае невыполнения Заемщиком условия, указанных в статье 2 Договора займа №3/2015, препятствования Заимодавцу в осуществлении контроля за целевым расходованием средств Займа, утраты и/или ухудшения обеспечения, назначение и увольнение Исполнительного директора без согласования с Заимодавцем, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что сумма Займа и начисленные проценты не будут возвращены Заемщиком в

установленные настоящим Договором сроки, в том числе нарушения Заемщиком Соглашения о ГЧП, существенного нарушения Договора генерального подряда, а также не уплаты или не своевременной уплаты страховой премии по договорам страхования, предусмотренным Соглашением о ГЧП и/или Договором аренды Объекта и/или Договором ипотеки.

Судом установлено, что Ответчиком в адрес Истца были направлены Заявка №3 от 22.09.2016 и Заявка №4 от 01.11.2016 на предоставление части займа по Договору займа №3/2015.

Вместе с тем, Ответчик 26.09.2016 письмом №93 сообщил о неспособности исполнять обязательства по Договору займа №2/2015 и о необходимости переноса выплаты процентов по Договору займа №2/2015.

Таким образом, Истец в соответствии с п. 2.7 Договора законно не предоставил часть займа по Заявке №3, в связи с наличием обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что сумма Займа и начисленные проценты не будут возвращены Заемщиком в установленные Договором сроки, поскольку самим Ответчиком подтверждалась неспособность исполнять обязательства по Договору займа №2/2015.

При этом Стороны в п. 2.7 Договора займа №2/2015 предоставили Заимодавцу право оценивать обстоятельства, свидетельствующие о риске невозврата Займа.

В соответствии с предоставленным ответчиком в составе материалов Инженерным отчетом №ИК-615-2/16, подготовленном ООО «Инжиниринговая компания «2К», которая осуществляла мониторинговый контроль за ходом строительства детского сада, (страница Отчета 41) отклонение по состоянию на 23.09.2017 по завершению строительно-монтажных работ составляет 8 месяцев.

Судом установлено, что Истец уведомил в соответствии с пунктами 4.9, 4.10 Договора займа №3/2015 о приостановке в выдаче займа и предложил Ответчику представить обоснованные предложения по исправлению ситуации и минимизации последствий. Ответа от Ответчика не последовало. Доказательств обратного суду не представлено».

Указанное решение Арбитражного суда города Москвы было оставлено без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.06.2018 по делу №А40-10588/2018 (представлено в материалы дела) и вступило в законную силу.

Таким образом, в результате вывода денежных средств при строительстве Детского сада в п. Кирпичного завода, Должник перестал исполнять обязательства по выплате процентов по договору целевого займа №2/2015-ФЗПФ от 19.01.2015, о чём направил уведомление в адрес АО «ИнфраВЭБ». В результате финансирование по Договору целевого займа № 3/2015-ФЗПФ от 19.01.2015 было обосновано приостановлено.

Вывод активов при строительстве Детского сада в с. Оля стал результатом действий Маркова Льва Львовича - генерального директора ООО «Инвесткапстрой Плюс», который заключил от имени Должника Договор генерального подряда №001-2016, Договор займа с АО «ИнфраВЭБ», осуществлял перечисление денежных средств по договору подряда в пользу ООО «РегионСпецСтрой».

Согласно выписке по счёту ООО «Инвесткапстрой Плюс» в ПАО «Промсвязьбанк», Должник в период с 22.05.2014 г. по 17.02.2015 г. совершил многочисленные платежи на общую сумму 59 755 872,70 руб. за разработку проектно-сметной документации и строительство детских садов в Астраханской области.

Таким образом, Должник перечислил аффилированным лицам более 59 млн. руб. на разработку проектной документации, существование которой ответчиками не доказано. Данные платежи представляют собой прямые убытки ООО «Инвесткапстрой Плюс».

Важно отметить, что денежные средства за разработку проектно-сметной документации перечислялись в пользу аффилированных по отношению к Должнику лиц:

- ООО «Инвесткапстрой» (мажоритарный участник Должника);
- ООО «Промпроект».

Таким образом, Должником в пользу аффилированных лиц были перечислены денежные средства на общую сумму 59 755 872,70 руб. без получения какой-либо имущественной выгоды, что прямо свидетельствует о недобросовестности лиц, компетенция которых включает в себя осуществление операционной деятельности компании.

