

ТЕМАТИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ К ЖУРНАЛУ

# Legal Insight

АПРЕЛЬ - МАЙ 2016

*Legal Insight*  
и *Forward Legal*  
представляют

## БАНКРОТСТВО: сюжет с вариациями





Бизнес-завтрак в рамках ПМЮФ 2016

# Англосаксонский траст

Правда и мифы. Преимущества и ошибки в применении

**19 мая 2016 года, 08:30-10:00,**

Санкт-Петербург, гостиница «Астория»,  
зал «Зимний сад» (ул. Большая Морская, 39)

## ТЕМЫ:

- Эффективные способы использования трастов
- Основные ошибки в применении трастов
- Дискреционный траст и КИК
- Громкие судебные дела по трастам, выводы и рекомендации

LEGAL FORUM **MMXVI**

**ПРАВО** RU

## СПИКЕРЫ:



**Тоби Грэхем** (Великобритания), Партнер и Глава практики в сфере трастов компании Farrer&Co, солиситоров Британской Короны, Редактор Оксфордского издания Trust & Trustees, а также ряда специализированных изданий в сфере права трастов, автор многочисленных публикаций по теме трастов



**Дэвид Расселл** (Австралия), Барристер и Квинс Каунсел, председатель общества юристов, практикующих в области трастов и недвижимости Австралии – STEP Australia, а также его специального подразделения по делам международных клиентов; член Всемирного совета и различных комитетов STEP; академик Международной академии Недвижимости и Трастов



**Майкл Кадески** (Канада), Управляющий партнер Cadesky Tax, Председатель Международной группы налоговых консультантов - ITSG, Вице-президент общества юристов, практикующих в области трастов и недвижимости STEP Worldwide, Советник по вопросам трастов и налогов Правительства Канады



**Алексей Карпенко** (Россия), Управляющий партнер Forward Legal, ассоциированный член Outer Temple Chambers, участник Международной группы налоговых консультантов

Реклама. 18+

**Участие в бизнес-завтраке бесплатное.**

**Контакты:** Анастасия Бэшоу, +7 (964) 521 21 25, a.bashaw@pravo.ru

# Содержание

- 2-3 *Банкротство: сюжет с вариациями*  
Алексей Карпенко
- 4-7 *Банкротство в России по-прежнему неэффективно*  
Маргарита Гаскарова, Дарья Лопашенко

В феврале и марте 2016 г. журнал Legal Insight провел уникальное исследование института банкротства в России, опросив 88 юридических служб компаний и 86 юридических фирм.

- 8-11 *«Нужно преодолеть правило классического конкурса – кредиторы решают все»*

Интервью с Олегом Зайцевым, консультантом Исследовательского центра частного права им. С. С. Алексеева при Президенте РФ, одним из авторов законопроекта о финансовом оздоровлении.

- 12-14 *Арбитражный управляющий – один против всех*  
Иван Рыков

- 15-18 *Субсидиарная ответственность или взыскание убытков?*  
Ольга Карпова

- 19-21 *«Арестантский» залог и третейское соглашение в банкротстве*  
Анастасия Малюкина, Екатерина Бибикина

- 22-24 *«Понятия «несостоятельность» и «банкротство» необходимо разделять»*

Интервью со Светланой Карелиной, профессором кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова.



- 25-28 *Трансграничные банкротства: вопросов больше, чем ответов*

Елена Мохова

- 28-30 *Трансграничное банкротство в США*

Роза Дж. Эвергрин

- 31-34 *Возврат активов с помощью эксперта-бухгалтера*

Людмила Гречаник, Елена Волкова

- 34-37 *Взыскание активов за рубежом: средства судебной защиты*

Энтони Рием, Юлия Алавердашвили

- 38-40 *«Банкротство превратилось в риск, который необходимо учитывать в обычной хозяйственной деятельности»*

Интервью с Ольгой Реновой, управляющим партнером Forward Legal.



Является тематическим приложением и распространяется вместе с журналом Legal Insight

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Свидетельство  
ПИ № ФС77-44085  
от 4 марта 2011 г.

Главный редактор:  
Маргарита Гаскарова

Выпускающий редактор:  
Дарья Лопашенко

Дизайн и верстка:  
Александр Савченко

Обложка и иллюстрации:  
Татьяна Алисова

Корректор:  
Ольга Торкачева

Учредитель и издатель:

© ООО «ЛИГАЛ ИНСАЙТ»  
Адрес: 197082, Санкт-Петербург,  
ул. Камышовая, 46-1-242

E-mail:  
margarita.gaskarova@infotropic.ru

facebook.com/legalinsight  
twitter.com/legal\_insight  
linkedin.com/company/legal-insight-magazine

Тираж: 3000 экз.  
Типография:  
ООО «ВИВА-СТАР»

Редакция не несет ответственности за достоверность содержания рекламных материалов.

Фото – shutterstock.com

# Банкротство: сюжет с вариациями

Закон о банкротстве похож на либретто. Здесь есть персонажи, написаны роли, действие разделено на акты, и их последовательность нельзя изменить. Либретто всегда одно, а партитуры к нему бесчисленны и пишутся теми, кто разыгрывает спектакль в реальной жизни: компаниями, акционерами, юристами, управляющими, судьями. Сходство с театром усиливается, когда понимаешь, что действий два: одно под светом софитов, в зале суда, выставленное напоказ публике, власти, журналистам, другое — за кулисами, неведомое никому, кроме непосредственных участников.



Почему опера, а не драма? Во-первых, в драме нет партитуры, музыки, которую участники банкротства каждый раз пишут заново. Во-вторых, опера — высокий жанр, идеально подходящий для иллюстрации тотального краха или беспощадного конфликта. И, наконец, в опере есть... призраки. Меняющий обличия и стороны, то герой, то жертва, то защитник, то агрессор. Начнем, пожалуй, с него. В банкротстве это, безусловно, управляющий. Кто-то считает его самой сильной фигурой в банкротстве, а для кого-то он слабый и зависимый. Его истинные намерения — загадка, интрига, а иногда и скандал. При этом управляющий в банкротстве вездесущ: появляется во всех процедурах, влияет на действия должника и кредиторов, принимает важнейшие решения.



Давайте и дальше мыслить метафорами. Катастрофа корабля-компании в океане бизнеса — наилучший сюжет для оперы о банкротстве. Капитаны отечественного бизнеса все чаще сажают корабли на мель, а потом, если справиться с проблемой быстро не удастся, первыми покидают судно. Причем захватывают с собой все, что можно унести, и путь держат не к родному, а чужому берегу: там потери переживаются спокойнее.



Кредиторов, некогда приглашенных капитаном путешествовать первым классом в счастливом и долгом плавании, при крушении бросают первыми. И те спасаются как могут. Одни пытаются прыгнуть в шлюпку с капитаном и уплыть вместе с ним, другие спасают корабль и то, что на нем осталось, а третьи гребут к родному берегу, грозя капитану местью и судами.



В этот момент всем нужны юристы-матросы. Без их помощи ни корабль, ни имущество, ни себя не спасти. Кто-то из юристов помогает владельцу-капитану, кто-то — пассажирам-кредиторам, а кто-то — призрачному управляющему. Шлюпок на всех не хватает, да и активов тоже. Вопрос в том, чьи матросы окажутся проворнее.



Суд, как хор в опере, — олицетворение судьбы. Взирает безучастно на крушение, драки, дележ и вершит судьбы всех. Решает, утонуть кораблю или спастись, виновен ли капитан в крушении, и кому достанется спасенное имущество. Таков метафорический сюжет банкротства. Почти любого. Но в каждом сюжете есть свои отличия, особенности, вариации. И наш сюжет — не исключение.

**Алексей Карпенко,**  
старший партнер Forward Legal

# Банкротство в России по-прежнему неэффективно

Сегодня банкротство — одна из наиболее актуальных тем, что вполне объяснимо. Произошли значительные изменения в законодательстве и судебной практике. Экономический кризис резко увеличил количество банкротств. В феврале-марте 2016 года мы провели опрос среди юридических служб и юридических компаний с целью выяснить, является ли процедура банкротства действенным механизмом удовлетворения требований кредиторов и эффективным способом финансового оздоровления компании. Его результаты показали, что банкротство считается в большей степени рычагом давления на должника или способом остановить вывод активов. И в этой оценке и консультанты, и их клиенты (юристы-инхаус) едины.

**В**опросе приняло участие 88 представителей юридических отделов компаний и 86 юридических фирм. Большинство опрошенных не верят в эффективность процедуры банкротства и не надеются вернуть деньги, если должника объявят банкротом: рассчитывают на это лишь 18,2% клиентов и 17,4% консультантов. Обе группы признали, что самым важным фактором, побуждающим инициировать банкротство, является получение сведений о выводе должником активов. Так считают 34,1% консультантов и 29,5% юристов-инхаус. Большинство используют угрозу введения наблюдения как средство заставить должника оплатить задолженность (48,8% консультантов и 35,2% клиентов). Впрочем, нашлись и те, кто с помощью банкротных процедур пытается пошатнуть репутацию должника: среди консультантов таких оказалось 1,2%, среди клиентов — вдвое больше.

Используя угрозу банкротства как инструмент давления, саму процедуру большинство считает крайней мерой, которая вряд ли может привести к возврату средств кредиторов. О возможности восстановления платежеспособности должника как цели банкротства не говорит почти никто. Между тем именно за реабилитационную направленность процедуры бьются авторы законопроекта «О финансовом оздоровлении и несостоятельности (банкротстве)» последние семь лет. О трудной судьбе законопроекта мы поговорили с одним из его авторов — Олегом Зайцевым. Читайте на страницах этого издания.

Если должник выводит активы за границу, большинство опрошенных юристов-инхаус фактически прощаются с возможностью что-то получить. 41,9% из них объясняют это тем, что поиск имущества и обращение на него взыскания

требуют значительных ресурсов и неэффективны, а пятая часть (20,9%) просто не знают, как это сделать. Проблема действительно существует, особенно если говорить о компаниях-должниках, имеющих разветвленную сеть активов за рубежом, или бывших владельцах, выведших активы компании за границу. В таких ситуациях возникает масса вопросов, связанных с трансграничным банкротством. О том, как они разрешаются, читайте в статьях Елены Моховой и Розы Дж. Эвергрин.

В отношении розыска активов консультанты настроены более оптимистично, большинство из них (31,8%) имеют опыт розыска активов за рубежом, хоть и в единичных случаях. Четверть опрошенных консультантов (25,9%) согласны с клиентами в оценке процедур розыска активов за рубежом как затратных и низкоэффективных, а 12,9% не знают, как это делать. Данные результаты показывают, что российские юридические консультанты в значительной степени замкнуты на решении внутрироссийских вопросов и пока не готовы предложить трансграничные услуги в сфере банкротства, что открывает им новую рыночную нишу — услуги по розыску активов должника за рубежом и обращению на них взыскания. Об успешных кейсах поиска, ареста и возврата активов читайте в материалах Людмилы Гречаник и Юлии Волковой (Deloitte) и Энтони Риема и Юлии Алавердашвили (PCB Litigation).

Если говорить в целом о рынке юридических услуг в сфере банкротства, то консультанты отмечают значительный рост обращений клиентов. Более четверти респондентов заявили об увеличении запросов от 50 до 99%, а у 10,5% консультантов количество банкротных проектов выросло в два и более

раз. Большинство таких обращений связано с полным сопровождением всех процедур и этапов банкротства (52,3%). При этом рынку юридических услуг в сфере банкротства явно есть куда расти. Среди клиентов, принявших участие в опросе, большинство пока еще предпочитает справляться своими силами: более 60% опрошенных ответили, что не привлекают внешних консультантов. К помощи консультантов клиенты прибегают лишь по наиболее сложным и важным банкротным делам (31,8% опрошенных).

Эти цифры вполне объяснимы. С одной стороны, в кризис существенно выросло и продолжает расти количество банкротств, и консультанты получают больше заказов в этой сфере; с другой — эффективность банкротства оставляет желать лучшего. Так, 68,2% клиентов и 58,1% консультантов указывают, что в результате банкротства им удается получить не больше четверти от заявленной суммы требований к должнику. Неудивительно, что юристы-инхаус, как правило, предпочитают самостоятельно вести банкротные проекты, не увеличивая размер своих потерь за счет оплаты услуг консультантов.

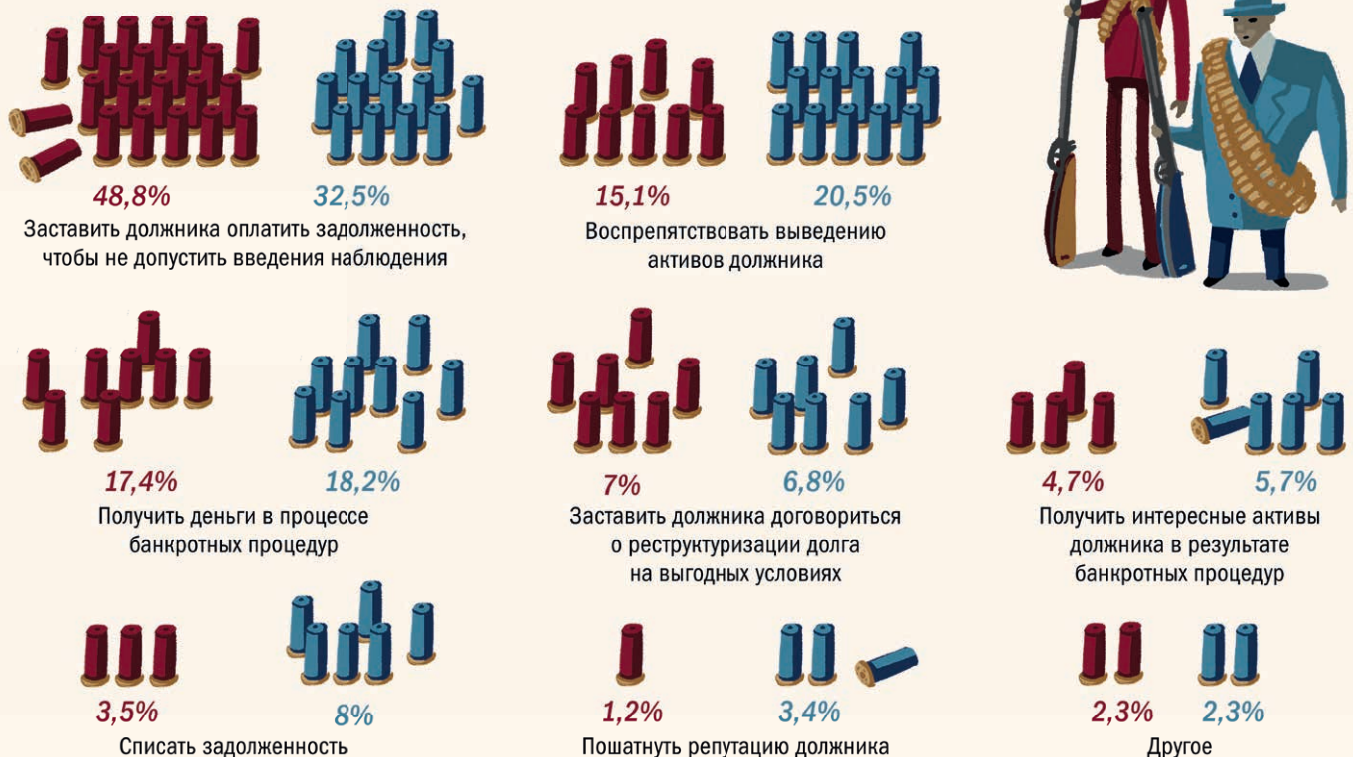
Однако несмотря на рост числа банкротств, в гражданско-правовые договоры редко включаются положения, регулирующие отношения сторон на случай банкротства контрагента. Большинство опрошенных никогда или редко включают

в договоры такие условия: 70,5% клиентов и 38,4% консультантов никогда не включают; 47,7% консультантов включают, но редко.

В оценке основных недостатков действующих процедур банкротства респонденты проявили единодушие. Самой главной проблемой банкротства и клиенты, и консультанты считают длительность процедур (27% и 29,1% соответственно). Сложность, дороговизна, а также пробелы в законодательстве «набрали» в среднем по 13% голосов респондентов. Около трети опрошенных полагают, что все перечисленные недостатки в той или иной степени присущи институту банкротства в России. Этот срез мнений задает достаточно четкие ориентиры для законодателя по части совершенствования нормативной базы.

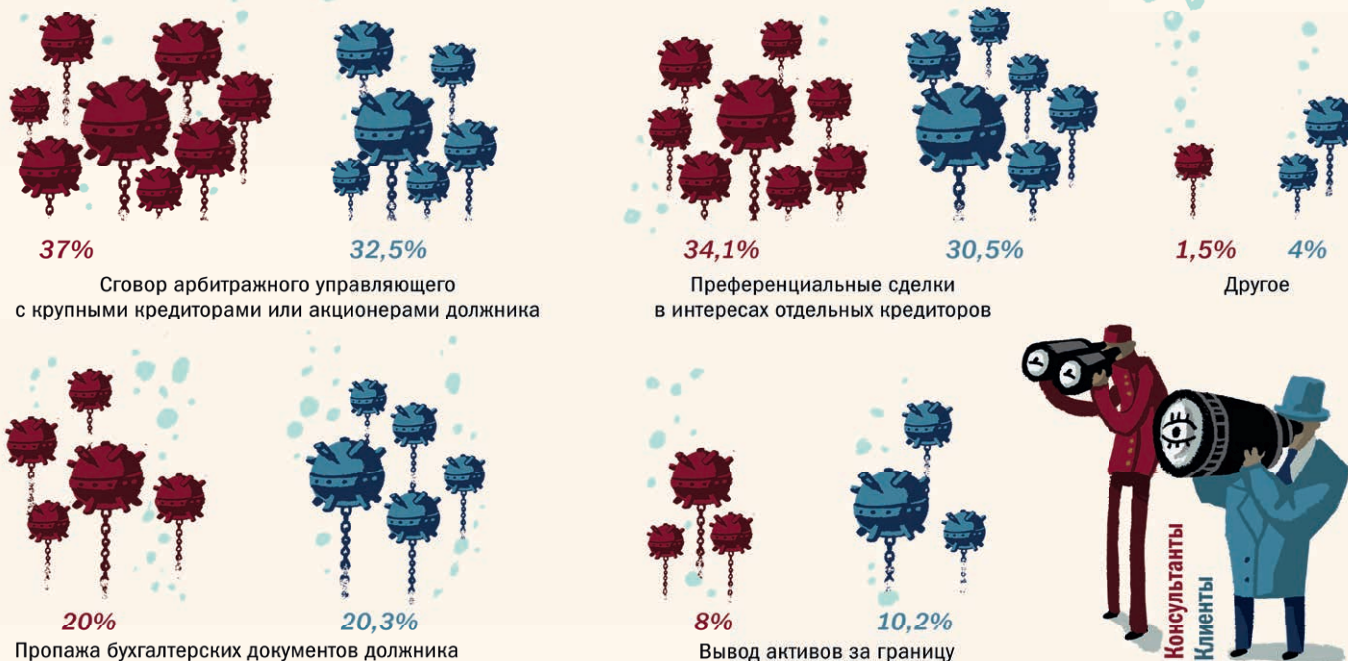
Впрочем, эксперты, с которыми мы побеседовали в этом номере, вполне осознают существующие проблемы. Со сложными практическими вопросами «арестантского» залога и третейских соглашений в банкротстве разбираются юристы Forward Legal Анастасия Малюкина и Екатерина Бибикина. О главных недостатках сегодняшней законодательной базы и готовящихся законопроектах по банкротству читайте в интервью доктора юридических наук, профессора кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова Светланы

## Какова чаще всего основная цель подачи заявления о банкротстве?

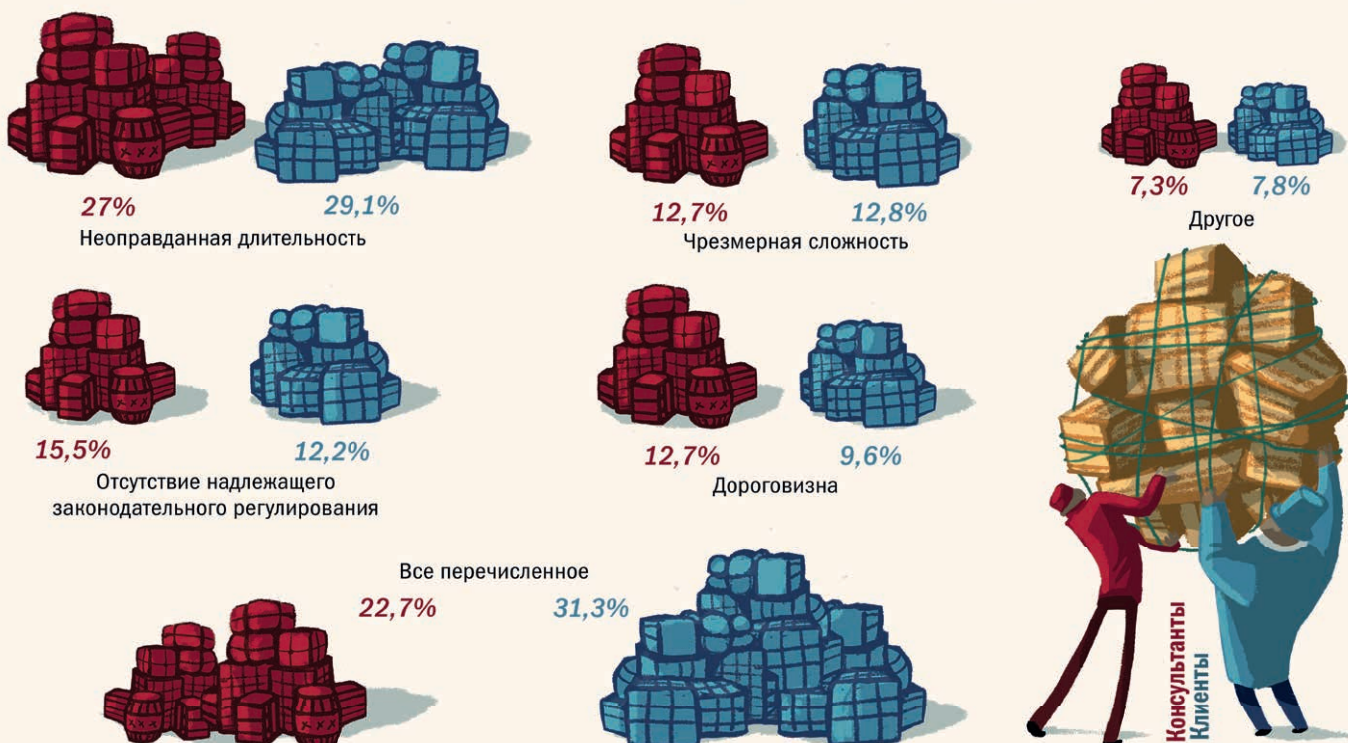


# БАНКРОТСТВО: СЮЖЕТ С ВАРИАЦИЯМИ

*С какими злоупотреблениями в процессе банкротства вы сталкиваетесь чаще всего?*



*Каковы основные недостатки действующих процедур банкротства?*





Карелиной. Дилемму кредиторов — с каким иском идти против бывших владельцев и топ-менеджеров компании-банкрота о субсидиарной ответственности или убытках — пытается разрешить в своей статье партнер Forward Legal Ольга Карпова.

Говоря о банкротстве, мы не могли пройти мимо вопроса о злоупотреблениях, на которые жалуются все без исключения участники процесса: и кредиторы, и должники, и управляющие, и государственные органы. В этом своеобразном рейтинге, пусть и с небольшим отрывом, «победили» арбитражные управляющие. В частых сговорах с акционерами должника или крупными кредиторами их упрекают 37% консультантов и 35,2% клиентов. Очевидно, недавнее и широко обсуждаемое ужесточение законодательства об ответственности арбитражных управляющих не беспочвенно. Однако результаты опроса показывают, что ситуация кардинально не изменилась. В чем причина: в достаточно коротком сроке действия нововведений или в их неэффективности? Мнение арбитражного управляющего Ивана Рыкова читайте в его статье «Арбитражный управляющий — один против всех».

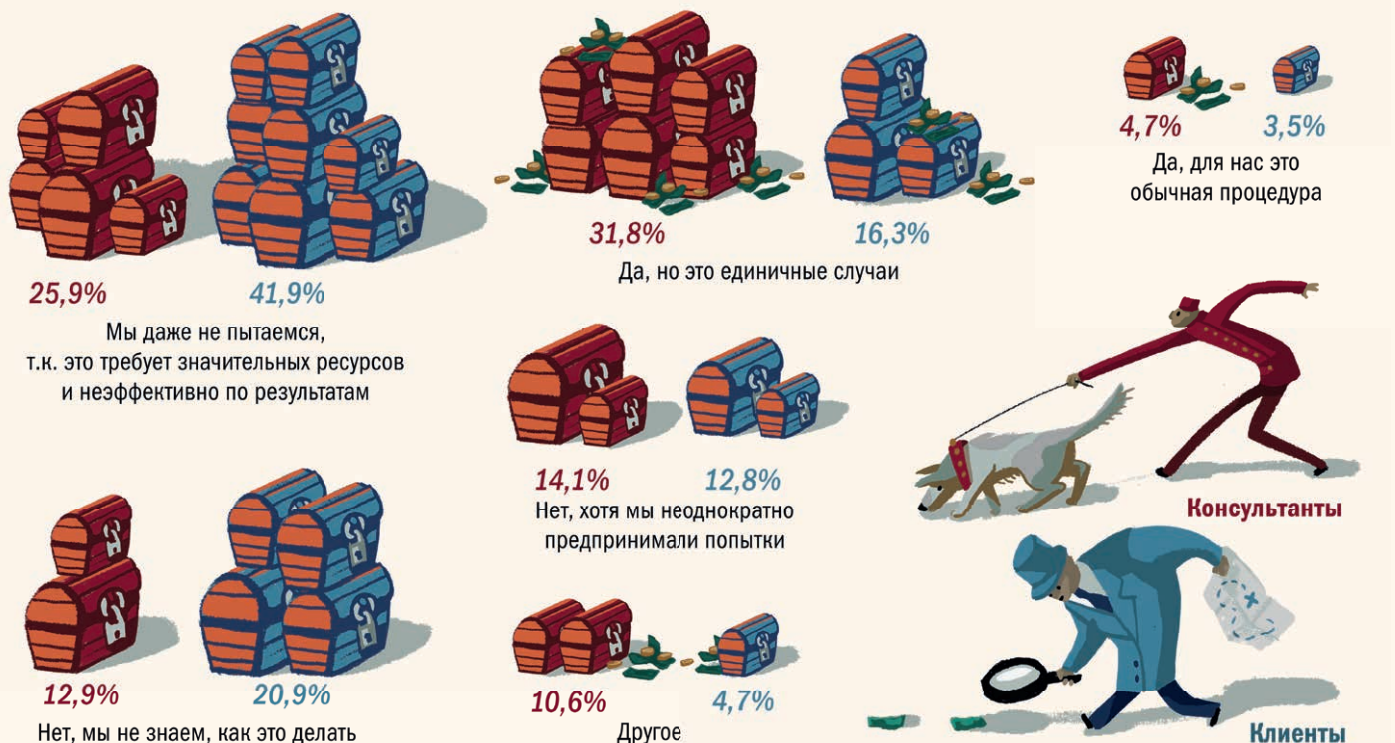
Около трети клиентов и консультантов считают преференциальные сделки в интересах отдельных кредиторов почти столь же распространенным злоупотреблением, как сговор управляющего с заинтересованными участниками банкротства. И почти столь же единодушно респонденты в оценке третьего вида злоупотреблений — пропаше бухгалтерских документов должника, — около 20% опрошенных.