Выводы суда первой инстанции о том, что объективные причины банкротства должника наступили в конце 2016 года, в связи с чем перечисленные платежи, осуществленные за два года до этого, не могут быть причиной банкротства Должника, не соответствуют обстоятельствам дела.

Как указывал конкурсный управляющий Должника в п.4 письменных пояснений (Исх. №б/н от 21.10.2021), 01.09.2016 Должник начал допускать просрочки по исполнению своих обязательств.

Причины банкротства Должника, среди которых необоснованное перечисление аффилированным лицам денежных средств порядка 60 млн руб., возникли гораздо ранее.

Так, вывод активов при строительстве Детского сада в п. Кирпичного завода осуществлялся с 30.10.2014 по 05.09.2016.

Таким образом, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о привлечении к субсидиарной ответственности Маркова Льва Львовича и ООО «Инвесткапстрой».

Законом о банкротстве предусмотрено приостановление производства по обособленному спору о привлечении контролирующего должника к субсидиарной ответственности по основанию, предусмотренному [ст. 61.11](#) Закона о банкротстве, при невозможности определения размера ответственности, но при установлении всех иных обстоятельств, имеющих значение для привлечения к такой ответственности ([п. 41](#) Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 N 53).

В отношении требований о привлечении к субсидиарной ответственности по обязательствам ООО «Инвесткапстрой Плюс» Будник Ю.В.

Будник Ю.В. вступила в должность исполнительного директора Должника 21.04.2015, то есть после заключения Договора генподряды № 1 (12.07.2014) и Договора займа (19.01.2015). Поэтому действия по заключению Договора генподряды № 1 и привлечению для этого средств общества «ВЭБ Инфраструктура» в принципе не могут вменяться Будник Ю.В.

Согласно п. 5 Постановления Пленума ВС РФ № 53, «само по себе участие в органах должника не свидетельствует о наличии статуса контролирующего его лица. Исключение из этого правила закреплено в подпунктах 1 и 2 пункта 4 статьи 61.10 Закона о банкротстве, установивших круг лиц, в отношении которых действует опровержимая презумпция того, что именно они определяли действия должника».

Обстоятельства настоящего спора свидетельствуют о том, что Будник Ю.В. в действительности не определяла действия Должника. Данный вопрос следует оценивать с учетом следующей специфики настоящего дела.

Единственным конкурсным кредитором является общество «ВЭБ Инфраструктура», в защиту которого обращается конкурсный управляющий. Будник Ю.В. являлась сотрудником общества «ВЭБ Инфраструктура» (основное место работы).

Будник Ю.В. при этом не выполняла никаких управленческих функций – не принимала и не могла принимать самостоятельных решений.



Кроме того, единственная функция Будник Ю.В. на должности Исполнительного директора – обеспечение того, что Должник совершает платежи только по целевому назначению, которое определяется обществом «ВЭБ Инфраструктура». Таким целевым назначением была оплата по договорам строительного подряда (обычная хозяйственная деятельность Должника).

Согласно абз. 4 п. Постановления Пленума ВС РФ № 53, лицо не может быть признано контролирующим должника только на том основании, что оно состояло в отношениях родства или свойства с членами органов должника, либо ему были переданы полномочия на совершение от имени должника отдельных ординарных сделок, в том числе в рамках обычной хозяйственной деятельности.

В п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующего должника лиц к ответственности при банкротстве" разъяснено, что контролирующее должника лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности в случае, когда его действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, не выходили за пределы обычного делового риска и не были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов (пункт 3 статьи 1 ГК РФ, абзац 2 пункта 10 статьи 61.11 Закона о банкротстве).

Из материалов дела следует, что

- на 05.10.2014 (дату проведения общего собрания, на котором принято решение об одобрении крупной сделки по заключению Договора целевого займа на цели строительства ДООУ на 250 мест в пос. Кирпичного завода №1 и 100 мест с. Оля): Афонская Е.А. (доля 8,75% уставного капитала) и ООО «Инвесткапстрой» (доля 91,25%).

- на 23.04.2015 (дату проведения общего собрания, на котором принято решение о внесении изменений в условия ранее одобренной крупной сделки по заключению Договора залога имущества – зданий ДООУ на 250 мест в пос. Кирпичного завода №1 и 100 мест с. Оля): Афонская Е.А. (доля 9,29% ), ООО «Инвесткапстрой» (доля 76,05%), Соколов А.Г. (доля 14,66%).