А вот с таким достаточно распространенным в иностранных юрисдикциях видом злоупотреблений, как банкротный туризм, наши респонденты почти не сталкивались: 90,9% клиентов и почти 70% консультантов. Это можно объяснить тем, что нормы о банкротстве граждан действуют в России лишь полгода, и недобросовестные должники — физические лица лишь только учатся модным иностранным способам «оптимизации» своих долгов.

**Маргарита Гаскарова,**  
главный редактор Legal Insight

**Дарья Лопашенко,**  
выпускающий редактор Legal Insight

*Имеются ли в вашей практике за последние пять лет случаи успешного поиска имущества должника, признаваемого банкротом, за рубежом и обращения на такое имущество взыскания?*



## «Нужно преодолеть правило классического конкурса — кредиторы решают все»

На обсуждении в Правительстве РФ находится законопроект «О финансовом оздоровлении и несостоятельности (банкротстве)», который направлен на расширение возможностей по восстановлению платежеспособности должника. Его текст начали готовить еще в 2009 году, и актуальная редакция законопроекта — уже далеко не первая. О сложной судьбе законопроекта и в целом об институте банкротства в России мы говорили с Олегом Зайцевым, одним из авторов законопроекта, консультантом Исследовательского центра частного права им. С. С. Алексеева при Президенте РФ.

### — Не могли бы вы подробнее рассказать об этом законопроекте и его перспективах?

— К сожалению, текст, который сейчас обсуждается, на мой взгляд, значительно ухудшился по сравнению с тем, каким он был еще в конце прошлого года. Более того, под давлением банков, которые по-прежнему хотят быть «королями процедуры», и не готовы уступить ни на йоту, реабилитационная направленность законопроекта во многом выхолощена. В сегодняшнем виде он больше полезен для усовершенствования ликвидационной процедуры. А это значит, что потенциально конкурс станет эффективным мероприятием для кредиторов.

### — Есть ли шанс вернуться к первоначальному тексту законопроекта?

— Хочется верить, что да. Многие предприятия сейчас закрываются, а на их месте ничего нового не возникает. Конечно, можно ликвидировать все, но что будет дальше? Поэтому я надеюсь, что банки все же смягчат свою позицию, и правительство и законодательная власть сделают какой-то реальный шаг к тому, чтобы научиться спасать бизнес. Тренд всего XX века, особенно его второй половины, — это реабилитационные процедуры. Внимание наших европейских, американских и азиатских коллег сфокусировано на понимании того, «как спасать». И главное здесь — преодолеть идею о том, что кредиторы — «короли процедуры». Об этом больше говорилось в первоначальном тексте законопроекта.

### — А какова ситуация в России, что конкретно нужно изменить?

— У нас сложилась довольно странная ситуация: ликвидация бизнеса затрагивает не только кредитора,

но и должника, работников, бизнес-партнеров, государство как получателя налогов, общество в целом. Ведь исчезает целая социальная сфера, а все решают почему-то только мажоритарные кредиторы! Почему одни решают за всех, в то время как в праве все равны? Нужно, чтобы был способ преодолеть волю кредиторов, и здесь нам может помочь институт, который американцы красиво называют крэмпдаун (cramdown). Суть его, если упростить, сводится к тому, что суд оставляет за собой решающее слово. Например, кредиторы говорят: «Мы не хотим утверждать план», а судья посмотрит и скажет: «А на мой взгляд, план спасения этого бизнеса хорош и кредиторам явно выгоден, поэтому я буду утверждать его и без согласия последних». Причем институт крэмпдауна, на самом деле, не должен активно применяться. Но само его существование обеспечивает договорную позицию должнику. Сегодня кредиторы знают, что если они не захотят, то ничего не будет, и должнику нечего им противопоставить. А так должник сможет сказать: «То, что вы предлагаете, это чересчур. Давайте все-таки поступим помягче». В том случае, если ему отвечают: «Нет», у должника появляется возможность возразить: «Я могу пойти суд, давайте лучше здесь сейчас все решим сами по-хорошему». Это создает переговорную позицию. У кредитора появится стимул (которого сегодня нет) к тому, чтобы договариваться, потому что он — король и поступает так, как хочет.

Как показывает практика, монополия на принятие решения приводит к катастрофическим последствиям. Обязательно должна быть какая-то другая сила, имеющая контраргументы. И решать споры должен суд, который остается независимым, стоит над всеми и умеет разруливать любую ситуацию. Российские суды пока не очень хотят и не особо умеют обсуждать такие вопросы. Но им никуда не деться от этого; если мы хотим, чтобы банкротство было эффективным, другой альтернативы нет. Без эффективного банкротства экономика неэффективна. Статистика показывает, что страны, в которых



## **П**од давлением банков, которые по-прежнему хотят быть «королями процедуры», и не готовы уступить ни на йоту, реабилитационная направленность законопроекта во многом выхолощена

существует нормальная реабилитационная процедура, быстрее выходят из кризиса. Экономисты утверждают, что подобная корреляция существует. На самом деле в законопроекте нет ничего особенного для среднего американского или европейского юриста, но это революция для России.

### — Что нужно сделать для эффективной реализации реабилитационных механизмов?

— Во-первых, надо преодолеть фундаментальное, ставшее привычным правило классического конкурса «кредиторы решают все». Во-вторых, известное многим правило *pro rata*. Мы привыкли считать, что все кредиторы должны удовлетворяться пропорционально и от этого правила нельзя отступить. Такое положение вещей тоже надо менять. Законопроектом вводится институт классов кредиторов. Он очень важен, поскольку среди них всегда есть кредиторы, которые более-менее сговорчивые (прежде всего, это финансовые кредиторы), а есть совсем неуступчивые (это, как правило, промышленные и налоговые кредиторы) — с ними труднее. Поэтому их надо развести и договариваться отдельно. Это очень важный инструмент, который сейчас юридически невозможен. Необходимо сделать так, чтобы, к примеру, должник сначала смог выплатить конкретную сумму налоговой, а потом уже отдельно обсудить условия с банком, потому что договориться с банком проще.

### — А в чем состоит смысл механизма классов кредиторов?

— Смысл классификации кредиторов в том, что она позволяет предусмотреть разные условия для разных кредиторов

внутри одной очереди. Например, большинство банков соглашается на дисконт 70%. И миноритарные банки должны стерпеть это, даже несмотря на то, что, допустим, налоговой дали дисконт в размере всего 10%. Сегодня это невозможно, без этого институт плохо работает.

### — Кто же может определить классы кредиторов?

— Должник. Но в законопроекте все классы описаны. Это банки, упрощенно говоря, залоговый кредитор, каждый залог которого — отдельный класс, налоговая и все остальные. Еще раз повторю, что промышленные кредиторы в России, к сожалению, плохо институализированы. Поэтому главное — развести банки и налоговую, потому что если с банком еще хоть как-то можно договориться, то с налоговой — практически никак.

### — Решают ли классы кредиторов проблему доминирования мажоритарного кредитора?

— Они ее не решают. Классы — не для этого. Проблему доминирования мажоритарного кредитора решает кремдаун. Разделение на классы нужно для разграничения кредиторов с точки зрения их договороспособности и интересов в рамках проводимой процедуры. Но тут есть другая проблема — проблема квазимажоритарного кредитора, аффилированного кредитора. И это очень важный момент, учтенный нами в проекте, где предлагается отстранять аффилированного с должником кредитора от голосования. Важно, чтобы сам должник не рядился в одежду кредитора и не обсуждал подобный вопрос наряду с настоящими

## Реабилитационная процедура хорошо работает там, где должник заинтересован в ней, потому что он раньше других узнает о своих проблемах и, отлично зная собственное положение, лучше всех остальных понимает, как можно их решить

внешними кредиторами. При этом необходимо абстрактное определение аффилированности и открытый перечень критериев, признание фактической (неформальной) аффилированности. Такие примеры уже есть в практике. Например, дело Пугачева, который формально не был ни акционером, ни председателем правления, но суд признал, что на самом деле именно он контролировал банк. Законопроект содержит немного грубое, но в целом верное решение — отстранять аффилированных лиц. И именно в силу того, что у нас большие проблемы с установлением фактической аффилированности, я терпимо отношусь к такому решению.

— **А какое более тонкое решение было бы возможно?**

— Различать инвестирование, где такие лица выступали в качестве акционеров и в качестве собственно коммерческих кредиторов. При решении проблемы субординации займов акционеров я все же считаю важным не перегнуть палку и не сделать так, чтобы у акционера компании не было смысла в ее коммерческом финансировании. Например, если я — банк, то мне не надо финансировать свою дочернюю компанию, поскольку в случае банкротства наступит конец. Компания просто не сможет получить у меня кредит на рыночных условиях: ей плохо и мне плохо. Вот такое разведение было бы более тонким решением. Наверное, со временем мы к этому придем. Поэтому лично я терпимо отношусь к мерам, предусмотренным нынешним законопроектом. Когда ситуация с аффилированностью нормализуется, можно будет продвинуться в этом вопросе дальше.

— **Предположим, завтра будет принят законопроект и введен институт финансового оздоровления в том виде, о котором вы говорите. Будут ли кредиторы и должники пользоваться им?**

— Моя задача как аналитика заключается в том, чтобы исходя из имеющегося опыта, находить лучшие пути решения проблем. Именно поэтому проект опирается на лучший опыт в этой сфере. Реабилитационная процедура хорошо работает там, где должник заинтересован в ней, потому что он раньше других узнает о своих проблемах и, отлично зная собственное положение, лучше всех остальных понимает, как можно их решить. Поэтому система должна ориентировать должника на то, чтобы самому и как можно раньше обращаться за помощью.

Текущая версия законопроекта не нравится мне тем, что даже в отличие от действующего закона (который хотя бы гипотетически предполагает процедуру финансового оздоровления с сохранением менеджмента) вообще напрочь исключает ситуацию, когда в плане реструктуризации будет написано, что органы управления остаются за должником. Должнику говорят, что даже если он убедит кредиторов утвердить план, то первым делом ему придется сменить менеджмент. А зачем ему это, ведь в такой ситуации он в любом случае потеряет контроль над своим бизнесом? К сожалению, в нынешнем тексте очень сильно испорчена реабилитационная составляющая. В то же время мы понимаем, что это пока только приготовления к подлинной борьбе за текст закона.

— **Есть ли у кредиторов интерес во введении реабилитационной процедуры? На сегодняшний день кредиторы в основном ориентированы на ликвидацию...**

— В целом задача будет состоять в том, чтобы показать им эффективность реабилитационного процесса там, где это имеет смысл. К тому же здесь работает принцип: сегодня ты спасешь, завтра спасут тебя. Думаю, понимание этого, хотя и не сразу, но придет. А для этого, повторю еще раз, должна быть создана эффективная площадка для урегулирования конфликтов как между кредиторами и должником, так и между самими кредиторами. Сегодня таковой нет. Как правило, один мажоритарный кредитор подавляет и должника, и миноритарных кредиторов. Но, несмотря на это, в каждом конкретном деле он может, проиграв тактически, выиграть в той системе, где как мажоритарный кредитор он решал бы все. То есть сегодня вы мажоритарный кредитор, а завтра уже миноритарный или, возможно, вообще должник. Поэтому есть смысл найти компромиссный, усредненный вариант урегулирования ситуации, который смог бы подойти многим.

— **А какие именно меры могут мотивировать должника на самостоятельное и своевременное обращение к реабилитационным процедурам?**

— К примеру, в версии законопроекта по состоянию на осень прошлого года его мотивировало то, что он может сохранить менеджмент, преодолеть волю кредиторов и спасти бизнес. То есть он имел возможность сразу ввести процедуру реструктуризации в надежде на то, что удастся удержать управление бизнесом в своих руках, или уговорить кредиторов, или преодолеть их вето и сохранить бизнес. Это был серьезный мотив для того, чтобы начинать действовать самому, не дожидаясь,

когда нагрянут кредиторы. К сожалению, действующей редакцией этот стимул выхолощен. Зато сегодняшняя редакция предоставляет должнику право самостоятельно подавать заявление о реабилитации, что может предупредить дешевую продажу его бизнеса. Как правило, продажа бизнеса самим должником осуществляется справедливо, а вовсе не по той цене, которую предлагают кредиторы.

К тому же готовящийся законопроект предусматривает введение института моратория для кредиторов. В том случае, если имеется заявление со стороны должника о его реабилитации, в плане его финансового оздоровления стороны могут согласовать решение о моратории (отсрочке, в период действия которой кредиторы не имеют права предъявить к должнику требования). Причем это соответствует и действующему закону, является его неотъемлемым элементом. Если бизнес не может уплатить все свои долги сейчас, то единственный способ спасти его — это сделать так, чтобы сейчас он не должен был все их выплачивать. Любой план спасения бизнеса, любой план урегулирования финансовых затруднений — это того или иного размера скидка с долга, в том числе в виде отсрочки. Это неизбежно, и действующий закон это предусматривает. Другое дело — ввести реабилитационную процедуру, но для нее имманентна скидка с долга, в том числе в виде отсрочки. По-другому просто не может быть. Должник не может сейчас уплатить все, значит, он должен уплатить не сейчас и не все.

### **— Повлечет ли за собой введение процедуры реструктуризации какие-либо качественные изменения в работе арбитражных управляющих?**

— Конечно, для них непривычно заниматься реабилитацией. Это не удивительно — новый институт в стране, где долгое время был только конкурс. Рабочие реабилитационные процедуры пока понять трудно, но, думаю, со временем разберемся. Еще пару лет назад слово «крэмдаун» не знал даже средний банкротный юрист, а сейчас в России резко возросло количество людей, которые понимают его значение. Благодаря нашей с вами встрече их количество, наверное, еще увеличится. То есть ситуация меняется.

### **— А что вы думаете о тех изменениях, которые произошли в жизни арбитражных управляющих накануне нового года?**

Ничто на земле не проходит бесследно... А потому извините, ребята, но, если вы с 2002 года вместо саморегулирования занимаетесь «самонерегулированием», государство вряд ли останется безучастным к этому. Сигналы были давно. Я помню, какая негативная реакция была на Постановление Пленума ВАС РФ, в котором было сказано, что суд может по своей инициативе отстранить управляющего, и руководитель союза СРО даже грозил нам Конституционным Судом. Это был сигнал. Потом был еще сигнал законодателя: исключили из одной СРО — значит, три года нельзя вступать в другую. Но все это в целом осталось без внимания. Я не могу не признать, что некоторые СРО существенно продвинулись

в вопросе действительно реального контроля внутри себя, но глобально ситуация не изменилась, и государство устало от того, что не происходит нормального очищения рядов управляющих.

### **— Закон о банкротстве физических лиц действует уже несколько месяцев. Можно ли говорить о каких-то его плюсах и минусах, или еще рано?**

— Рано, наверное. Первая проблема, о которой я сказал, связана с управляющими. Из-за недостаточной финансовой мотивации они с неохотой соглашаются на ведение дел. Это можно было предвидеть. Вторая проблема — банкротство общего имущества супругов. Жизнь показала, что уклонение от обсуждений процедуры банкротства общего имущества супругов невозможно. Это необходимо обсуждать. Очень радует то, что хотя бы один суд — Новосибирский — уже ввел процедуру банкротства общего имущества мужа и жены. Но о каких-либо других тенденциях говорить пока рано. Никаких полноценных процедур еще не проведено, не накоплено достаточно материала. Вообще очень радует то, что вскрылся этот большой нарыв, который назревал в течение двадцати лет и даже больше — с 1992 года. Я имею в виду ситуацию с банкротством граждан. Двадцать три года мы жили в условиях рыночной экономики, а закона о банкротстве граждан не было.

Сегодня особую трудность вызывает вопрос, связанный с банкротством иностранных граждан в России. Подобные прецеденты уже имеются, и надо сказать, что закон как-то не очень помогает суду в решении этих споров. Есть лишь правило о том, что решения иностранных судов могут быть признаны на основе взаимности. Так что мне игнорирование трансграничного банкротства кажется уже просто нетерпимым.

### **— Полагаете, это следующий закон, который нам необходим, или глава в законе?**

— Я считаю, что, как у американцев или немцев, отдельная глава в законе должна быть посвящена трансграничным аспектам, то есть хотя бы минимально давать ответы на вопросы о том, можем ли мы банкротить иностранца или нет, какое право для этого применимо. По моим сведениям, этим сейчас никто не занимается. Был проект по трансграничному банкротству, но его признали нецелесообразным. Радует только то, что сейчас, во-первых, нарабатывается практика, суды все-таки вынуждены решать такие вопросы. Во-вторых, какое-то обсуждение уже происходит в доктрине.

То есть нельзя говорить, что все попытки напрасны. Конечно, есть вещи, которые не удались. Но прежде всего пока не удалась главная парадигма — сдвинуть фокус с чисто технологически инструкционного исполнения на экономическую эффективность. Думаю, со временем это придет. Нельзя же все сделать быстро.

*Полная версия интервью и видеointerview с Олегом Зайцевым опубликованы на сайте: [www.legalinsight.ru/nujno-preodolet-pravilo-klassicheskogo-konkursa-kreditory-reshayut-vse/](http://www.legalinsight.ru/nujno-preodolet-pravilo-klassicheskogo-konkursa-kreditory-reshayut-vse/)*



**ИВАН РЫКОВ,**  
арбитражный управляющий

## *Арбитражный управляющий — один против всех*

В России сегодня существует предубеждение, что арбитражный управляющий обязательно злоупотребляет своими полномочиями. Давайте разберемся, откуда оно возникло. Начнем с полномочий арбитражных управляющих. Они, на первый взгляд, очень широки, но при этом во всех аспектах ограничены Законом о банкротстве. Любые отступления от правил влекут штрафы и дисквалификацию. Вторая причина возникновения предубеждения — тот факт, что арбитражному управляющему приходится зачастую действовать в конфликтной ситуации, когда кредиторы пытаются перетянуть одеяло на себя. И поэтому он всегда кому-то неуютен, а иногда неуютен всем.

**П**ричина возникновения злоупотреблений кроется в том, что закон не обеспечивает реальной независимости арбитражного управляющего. Влиять на него могут и кредиторы, и государственные органы, и сам должник. Возникает ситуация, в которой арбитражному управляющему приходится, с одной стороны, лавировать между различными противоречивыми интересами, а с другой — стараться максимально соблюдать закон.

Как правило, самыми недовольными в процедуре банкротства оказываются кредиторы и ФНС. Ведь арбитражный управляющий олицетворяет должника. И кредиторы зачастую в нем видят врага, который препятствует им в погашении требований. Для того, чтобы отстранить арбитражного управляющего от исполнения обязанностей, нужно доказать, что он совершил грубое нарушение Закона о банкротстве либо ущемил права и законные интересы лиц, участвующих в деле. Наиболее часто причинами отстранения становятся вопросы, связанные с оспариванием сделок, с поиском или затягиванием процедуры поиска имущества, причинением убытков кредиторам.

### **Арбитражный управляющий — юрист или менеджер?**

Все арбитражные управляющие делятся на две категории: первая имеет экономическое образование,

вторая — юридическое. Вторые не стремятся быть управленцами, и отчасти правы. Да, изначально задумывалось, что арбитражный управляющий должен выводить предприятие из кризиса, но Закон о банкротстве в последней редакции — это свыше 500 страниц текста мелким шрифтом. И это без учета громадного объема разъяснений судебных инстанций, судебной арбитражной практики, постановлений правительства, приказов регулирующего органа. Фактически, объем юридических знаний, которыми должен обладать арбитражный управляющий во всех отраслях права, превышает возможные пределы даже для юристов. К сожалению, этот объем не позволяет многим арбитражным управляющим изучать дополнительно еще и менеджмент, экономику.

Многие эксперты отрасли приходят к выводу, что антикризисный управляющий и арбитражный управляющий — это две разные профессии. Арбитражный управляющий — это человек, который оформляет процедуру банкротства, а задача антикризисного управляющего уже в управлении предприятием.

Мне представляется правильным порядок, при котором на крупных действующих предприятиях назначались бы и арбитражный, и антикризисный управляющие. Оптимально, когда у арбитражного управляющего есть два образования — и экономическое, и юридическое. Это очень помогает в работе, поскольку в любом случае арбитражный

управляющий фактически ответствен за ведение бухгалтерского учета в организации, он должен планировать финансовые потоки: работать с банками, изучать финансовые документы. На курсах арбитражных управляющих специалисты прослушивают лекции объемом 500 часов, но все эти знания поверхностны. И второе образование — это личный выбор каждого.

## О вознаграждении арбитражных управляющих

За последние два года стала заметна явная диспропорция между рисками и вознаграждением арбитражных управляющих. Теперь ни один из нас не может себе позволить без глубокого предварительного анализа согласиться на проведение процедуры банкротства. Например, если рассматривать принятые поправки в Закон о банкротстве касательно физических лиц. Главная претензия профессионального сообщества к нему — вопрос вознаграждения. За один-два года работы арбитражному управляющему положено 10 тысяч рублей и 2% от стоимости активов должника (которых обычно нет). Поэтому сейчас более половины физических лиц-банкротов просто не могут найти арбитражных управляющих. Вторая половина покупает услуги по банкротству в «пакете юридических услуг», и стоимость этого пакета

на порядок выше. Потерять статус арбитражного управляющего из-за неадекватного должника — непозволительная роскошь. Обязанности брать любого должника, который к нему обратится, у управляющего нет. Необходимо вводить систему, при которой размер вознаграждения зависит от суммы долга гражданина. Либо проводить некоторые процедуры не силами арбитражных управляющих, а какого-либо государственного органа, например, подразделения службы судебных приставов.

## О дисквалификации

Изменения в законодательстве о банкротстве, которые вступили в силу с 2016 года, позволяют дисквалифицировать арбитражного управляющего за две орфографические ошибки. Если мы посмотрим статью 14.13 Кодекса об административных правонарушениях (неправомерные действия при банкротстве), то обнаружим интересную формулировку: «Повторное совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 3 настоящей статьи, если такое действие не содержит уголовно наказуемого деяния, влечет дисквалификацию должностных лиц на срок от шести месяцев до трех лет». Получается, что после второго нарушения, причем в течение трех лет, а не года, как это было ранее, арбитражный управляющий подлежит дисквалификации.



За какие именно нарушения? За нарушение Закона о банкротстве. А в это понятие теоретически входит даже допущенная орфографическая ошибка в публикации. Полагаю, что нужно разделять формальные нарушения, не влекущие последствий для участников процедуры, и нарушения, которые повлекли причинение убытков. За вторую категорию положена дисквалификация, а вот за первую — вряд ли.

## Дефицит управляющих

Говорить о повышении эффективности деятельности арбитражных управляющих необходимо только с позиции внесения системных поправок в Закон о банкротстве. Сегодня уже возник определенный дефицит кадров, и он будет расти, поскольку при таком уровне ответственности многие арбитражные управляющие будут вынуждены уйти из профессии. Еще одна причина дефицита кадров — падение престижа профессии практически до минимального уровня. Эта проблема перестанет быть актуальной, как только повысится общий профессиональный уровень арбитражных управляющих. Для этого нужно, чтобы они постоянно повышали квалификацию, ценили свою профессию, заботились о своей репутации. Но пока, к сожалению, происходит обратный процесс. Престиж падает также потому, что СМИ не освещают положительные достижения арбитражных управляющих; как они борются с недобросовестными должниками, с выводом активов, как привлекают собственников и менеджмент должника к субсидиарной ответственности.

## Выбор арбитражного управляющего

В прошлом году был принят закон 482-ФЗ, который лишил должника, как заявителя по делу о банкротстве, права предлагать кандидатуру арбитражного управляющего. То есть кандидатура должна по задумке законодателей назначаться с помощью определенного механизма по принципу рулетки. В то же время право выбора арбитражного управляющего сохранили кредиторы. Это привело к резкому увеличению «прокредиторских» процедур. Мне кажется, что идея лишения должника возможности выбирать арбитражного управляющего неверна. Для должника банкротство — это инструмент защиты в тяжелой финансовой ситуации. Не совсем понятно, почему должник лишен выбора арбитражного управляющего как средства защиты от кредиторов в рамках законных процедур банкротства. Как должник должен получить квалифицированного арбитражного управляющего, если он, например, хочет восстановить платежеспособность? В такой ситуации любое антикризисное управление обречено на провал.

## Розыск имущества должника или розыск ошибок

Арбитражный управляющий не меньше, чем кредиторы, заинтересован в поиске имущества. Ведь его вознаграждение рассчитывается от полученных денег. Но часто возникают ситуации, когда он боится идти до конца. Почему? Причина в том, что в Законе о банкротстве позиции кредитора в лице налоговой службы и Росреестра как контролирующего

органа зачастую сводятся к формальному контролю. Получается, что ответственность за формальное неисполнение каких-то обязанностей, например, несвоевременное опубликование сведений в Едином федеральном реестре сведений о банкротстве, гораздо выше, чем за принятие эффективных действий по розыску имущества.