Таким образом, Афонская Е.А. и Соколов А.Г. не могут являться контролирующим должника лицами, поскольку каждый не имел право распоряжаться более чем половиной долей уставного капитала должника (ст. 10 Закона о банкротстве).

В пункте 5 постановления Пленума ВФ РФ от 21.12.2017 N 53 указано, что само по себе участие в органах должника не свидетельствует о наличии статуса контролирующего его лица. Исключение из этого правила закреплено в подпунктах 1 и 2 пункта 4 статьи 61.10 Закона о банкротстве, установивших круг лиц, в отношении которых действует опровержимая презумпция того, что именно они определяли действия должника.

Согласно подпунктам 1, 2 пункта 4 статьи 61.10 Закона о банкротстве пока не доказано иное, предполагается, что лицо являлось контролирующим должника лицом, если это лицо: являлось руководителем должника или управляющей организации должника, членом исполнительного органа должника, ликвидатором должника, членом ликвидационной комиссии; имело право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества, или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, или более чем половиной голосов в общем собрании участников юридического лица либо имело право назначать (избирать) руководителя должника.

В силу пункта 5 статьи 61.10 Закона о банкротстве арбитражный суд может признать лицо контролирующим должника лицом по иным основаниям.

Согласно статье 69 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" (далее - Закон об акционерных обществах) руководство текущей деятельностью общества осуществляется единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) или единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и коллегиальным исполнительным органом общества (правлением, дирекцией). Исполнительные органы подотчетны совету директоров (наблюдательному совету) общества и общему собранию акционеров.

Согласно протоколу заседания Совета директоров ООО «Инвесткапстрой Плюс» от 05.10. 2014 члены Совета директоров (Хромов С.А., Милушкин С.Ю., Усанов А.А., Прыгунов С.М., Афонская Е.А.) одобрили заключение Договора целевого займа на строительство дошкольного образовательного учреждения в пос. Кирпичного завода и с. Оля.

Согласно пункту 22 совместного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" при разрешении споров, связанных с ответственностью учредителей (участников) юридического лица, признанного несостоятельным (банкротом), собственника его имущества или других лиц, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия (часть вторая пункта 3 статьи 56), суд должен учитывать, что указанные лица могут быть привлечены к субсидиарной ответственности лишь в тех случаях, когда несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана их указаниями или иными действиями.

Однако таких доказательств в материалы дела не представлено.

С учетом изложенного, суд первой инстанции верно посчитал, что оснований для привлечения к субсидиарной ответственности членов Совета директоров должника: Милушкина С.Ю., Усанова А.А., Прыгунова С.М., Афонской Е.А., не имеется.

Суд апелляционной инстанции также учитывает, что не могут быть привлечены к субсидиарной ответственности руководители ООО «Инвесткапстрой» - Тишинова Н.Н. и Прыгунов С.М. по обязательствам ООО «Инвесткапстрой Плюс», поскольку фактически не являлись лицами, контролирующими деятельность должника. Конкурсным управляющим не доказаны обстоятельства, получения необоснованной выгоды данными лицами.

В соответствии с [частями 1, 2 статьи 71](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Арбитражный суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности.

Суд апелляционной инстанции, исследовав и оценив все представленные сторонами доказательства, а также доводы и возражения участвующих в деле лиц, руководствуясь положениями действующего законодательства, приходит к выводу об отмене определения суда первой инстанции.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в соответствии с [пунктом 4 статьи 270](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации безусловным основанием для отмены обжалуемого судебного акта, судом первой инстанции не допущено.

Руководствуясь [ст. ст. 176, 266 - 269, 272](#) Арбитражного процессуального Кодекса Российской Федерации

**ПО С Т А Н О В И Л:**

Определение Арбитражного суда г. Москвы от 28.10.2021 по делу № А40-191296/19 отменить.

Привлечь к субсидиарной ответственности по обязательствам ООО «Инвесткапстрой Плюс» Маркова Льва Львовича и ООО «Инвесткапстрой».

Приостановить вопрос по определению размера субсидиарной ответственности до окончания расчета с кредиторами.

В удовлетворении остальной части заявления отказать.

Постановление вступает в законную силу со дня принятия и может быть обжаловано в течение одного месяца со дня изготовления в полном объеме в Арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья:

Д.Г. Вигдорчик

Судьи:

Ю.Л. Головачева

А.А. Комаров

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.