Реально говорить об эффективности поиска имущества не всегда возможно. Хотя и такие примеры есть, особенно когда инициатива банкротства идет со стороны кредиторов. При этом арбитражный управляющий несет риски, связанные с привлечением контролирующих лиц к ответственности, с расходами на возврат имущества. В данной ситуации его решения практически не защищены, поскольку они принимаются в данный момент, то есть в ситуации частичной правовой и информационной неопределенности, а вот оценивают их в судебном порядке, например, через год, когда все уже понятно, так сказать, задним умом.

## Методы воздействия на арбитражного управляющего

Эффективный инструмент по воздействию на арбитражных управляющих — это жалобы: в суд, в Росреестр, в СРО. Но зачастую многие кредиторы этим злоупотребляют, фактически лишая арбитражного управляющего возможности действовать эффективно. При этом обосновать нарушение прав мелкого кредитора практически невозможно, поскольку он в любой ситуации практически ничего не получил бы.

Мне известны такие процедуры, когда кредиторами — отдельными физическими лицами — подавалось несколько сотен жалоб на действия арбитражного управляющего. Единственный инструмент, который ограничивает кредиторов, — это финансы. Потому что на лицо, которое подало жалобу и не смогло доказать нарушение в суде, арбитражный суд вправе возложить судебные расходы. Я рекомендую арбитражным управляющим активно пользоваться этим инструментом, в том числе когда подают жалобы налоговой инспекция и банки.

Еще более эффективным инструментом для решения противоречий между арбитражным управляющим, кредиторами и другими лицами, участвующими в деле, я считаю зарождающийся институт медиации. Процедура медиации предполагает, что арбитражный управляющий и кредитор, к примеру, сядут за стол переговоров. И в процессе выяснят, что, по мнению кредитора, арбитражный управляющий не сделал или сделал неправильно. В результате кредитор получит результат быстрее, чем после нескольких судебных инстанций обжалования. Особенно перспективна тема медиации с налоговой службой. Эта процедура может способствовать существенно сокращению количества жалоб и заметному повышению эффективности работы арбитражного управляющего, а также снижению судебных расходов, связанных с администрированием процедур банкротства. В перспективе, на мой взгляд, такой инструмент необходимо вводить в постоянную практику. Ведь конфликт различных интересов присущ самой процедуре банкротства, но вот один из наиболее эффективных механизмов его разрешения в законе отсутствует.





**ОЛЬГА КАРПОВА,**  
партнер Forward Legal

## Субсидиарная ответственность или взыскание убытков?

Норма о возможности привлечь к субсидиарной ответственности лиц, контролирующих должника, существует в Законе «О несостоятельности (банкротстве)» с 2009 года, но активно применять ее стали только в последние пару лет. В связи с экономическим кризисом и значительным ростом числа банкротств можно предположить, что в ближайшие годы практика привлечения к субсидиарной ответственности будет значительно расширена. Зачастую кредиторам ясно, что имущественное состояние владельцев компании банкрота позволяет погасить все долги перед кредиторами. Как ясно и то, что само благосостояние владельцев бизнеса — это следствие «перетекания» активов компании банкрота в личное имущество владельцев.

### Главные вопросы

Субсидиарная ответственность — исключение из правил об ограничении ответственности участников/акционеров и обособленности имущества участников от имущества юридического лица. Основанием для введения такого исключения в закон стали действия лиц, формально или фактически контролирующих компанию. Нередко они своими действиями и решениями приводят компанию к банкротству и тем самым причиняют кредиторам ущерб. Субсидиарная ответственность — один из способов компенсации потерь кредиторов, понесенных в результате недобросовестных действий контролирующих лиц.

Прежде чем предъявлять в суд требование о возмещении потерь кредиторов контролирующими лицами, кредитор или арбитражный управляющий должны ответить на несколько вопросов, от ответа на которые зависит, с каким иском обращаться к контролирующим лицам:

о субсидиарной ответственности или об убытках. Первый из них: лица, которые могут быть привлечены к ответственности, контролируют должника формально или фактически? Второй: если лица контролируют должника формально, какие именно их действия повлекли банкротство должника? Можно ли сейчас оспорить те сделки, которые совершили данные лица, и можно ли в результате оспаривания вернуть в конкурсную массу имущество должника или его адекватный денежный эквивалент? Третий вопрос: если должника контролировали фактически (формальный контроль осуществляли номинальные директора и акционеры), то какие доказательства можно представить в суд, чтобы доказать наличие фактического контроля?

С лицами, формально контролирующими должника, все довольно понятно. В самом законе содержится презумпция того, что действия этих лиц повлекли банкротство должника, если:

- их действиями «причинен вред имущественным правам кредиторов», то есть требования кредиторов не могут быть полностью удовлетворены за счет конкурсной массы;
- лица, ответственные за ведение бухгалтерского учета должника, отражали в учете недостоверную информацию о состоянии должника и тем самым затруднили формирование и реализацию конкурсной массы.

При наличии данных обстоятельств у кредиторов и управляющего есть высокие шансы как привлечь указанных лиц к субсидиарной ответственности, так и взыскать с них убытки, причиненные должнику.

## Фактические владельцы

А вот с лицами, контролировавшими должника фактически, все значительно сложнее. В первую очередь необходимо представить суду неоспоримые доказательства того, что привлекать к субсидиарной ответственности надо не тех, кто значится в Едином государственном реестре юридических лиц или реестре акционеров в качестве директора/акционера/участника, а тех, кто де-факто руководил их деятельностью. Нередко кредиторы знают, что фактическое руководство должником осуществляют совсем не те лица, которые являются формальными руководителями или участниками. Как доказать это суду?

В подавляющем большинстве случаев деятельность лиц, фактически контролирующих должника, оставляет следы. Для того чтобы знать, где их искать и как представлять суду доказательства «фактического контроля», кредитору необходимо определить, к какой из двух групп принадлежит ваш потенциальный оппонент.

Первая группа — это те, кто всегда, даже когда дела шли хорошо, формально не имели никакого отношения к должнику. Они не входили в органы управления, не являлись участниками или акционерами, скрывались за холдинговыми структурами и номинальными директорами. Но они всегда присутствовали в жизни бизнеса: участвовали в переговорах, согласовывали сделки, давали указания органам управления, принимали на работу ключевых сотрудников и согласовывали условия их труда.

Вторая группа — это те, кто попытался скрыться от субсидиарной ответственности в ситуации, когда у бизнеса возникли проблемы. В этот период они обычно покидают должность генерального директора, продают свои доли или акции номинальным держателям, перестают участвовать в заседаниях органов управления компании, выпускают пресс-релизы о том, что отходят от дел и продают бизнес, и так далее. Однако никуда из жизни должника не уходят: продолжают давать указания новому директору, руководить сотрудниками, присутствовать на переговорах, пользоваться имуществом должника. В зависимости от того, к какой из двух групп относится фактический руководитель, необходимо подбирать для суда доказательства, необходимые и достаточные для его привлечения к субсидиарной ответственности.

В ситуации, когда лицо скрывалось за структурой холдинга и формально никогда не имело отношения к управлению должником, доказательства должны быть иными. Очень часто в такой ситуации основными доказательствами становятся свидетельские показания<sup>1</sup>, электронная переписка и даже смс-сообщения. С их помощью можно убедить суд в том, что некто является фактическим руководителем, так как он:

- участвовал в рабочих совещаниях должника и согласовывал условия заключения сделок и направления деятельности компании;
- участвовал в переговорах от лица компании;
- ставил свою визу на управленческих документах компании<sup>2</sup>;
- участвовал в найме ключевых сотрудников должника, согласовывал условия их работы, принимал решение об их увольнении;
- у данного лица был рабочий кабинет в офисе должника, он пользовался служебным авто и иным имуществом должника без каких-либо формальных оснований<sup>3</sup>;
- данное лицо пользовалось корпоративным телефоном и ноутбуком, компания оплачивала интернет дома у лица, на почту приходили документы о деятельности компании<sup>4</sup>.

Если фактическое руководство осуществлялось через многоступенчатую холдинговую структуру, не стоит исключать возможности получения показаний иностранных номинальных акционеров и директоров. Как показывает практика, они совсем не склонны скрывать тех, в чьих интересах они действуют<sup>5</sup>. В ситуации, когда руководитель или акционер начали менять структуру управления бизнесом незадолго до банкротства, такими доказательствами могут быть:

- карточки с образцами подписи, которые очень часто не переформируются на нового руководителя<sup>6</sup>;
- сведения о контрагентах должника и их руководителях; подчас бывшие генеральные директора должника являются одновременно директорами/владельцами тех компаний, в пользу которых совершаются предбанкротные сделки;
- заявления, ходатайства, доверенности, которые продолжает подписывать прежний руководитель<sup>7</sup>;
- подтверждение факта, что старый руководитель не передавал документацию, печати и штампы общества новому<sup>8</sup>;

<sup>1</sup> Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.07.2015 № 17АП-5009/2013-ГК по делу № А60-25473/2010.

<sup>2</sup> Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2014 по делу № А56-57273/2010.

<sup>3</sup> Перечисленные критерии послужили основанием для привлечения к ответственности в «Деле Пугачева»: Определение Арбитражного суда города Москвы от 30.04.2015 по делу № А40-119763/2010.

<sup>4</sup> Такой случай имел место в практике судов Великобритании: Richard Hirst v HMRC [2014] UKFTT 924-29 September 2014.

<sup>5</sup> Решение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29.12.2014 по делу № А56-55287/2014.

<sup>6</sup> Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 23.06.2014 по делу № А38-4589/2011.

<sup>7</sup> Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 08.04.2014 по делу № А78-7934/2010.

<sup>8</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.08.2015 № Ф07-5729/2015 по делу № А56-28988/2012; Постановление Тринадцатого арбитражно-

- записи в ЕГРЮЛ; как это ни удивительно, но бывают ситуации, в которых прежние генеральные директора стараются доказать, что перестали контролировать общество, представляя в суд протоколы об их отстранении от должности, тогда как никаких записей в ЕГРЮЛ о смене руководителя не внесено<sup>9</sup>;
- протоколы общих собраний участников: в одном из дел бывший участник общества пытался доказать отсутствие своей последующей связи с обществом, представив в качестве доказательства протокол общего собрания участников, в котором он был обозначен как «бывший участник общества». Однако сам факт участия в общем собрании и решение собрания о распределении прибыли в пользу этого лица стали для суда определяющими для привлечения к ответственности<sup>10</sup>.

После того как кредитор или арбитражный управляющий определили лицо, фактически контролирующее должника, и собрали доказательства такого контроля, необходимо определить, какое именно требование предъявлять к данному лицу: взыскивать с него убытки, причиненные обществу, или требовать привлечения к субсидиарной ответственности? При решении данного вопроса необходимо понимать, что каждый вариант имеет свои плюсы и минусы. Рассмотрим их подробнее, используя следующие критерии сравнения: необходимость доказывания размера причиненного ущерба; сложность доказывания вины; скорость рассмотрения требований; возможность применения обеспечительных мер; размер ответственности.

### Необходимость доказывания размера причиненного ущерба

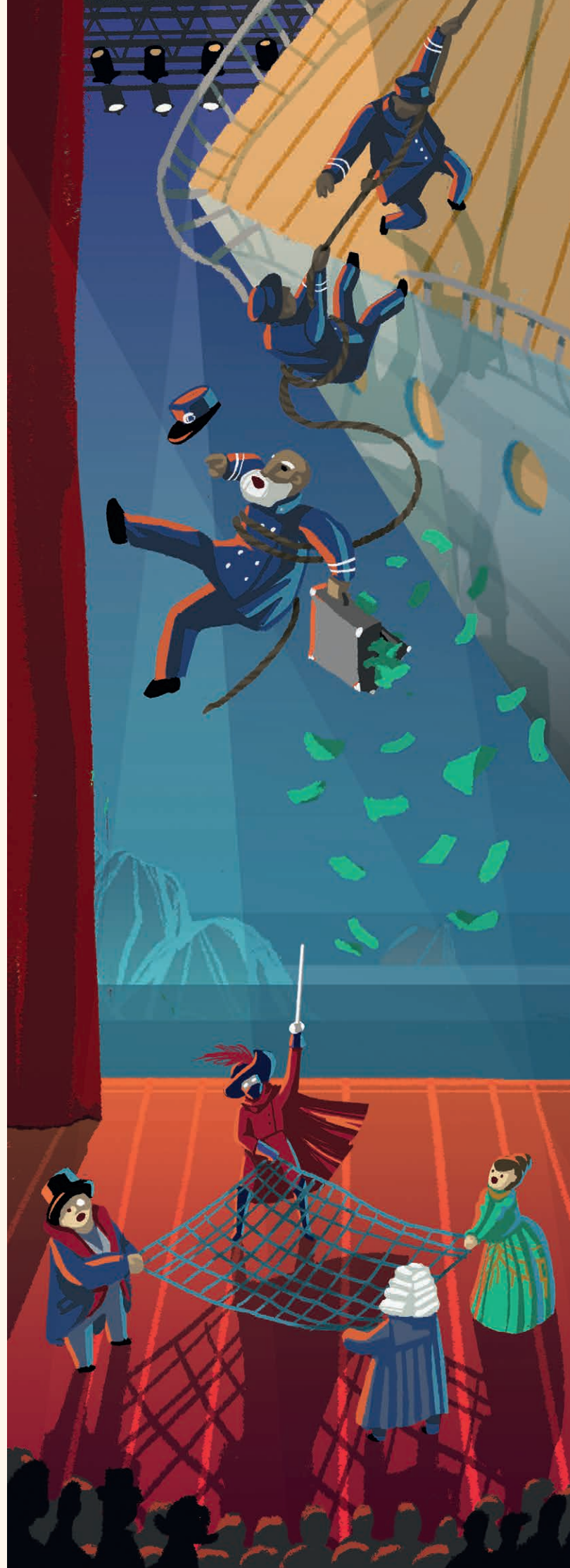
Если заявитель использует норму об убытках, то он должен доказать размер причиненного должнику ущерба. При наличии доказательств, подтверждающих размер убытков, логично воспользоваться нормой об убытках. Например, если размер убытков подтверждается вступившим в силу решением суда об оспаривании сделки, и суд установил, что сделка по отчуждению имущества на определенную и подтвержденную судом сумму была по факту безвозмездна.

Если у кредитора или арбитражного управляющего нет возможности доказать суду размер ущерба, разумнее воспользоваться нормой о субсидиарной ответственности. В случае привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности размер причиненного ущерба доказывать не надо: размер субсидиарной ответственности равен сумме требований кредиторов, не удовлетворенных за счет конкурсной массы в связи

<sup>9</sup> апелляционного суда от 05.03.2015 № 13АП-616/2015, 13АП-990/2015 по делу № А56-77944/2012/32.

<sup>9</sup> Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 26.11.2013 по делу № А79-7577/2010.

<sup>10</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.08.2015 № Ф07-5729/2015 по делу № А56-28988/2012.



с ее недостаточностью, и будет определен судом по окончании расчетов с кредиторами.

## **Доказывание вины контролирующего лица**

В случае обращения с требованием об убытках, заявитель обязан доказать вину контролирующего лица в причинении убытков и причинно-следственную связь между виновными действиями лица, фактически контролировавшего должника, и возникшими убытками. Бремя доказывания названных обстоятельств полностью лежит на заявителе (конкурсном кредиторе или арбитражном управляющем). Это обстоятельство очень часто препятствует успешной реализации такого способа защиты.

При заявлении требования о субсидиарной ответственности кредитору или управляющему проще: Законом о банкротстве установлена презумпция вины контролирующего лица в доведении должника до банкротства. Сейчас заинтересованные лица обязаны доказать только факт причинения вреда имущественным интересам кредиторов. После чего контролирующее лицо, чтобы избежать ответственности, обязано доказать добросовестность и разумность своих действий или представить альтернативные причины возникновения у должника убытков. Подобное распределение бремени доказывания делает требование о привлечении к субсидиарной ответственности очень эффективным способом защиты интересов кредиторов.

## **Скорость рассмотрения требований**

Заявление об убытках может быть подано в любой промежуток времени после того, как суд начал процедуру банкротства. При предъявлении данного требования необходимо лишь учитывать вопрос об общем сроке исковой давности. Суд не должен дожидаться окончания расчетов с кредиторами и может удовлетворить подобный иск на любой стадии банкротства.

С требованием о привлечении к субсидиарной ответственности необходимо обратиться до завершения конкурсного производства, но не позднее одного года с момента, когда лицо узнало или должно было узнать о наличии оснований для привлечения к субсидиарной ответственности. Следует отметить, что кредитору или арбитражному управляющему не требуется ждать завершения расчетов с кредиторами для того, чтобы обратиться с данным требованием. Суд должен принять заявление и приостановить производство до определения размера ответственности, то есть по сути до завершения расчетов с кредиторами. Суд должен разрешить вопрос о привлечении лица к ответственности до завершения расчетов с кредиторами, а после завершения таких расчетов определить размер ответственности.

## **Возможность применения обеспечительных мер**

По заявлению о взыскании убытков у заявителя больше шансов на удовлетворение требования о принятии обеспечительных мер. Размер убытков определен в требованиях.

Следовательно, легко выполняется условие о соразмерности требования и налагаемых мер. Удовлетворить требования суд может вне зависимости от стадии банкротства. Следовательно, не возникает вопрос о преждевременности принятия обеспечительных мер. Принятие обеспечительных мер по искам о взыскании убытков является распространенной практикой.

Заявителю требования о привлечении к субсидиарной ответственности сложнее получить обеспечительные меры. До окончания расчетов с кредиторами невозможно определить размер субсидиарной ответственности. Следовательно, условие соразмерности требований и обеспечительных мер не выполняется. Данное обстоятельство может существенно затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда о привлечении лица к субсидиарной ответственности. Без обеспечительных мер лицо, фактически контролировавшее должника, может без труда скрыть свое имущество от взыскания.

## **Размер ответственности**

Размер взыскиваемых убытков не связан с размером ущерба, который причиняется кредиторам при доведении должника до банкротства. Если должник набрал долгов на сумму, превышающую стоимость его активов, а потом продал активы по заниженной цене, размер убытков будет ниже размера субсидиарной ответственности. Убытки будут рассчитываться исходя из разницы между рыночной и заниженной стоимостью имущества. Размер субсидиарной ответственности может быть как больше, так и меньше размера убытков, причиненных должнику. Он равен совокупному размеру требований кредиторов, оставшихся непогашенными по причине недостаточности имущества должника.

Активное развитие судебной практики о привлечении лиц, фактически контролирующих должника, к субсидиарной ответственности — отличная новость для кредиторов. Сложность поиска лиц, фактически контролировавших должника, доказывания того, что именно эти лица должны быть привлечены к субсидиарной ответственности, не должны удерживать кредиторов и управляющих от использования института субсидиарной ответственности. Тем более, что суды все более либерально подходят к расширению списка используемых доказательств и критериям их оценки.

Несмотря на множество плюсов привлечения к субсидиарной ответственности, кредиторы и арбитражные управляющие все же должны помнить, что в ряде случаев эффективнее требовать взыскания убытков, причиненных должнику. Например, из-за скорости взыскания или возможности принятия мер обеспечения, препятствующих сокрытию активов виновного лица. До предъявления каких-либо требований необходимо тщательно проанализировать информацию о состоянии активов и пассивов должника, оценить состав и качество имеющихся доказательств в отношении контролирующих лиц, получить сведения об их активах и только после этого определить способ защиты.



**АНАСТАСИЯ МАЛЮКИНА,**  
юрист Forward Legal



**ЕКАТЕРИНА БИБИКОВА,**  
юрист Forward Legal

## «Арестантский» залог и третейское соглашение в банкротстве

Относительно недавно юристы, занимающиеся банкротством, столкнулись с тем, что суды демонстрируют совершенно разные подходы при разрешении некоторых вопросов. Первый из них касается применения в рамках банкротства норм об «арестантском» залоге. Второй – возможности рассмотрения спора в третейском суде в ситуации, когда лицо, предъявляющее требование, признано несостоятельным.

### «Арестантский» залог

Согласно п. 5 ст. 334 ГК РФ, лицо, в интересах которого наложен запрет на распоряжение имуществом, обладает правами и обязанностями залогодержателя в отношении этого имущества с момента вступления в законную силу судебного решения об удовлетворении требования такого лица. Данная конструкция, в литературе иногда именуемая «арестантским» залогом, менее чем за два года применения успела породить немало вопросов не только теоретического, но сугубо практического свойства. Например, следующие:

- дает ли залог, установленный в порядке п. 5 ст. 334 ГК РФ, право на признание залоговым кредитором в случае банкротства должника;
- и если да, не препятствуют ли специальные нормы Закона О банкротстве установлению этого приоритета. В частности, как быть, если ограничение в отношении имущества должника было наложено до введения специальных процедур в рамках банкротства, а судебный акт об удовлетворении требований вступил в законную силу уже после.

Вопрос о предоставлении в рамках дел о банкротстве залогового приоритета в силу п. 5 ст. 334 ГК РФ кредиторам, в чьих интересах установлен арест имущества должника, вызвал оживленные дискуссии. Суды по данному вопросу пока не пришли к единому мнению. По делу № А60-19816/2014 АС Уральского округа (постановление от 15.12.2015) обосновал невозможность применения п. 5 ст. 334 ГК РФ в рамках банкротства. По мнению суда, названная норма устанавливает приоритет удовлетворения требований кредитора только в рамках общей процедуры исполнения судебных актов, но не в банкротстве. Действительно, согласно Закону О банкротстве, введение наблюдения или открытие конкурсного производства является основанием для снятия ареста. После установления признаков банкротства начинают действовать специальные нормы об исполнении требований к должнику, которые призваны обеспечить равенство всех кредиторов. Следовательно, общий порядок исполнения судебных актов, в том числе п. 5 ст. 334 ГК РФ, применению не подлежит, а значит требования лиц, возникшие на основании п. 5 ст. 334 ГК РФ, не должны защищаться в приоритетном порядке как залоговые.

## **В**стречаются случаи, когда суды признают правомерным обращение истца-банкрота в арбитражный суд, несмотря на наличие действующего третейского соглашения. Обоснована ли подобная практика? Полагаем, что да, особенно учитывая те нарекания, которые сегодня вызывают качество работы и организация третейских судов, а также конфиденциальный характер третейского разбирательства

Но можно ли такое решение считать справедливым? Представляется, что нет. Во-первых, нельзя не учитывать, что ограничение действия п. 5 ст. 334 ГК РФ исключительно рамками общей процедуры исполнения судебных актов не зафиксировано на уровне закона. Во-вторых, установлению ареста всегда предшествуют активные действия кредитора, равно как и установлению залога на основании договора. В этой связи интересы кредитора по «арестантскому» и обычному залогу вполне сопоставимы и направлены на обособление определенной части имущества должника. Такое обособление возможно потому, что и залоговые кредиторы, и кредиторы, требующие установление ареста имущества должника, предпринимают активные меры к реальному исполнению обязательств должника, а значит должны на равных началах защищаться и в банкротстве, если закон такую возможность прямо не исключает.

Переходя к вопросу о соотношении п. 5 ст. 334 ГК РФ с нормами Закона О банкротстве и о возникновении «арестантского» залога в случае, если судебное решение вступило в силу после введения в отношении должника специальных процедур, в качестве примера можно привести постановление АС Поволжского округа от 17.09.2015 по делу № А55-27454/2014, в котором соответствующий вопрос был рассмотрен применительно к наблюдению. Суд кассационной инстанции применил п. 5 ст. 334 ГК РФ и признал требования кредитора, в чьих интересах был установлен арест имущества должника, залоговыми. При этом он отметил, что арест на имущество должника был наложен в порядке обеспечения иска, исполнительное производство в отношении должника не возбуждалось. Соответственно, введение наблюдения не привело к снятию ареста.

Одновременно суд подчеркнул, что залоговые права кредитора действительно возникли в силу закона, но с момента вступления в силу судебного акта об удовлетворении исковых требований. Другими словами, хотя арест был наложен до момента введения наблюдения в отношении должника, а судебное решение вступило в законную силу после, арест все равно перерос в залог, а значит, требования кредитора могут защищаться в приоритетном порядке. Следует, однако, отметить, что приведенное АС Поволжского округа

обоснование неприменимо в конкурсном производстве, открытие которого по общему правилу приводит к снятию всех ограничений в части распоряжения имуществом должника, а не только ограничений, наложенных в ходе исполнительного производства.

### **Третейское соглашение**

Третейское разбирательство обладает по сравнению с арбитражным процессом рядом особенностей, которые мотивируют стороны изменять подведомственность споров. Однако именно специфика третейского разбирательства ставит под вопрос возможность его использования в случае, когда сторона третейского соглашения, предъявляющая требование, признана банкротом.

Рассмотрим простой пример. А и Б, заключая договор, внесли в него третейскую оговорку. Так как Б не исполнил свои договорные обязательства, А намерен взыскать с контрагента образовавшуюся задолженность. Однако к этому моменту А признан банкротом, в отношении него открыто конкурсное производство. В какой суд (третейский или арбитражный) А должен направить исковое заявление?

Ответ кажется очевидным: раз есть третейское соглашение, которое не признано недействительным, спор должен быть разрешен в третейском суде. Если А проигнорирует существование соглашения и обратится в арбитражный суд, Б имеет полное право просить об оставлении искового заявления без рассмотрения. Тот факт, что истец находится в процедуре банкротства, — подчеркнули суды апелляционной и кассационной инстанций в рамках дела № А67-4741/2015<sup>1</sup>, — не освобождает его от обязанности соблюдать положения заключенного договора, в том числе касающиеся рассмотрения споров в третейском суде.

Такой подход, безусловно, защищает Б, который, подписывая договор, недвусмысленно выразил волю на передачу последующих споров в третейский суд. Но как быть конкурсным кредиторам А? Их требования подлежат удовлетворению за счет конкурсной массы, частью которой должна стать взысканная с Б задолженность. При этом конкурсные

<sup>1</sup> Постановление 7ААС от 07.10.2015, постановление АС Западно-Сибирского округа от 13.01.2016. См. также постановление ФАС Московского округа от 18.07.2014 по делу № А41-66081/13.

кредиторы не являются сторонами третейского соглашения и не участвуют в третейском разбирательстве. Хотя у них могут возникнуть вполне обоснованные сомнения в том, что третейское решение привело к максимально возможному наполнению конкурсной массы, их шансы добиться его отмены невелики<sup>2</sup>. Другими словами, рассмотрение спора в третейском суде может в значительной степени затронуть интересы названных лиц.

Неудивительно, что встречаются случаи, когда суды признают правомочным обращение истца-банкрота в арбитражный суд, несмотря на наличие действующего третейского соглашения<sup>3</sup>. Обоснована ли подобная практика? Полагаем, что да, особенно учитывая те нарекания, которые сегодня вызывают качество работы и организация третейских судов, а также конфиденциальный характер третейского разбирательства, ограничивающий доступ к материалам, послуживших основанием для вынесения третейского решения.

Одновременно следует учесть, что, несмотря на наличие третейского соглашения, требования, предъявленные к банкроту, подлежат рассмотрению в арбитражном суде. Конечно, это отличается от ситуации, в которой сам банкрот занимает процессуальное положение истца, однако есть между ними и кое-что общее: гражданско-правовой спор и его результаты перестают быть делом исключительно сторон и начинают затрагивать интересы таких специфических субъектов, как конкурсные кредиторы.

К сожалению, несмотря на складывающуюся практику, при наличии у должника третейского соглашения для конкурсных кредиторов пока нет однозначного решения. Даже если они убедят конкурсного управляющего обратиться в арбитражный суд, велика вероятность того, что исковое заявление будет оставлено без рассмотрения, а это, в свою очередь, может поставить под вопрос соблюдение срока исковой давности при предъявлении иска уже в третейский суд. В то же время активность в получении информации о ходе рассмотрения спора в третейском суде и постоянное взаимодействие с конкурсным управляющим могут помочь своевременно понять, не используют ли должник и его контрагент третейское разбирательство с целью уменьшения конкурсной массы, а также определить, насколько обоснованно было обращение именно в третейский суд, сопряженное, помимо прочего, с необходимостью оплатить третейский сбор.

<sup>2</sup> Вопрос о наличии у конкурсных кредиторов права оспаривать третейское решение является предметом отдельной дискуссии.

<sup>3</sup> Например, постановление 13ААС от 25.08.2015, постановление АС Северо-Западного округа от 19.10.2015 по делу № А56-86904/2014. Определением ВС РФ от 22.12.2015 № 307-ЭС15-16788 отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии ВС РФ.



## «Понятия «несостоятельность» и «банкротство» необходимо разделять»

Об оценке текущей редакции законопроекта о финансовом оздоровлении, о прокредиторской политике законодателя и ее влиянии на провозприменение, о поиске баланса между кредиторами и многим другим мы говорили с доктором юридических наук, профессором кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова Светланой Карелиной.

**— Какие механизмы или институты, по вашему мнению, нам нужно развивать на современном этапе для повышения эффективности банкротства?**

— Первый закон о банкротстве был принят в России в 1992 году, за ним последовали закон 1998-го и действующий закон 2002-го. Основная задача института банкротства в 1992 и 1998 годах состояла в том, чтобы удовлетворить требования кредиторов любыми способами. На практике единственным способом была продажа имущества должника с его последующей ликвидацией как субъекта права. Нам необходимо развивать механизм предупреждения банкротства. Я давно говорю о том, что действующий закон, хотя и носит название «О несостоятельности (банкротстве)», регулирует процедуру, которую мы привыкли называть «банкротство» — ликвидацию хозяйствующего субъекта. Понятия «несостоятельность» и «банкротство» необходимо разделять. Это не тождественные понятия. Ошибка нашего законодателя заключалась в объединении этих двух понятий в законе. Поэтому хозяйствующий субъект, попав в процедуру банкротства, неминуемо будет признан банкротом со всеми вытекающими последствиями — распродажей имущества и исключением его из единого реестра юридических лиц. Мы же говорим о том, что банкротство — это исключительный этап в жизни компании. Поэтому должно быть два совершенно различных типа правового регулирования: направленное на финансовое оздоровление компании и направленное на ликвидацию компании в том случае, когда восстановить платежеспособность должника уже невозможно.

**— Сейчас обсуждается законопроект о финансовом оздоровлении. Решает ли он известный конфликт кредиторов? Ведь известно, что если в составе имущества должника есть залоги, то залоговые кредиторы фактически**

**определяют процедуры банкротства. А так называемые облигационеры, попадающие в третью очередь, лишаются практически всего.**

— Знаменитый профессор Московского университета Габриэль Феликсович Шершеневич, маэстро в сфере банкротства, говорил, что конфликт интересов кредиторов — это главный конфликт в банкротном процессе. Что касается залоговых кредиторов, то в нынешней версии законопроекта о финансовом оздоровлении их права существенно ограничены. Законодатель осознанно пошел на этот шаг, поскольку сейчас он стремится сделать акцент на эффективном восстановительном механизме. Ни для кого не секрет, что залоговые кредиторы часто тормозили, а порою даже блокировали процесс реабилитации за счет того, что они имели возможность манипулировать фактом наличия у них имущества, основных активов должника, которые находятся под залогом. Поэтому в нынешней редакции законопроекта о финансовом оздоровлении круг прав залоговых кредиторов был сужен. Я считаю, что применительно к концепции реабилитации это оправдано.

**— Какова же ситуация с остальными группами кредиторов?**

— Основная задача — уравновесить права различных по своему статусу и месту в определении судьбы должника групп кредиторов. Нынешняя редакция законопроекта предусматривает совершенно новый механизм разделения кредиторов на классы в зависимости от требований. Например, класс требований кредиторов по обязательным платежам, по кредитным платежам, по требованиям, вытекающим из кредитных обязательств, и так далее. Этот механизм позволяет найти нужный баланс между различными группами участников. Но я думаю, что





у правоприменителя такой механизм может вызвать много вопросов. Например, норма, которая дает возможность заключить соглашение о досудебной реструктуризации долга. В рамках этого соглашения кредиторы между собой могут принять решение о том, чтобы отойти от принципа пропорциональности удовлетворения их требований в банкротном процессе. В таком случае удовлетворение происходит вне зависимости от размера требований и на основании оценочных категорий. Кредиторы принимают собственное решение, увеличивающее шансы одной группы кредиторов и, наоборот, уменьшающее шансы другой группы.

**— А что еще вызывает сомнения в готовящемся законопроекте о финансовом оздоровлении?**

— Я считаю, что основной недостаток этого законопроекта в том, что он не решает проблему возможного злоупотребления правами со стороны отдельных участников процесса. Хотя законодатель ужесточил требования к осуществлению деятельности арбитражных управляющих, у отдельных групп кредиторов и должника все еще остается шанс на то, чтобы воспользоваться своим правом, например должника, на введение реструктуризации долгов с возможными злоупотреблениями. Текущая редакция законопроекта оставляет слишком большое пространство

для всевозможных лазеек. Вторая проблема заключается в том, что текст проекта закона содержит очень много оценочных категорий.

**— Как вы считаете, должен ли судья, который специализируется на рассмотрении дел о банкротстве, обладать хотя бы основами экономических знаний?**

— Я с особым уважением отношусь к этой части судейского корпуса и думаю, что каждый из них имеет определенные навыки и познания в сфере экономики. Но, безусловно, очень хотелось бы, чтобы каждый судья, занимающийся банкротными делами, обладал экономическими знаниями. Это можно было бы реализовать с помощью введения, например, системы переподготовки или повышения квалификации судей. Знания в области экономики необходимы и при рассмотрении дел, связанных с банкротством физических лиц.

Есть масса вопросов, которые отданы на усмотрение арбитражного суда. Например, в законе появилось положение, в соответствии с которым судья может оценить деятельность арбитражного управляющего по своему усмотрению, в том числе и как выходящую из-под доверия суда. Судейское усмотрение — это неплохо, но здесь тоже должен быть определенный баланс. Для того чтобы понять, какой должна быть деятельность, которая не позволяет или исключает

возможность вызвать доверие у суда, необходимо выработать определенные критерии.

— **В свете того, что российские компании все чаще покупают активы за рубежом, на повестку дня выходит проблема трансграничного банкротства. Насколько те механизмы, которые сейчас существуют в российском законодательстве, ее решают?**

— В этой сфере у нас есть масса проблем. Чего только стоит проблема так называемого банкротного туризма, который сейчас все больше заявляет о себе, учитывая создание и развитие единого экономического пространства на постсоветской территории! Очень важна для российской правоприме-

— **По какому пути развития института банкротства идет Россия, учитывая те изменения, которые сейчас проводит законодатель? Это движение в сторону американской или европейской моделей банкротства?**

— Мне бы очень хотелось, чтобы это был именно наш собственный путь. Я не против того, чтобы использовать положительный иностранный опыт, который себя уже зарекомендовал, будь то европейский или американский. Но слепое копирование отдельных механизмов, как это у нас было с законом о банкротстве, не поможет нам создать реально действующий институт банкротства с рыночными элементами. В то же время, безусловно, есть интересные инструменты, которые можно было бы ис-

## **В последнее время наметилась тенденция внесения в закон изменений и дополнений отдельными траншами, которых, по подсчетам специалистов, было более пятидесяти**

нительной практики проблема приведения в исполнение решений иностранных судебных инстанций. Наш законодатель сейчас имеет в своем арсенале несколько способов правового регулирования трансграничной несостоятельности. Во-первых, это возможность ссылаться на международные соглашения и договоры, которые подписаны между государствами. Но учитывая, что у России в этой сфере не так много заключенных договоров, данный механизм недостаточно востребован. Во-вторых, это возможность применения принципа взаимности, которая закреплена в п. 6 ст. 1 действующего Закона о банкротстве. Но прежде чем использовать эту возможность, необходимо доказать наличие конкретных дел, реализованных в иностранном правовом порядке, где принцип взаимности был использован в отношении российских компаний. Поэтому действующее законодательное регулирование нуждается в коренном пересмотре, доработке.

— **Существует ли сейчас в России необходимость принятия нового закона о банкротстве?**

— России нужна своя концепция развития института несостоятельности (банкротства). В последнее время наметилась тенденция внесения в закон изменений и дополнений отдельными траншами, которых, по подсчетам специалистов, было более пятидесяти. Я думаю, что нам нужно остановиться, дать правоприменителю время для того чтобы поработать с теми положениями, которые были внесены в закон о банкротстве в 2015 году. И лишь затем начать выработать направления, по которым нужно двигаться дальше.

пользовать. Скажем, немецкое законодательство предусматривает механизм «переносного оздоровления», который уже успел себя хорошо зарекомендовать. Определенную попытку внедрения этого механизма предпринял наш законодатель, когда предусмотрел механизм замещения активов должника. Еще одна попытка сейчас предпринимается банковским сообществом для создания системы так называемых чистых банков — чистых кредитных организаций, которые могли бы оздоравливать «грязные банки», путем вот этого переносного механизма.

— **Это то, что сейчас называют «санированием банковской системы»? Когда здоровый банк получает финансирование от государства, чтобы оздоровить и сделать своей частью испытывающие сложности банки?**

— Да, и я поддерживаю эту идею. В американском законодательстве мне нравится система отбора арбитражных управляющих, которая использует метод случайного выбора. Сейчас эту модель пытаются внедрить в нашу правоприменительную практику, потому что она обеспечивает и гарантирует независимость арбитражных управляющих. Эти механизмы могут быть применимы в нашей практике и включены в законодательство.

*Видеоинтервью со Светланой Карелиной  
опубликовано на сайте: [www.legalinsight.ru/  
ne-stoit-lomat-institut-bankrotstva-videointervyu-so-svetlanoy-karelinoy/](http://www.legalinsight.ru/ne-stoit-lomat-institut-bankrotstva-videointervyu-so-svetlanoy-karelinoy/)*



ЕЛЕНА МОХОВА,

доцент кафедры международного права Российского государственного университета правосудия,  
государственный советник юстиции 3-го класса, канд. юрид. наук

## Трансграничные банкротства: вопросов больше, чем ответов

Если у должника есть иностранные кредиторы или активы за рубежом, банкротство приобретает связь с правовыми порядками нескольких государств и именуется трансграничной несостоятельностью. В такой ситуации при банкротстве велика вероятность применения права нескольких государств, что ставит перед юристами ряд дополнительных вопросов. В какой стране будет возбуждено производство по делу о несостоятельности? Какое право будет применимо, например, при установлении очередности требований кредиторов или при оспаривании сделок должника? Каков будет трансграничный эффект банкротства, получит ли оно признание за рубежом?

**И**ностранный элемент может «осложнять» банкротство по-разному: начиная от относительно простых случаев подчинения сделки должника праву другого государства и необходимости установления требований кредитора по такой сделке в отечественном банкротстве, заканчивая комплексными сложными ситуациями банкротства трансграничной группы лиц — экономически единой, но состоящей из компаний различной государственной принадлежности, где в отношении каждой из них возбуждено отдельное производство в своем государстве. Так, в одном из наиболее масштабных дел такого рода в отношении входящих в группу *Lehman Brothers* юридических лиц было открыто 75 производств в 16 юрисдикциях<sup>1</sup>.

Такая множественность производств (возможная как в отношении одного должника, так и в отношении разных должников, входящих в одну группу компаний) в отсутствие их координации, без возможности сотрудничества судов и арбитражных управляющих приводит к тому, что активы должника реализуются фрагментарно — в каждом из национальных

производств продается только та часть активов, что расположена на территории государства — места возбуждения дела о банкротстве. Это существенно снижает их стоимость. Причем проблема становится еще более актуальной, если эффективная эксплуатация таких активов возможна только при совместном их использовании, например, если речь идет о телекоммуникационных сетях, трубопроводном транспорте, совокупности патентов и т.д. — разрозненная продажа может их полностью обесценить.

### Доктрины

В течение всего XX века активно предпринимались попытки найти лучшее теоретическое решение для обозначенных проблем<sup>2</sup>. Появившееся множество концептов можно свести к двум магистральным: территориальность (в каждом государстве свое производство, охватывающее активы должника, расположенные на его территории) и универсализм (одно производство — одно право — один суд). Особую разновидность универсализма представляет концепт

<sup>1</sup> См. подробнее: Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. — Нью-Йорк, 2010. С. 34, 134, 135 // [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html) (дата обращения: 28.01.2016).

<sup>2</sup> См., например: *Buxbaum L. Rethinking International Insolvency: the Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory* // *Stanford Journal of International Law*. 2000. № 23; *LoPucki L.M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach* // *Cornell Law Review*. 1999. Vol. 84; *Westbrook J.L. A Global Solution to Multinational Default* // *Michigan Law Review*. 2000. Vol. 98.



контрактуализма (contractualism), согласно которому суд и право для процедуры банкротства должны определяться на основе выбора самим должником еще на стадии учреждения путем указания в уставе.

Очевидно, что некоординируемая множественность производств не эффективна, а единое производство в современных экономических и политических условиях не реально. Поэтому актуальными сегодня стали:

- вопросы обеспечения сотрудничества и взаимодействия производств, в случае если таковых возбуждено несколько в разных государствах (например, за рубежом практикуются совместные слушания двух судов различных государств, рассматривающих дела о банкротстве в отношении одного и того же должника или компаний, входящих в одну группу);
- вопросы признания иностранных банкротств с целью обеспечения единства коллективной процедуры и равного отношения ко всем кредиторам, но при условии соблюдения прав отечественных кредиторов (например, последние не должны быть в зарубежном банкротстве ограничены в доступе к активам должника, участие в зарубежном банкротстве не должно быть для них чрезмерным финансовым бременем и т.д.);
- вопросы признания не только ликвидационных, но и реабилитационных зарубежных процедур, предполагающих реструктуризацию долговых обязательств или освобождение от долгов.

### Как это работает за рубежом?

Механизм регулирования трансграничной несостоятельности, как правило, следующий (например, в Регламенте ЕС 2015/848 по делам о банкротстве<sup>3</sup>): государства

предусматривают, что может возбуждаться основное производство по делу о трансграничной несостоятельности, имеющее экстерриториальный эффект, и территориальные вторичные (дополнительные) производства, имеющие ликвидационную направленность и распространяющиеся только на имущество, находящееся на территории государства места их возбуждения. Вторичные производства позволяют защитить интересы отечественных кредиторов, сохраняя для них доступ к отечественным процедурам, «резервируя» имущество должника в соответствующем государстве. При этом предусматриваются механизмы взаимодействия производств, учета удовлетворенных требований кредиторов в различных государствах.

Основное производство возбуждается на основе центра интересов должника (center of main interests), известного в мировой практике как «COMI-стандарт». COMI может не совпадать с местом инкорпорации должника, если управление делами последнего осуществляется с территории другого государства и это очевидно его кредиторам. Критерий позволяет учитывать реальную тесную связь должника с правопорядком места банкротства (в отличие, например, от весьма формального критерия инкорпорации), обеспечивая при этом предсказуемость места банкротства для кредиторов. Вторичные производства могут быть возбуждены по месту истребования или предприятия должника (establishment), то есть там, где находится любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей, товары, услуги.

Применимое право определяется на основе повсеместно признанной коллизионной привязки *lex fori concursus* — применение права государства места возбуждения производства по делу. При этом устанавливаются и исключения из этого правила — те случаи, когда кредиторы вправе претендовать на применение права иного государства (вещные права, зачет встречных требований и др.).

<sup>3</sup> См., например: Регламент ЕС 2015/848 от 20.05.2015 по делам о банкротстве. Текст доступен на сайте <http://eur-lex.europa.eu> (дата обращения: 22.02.2016).

Наконец, устанавливаются эффективные механизмы признания иностранного основного производства в целях обеспечения оперативного трансграничного эффекта возбужденного дела о несостоятельности, где препятствием для признания выступает лишь противоречие публичному порядку или отсутствие юрисдикции у иностранного суда на возбуждение основного производства.

## Что происходит в России?

В России трансграничную несостоятельность обсуждают не в связи с крупными и громкими банкротствами трансграничных групп компаний, но в контексте проблем более локального характера:

- появления иностранного элемента или иной связи с иностранным правом в российском деле о банкротстве в виде, например, необходимости установления подчиненного иностранному праву требования кредитора или оспаривания подчиненных иностранному праву сделок должника, необходимости признания решения международного коммерческого арбитража и т. д. (назовем такие вопросы условно «банкротными»);
- рассмотрения российским судом дел и заявлений в связи с иностранным банкротством, а именно дел о признании иностранных судебных решений, вынесенных в рамках зарубежного производства по делу о несостоятельности, дел об оспаривании сделок иностранного должника в самостоятельном исковом производстве в российском суде, заявлений об оказании правовой помощи иностранному суду и др. (Эта группа вопросов условно может быть названа «постбанкротными», поскольку возникают они в связи с необходимостью придания трансграничного эффекта иностранному банкротству с целью, например, распространения моратория на территорию иного государства, с целью доступа к зарубежным активам должника и др.)

Отечественное право не может похвастаться наличием системного правового регулирования рассматриваемых правоотношений. Ни основное и вторичное производство, ни центр основных интересов должника не известны российскому правопорядку. В Федеральном законе от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) содержится лишь несколько разрозненных норм, касающихся несостоятельности с иностранным элементом. Помимо упоминания самого термина «трансграничная несостоятельность», установлен приоритет международных договоров над национально-правовым регулированием (при этом таких специальных международных соглашений у России нет), предусмотрено, что Закон распространяется на иностранных кредиторов, определены принципы признания решений иностранных судов по делам о банкротстве (на основе международного договора РФ и принципа взаимности), дополнительно для банкротства граждан уточнены особенности судебного акта о реализации расположенного за рубежом имущества.

Иных специальных норм нет, поэтому в большинстве случаев (а они, конечно же, появляются в практике) приходится приспосабливать традиционный инструментарий

международного частного права и международного гражданского процесса. Так, например, судами была применена коллизионная привязка *lex fori concursus* при оспаривании в российском суде сделки иностранного должника, банкротящегося за рубежом (постановление Президиума ВАС РФ от 12.11.2013 № 10508/13). Детищем судебной практики стало и то, что традиционно консервативный и закрытый специальный режим признания иностранных банкротств (см., например, очень давнее дело украинской компании «Энергоатом» А56-7455/2000, в котором мораторий в отношении украинского должника не получил распространения на территории России) соседствует сегодня со ставшим заметно более открытым общим режимом признания иностранных судебных решений (постановление Президиума ВАС РФ № 6004/13 от 08.10.2013, допустившее признание иностранных судебных решений на основе не только специальных международных договоров, но и на договорах максимально общего характера).

Но локальное латание дыр не способствует предсказуемости в регулировании трансграничных банкротств. И здесь важно обратить внимание на еще один блок вопросов, возникающих в ситуациях трансграничной несостоятельности. Назвать их условно можно «предбанкротными», поскольку необходимость поиска ответа на них возникает еще задолго до возможного дефолта должника. В действительности, уже на стадии вступления в правоотношения с контрагентами предприниматель должен оценивать свои правовые риски на случай их возможного банкротства.

Одни государства возбуждают дела о банкротстве, если на их территории расположен центр основных интересов должника (вышеупомянутый СОМ), для других достаточно наличия активов или иной связи с правопорядком для признания своих судов компетентными банкротить иностранное лицо. В такой ситуации ожидать, что контрагент, даже будучи инкорпорированным или живущим в России, банкротиться будет на родине, не приходится. Свидетельством тому может быть недавнее громкое дело о банкротстве российского гражданина Кехмана, основателя крупнейшего российского импортера фруктов — группы компаний JFC. В рамках банкротства входящих в эту группу компаний в России (см. дела № А56-8626/2012 и № А56-24567/2012 Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области) было установлено, что г-н Кехман выступал поручителем по большому количеству непогашенных кредитов должников на значительные суммы. В то же время г-н Кехман обратился с заявлением о персональном банкротстве в суд Великобритании, который признал себя компетентным рассматривать данное дело и признал российского гражданина банкротом<sup>4</sup>. Английский судебный акт может препятствовать получению российскими кредиторами (а таковыми выступают крупные отечественные банки) экзекютуры на любые российские судебные акты, касающиеся обращения взыскания на зарубежные активы г-на Кехмана на территории государств, признающих решения английских

<sup>4</sup> Текст судебного решения доступен на электронном ресурсе: <http://20essexst.com/case/kekman> (дата обращения: 22.02.2016).

# БАНКРОТСТВО: СЮЖЕТ С ВАРИАЦИЯМИ

судов и постбанкротное освобождение от долгов, полученное в суде Великобритании. На сегодняшний день по инициативе российских кредиторов в России также инициировано дело о банкротстве г-на Кехмана, введена реструктуризация долгов гражданина (см. дело А56-71378/2015).

Феномен манипуляции юрисдикциями в целях выбора наиболее оптимального места для банкротства получил название «банкротный туризм»<sup>5</sup>. И борьба с недобросовестными его проявлениями рассматривается в качестве одной из целей регулирования трансграничной несостоятельности.

<sup>5</sup> Подробнее см. статью автора: Мохова Е. В. «Банкротный туризм»: миграция должников в поисках лучшей страны для персонального банкротства и освобождения от долгов // Закон. 2015. № 12.

В глобальном же масштабе, если оценка правовых рисков при банкротстве затруднена, это может существенно повлиять на доступ к кредиту и его стоимость либо может привести к непредвиденным последствиям для кредитора. Применительно к России главная проблема заключается в том, что в условиях скудного специального правового регулирования трансграничной несостоятельности нет ясности ни в оценке перспектив банкротства трансграничных бизнесов, ни в оценке перспектив признания иностранных банкротств, ни в оценке судьбы отечественного банкротства за рубежом. Чтобы исправить такое положение вещей, потребуется значительный период времени. И формирование специальной регламентации трансграничной несостоятельности здесь только первый шаг.



**РОЗА ДЖ. ЗВЕРГРИН,**  
партнер юридической фирмы Arnold & Porter LLP (Вашингтон)

## Трансграничное банкротство в США

Глава 15 «Вспомогательные и иные трансграничные процедуры» (Ancillary and other Cross-Border Cases) была внесена в Кодекс о банкротстве США (Bankruptcy Code) в 2005 году<sup>1</sup>. Она содержит Модельный закон о трансграничной несостоятельности, принятый в 1997 году Комиссией ООН по международному торговому праву (UNCITRAL)<sup>2</sup>. Кроме США, законодательство, основанное на этом Модельном законе, было введено в действие в 40 странах<sup>3</sup>. Основная цель Модельного закона и главы 15 состоит в том, чтобы облегчить международное сотрудничество по трансграничным делам и «обеспечить эффективные механизмы для разрешения дел о трансграничной несостоятельности». В законе сформулированы пять главных целей регулирования трансграничного банкротства:

- 1) способствовать сотрудничеству между судами США, заинтересованными сторонами и судами, а также другими органами зарубежных стран, вовлеченными в дела о трансграничной несостоятельности;
- 2) обеспечить большую правовую определенность для торговли и инвестиций;
- 3) обеспечить справедливое и эффективное управление процедурами трансграничной несостоятельности;
- 4) способствовать защите и увеличению стоимости активов должника;
- 5) способствовать восстановлению находящихся в тяжелом финансовом положении компаний (и тем самым защищать инвестиции и обеспечивать занятость населения).

Количество заявлений, поданных в рамках главы 15, остается очень низким. Так, в 2015 году было подано только 84 заявления, подавляющее большинство из них зарегистрировано в штатах Делавэр, Нью-Йорк и Техас<sup>4</sup>. Для сравнения, ко-

<sup>1</sup> Иностранные юридические лица могут также использовать способы защиты в рамках Главы 11.

<sup>2</sup> Американская версия Типового закона содержится в § § 1501-32, раздел 11, Свод федеральных законов США.

<sup>3</sup> См.: Арбитражный регламент Комиссии ООН по Международному торговому праву по адресу: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html) (список юрисдикций, принявших законодательство, основанное на Модельном законе). Законодательство в странах, принявших Модельный закон, различается.

<sup>4</sup> Базу данных дел в рамках главы 15 можно найти на сайте по адресу: <http://globalinsolvency.com/chapter15>

личество заявлений, поданных по стандартной процедуре банкротства, составило в 2015 году 5311<sup>5</sup>.

Представители иностранных юридических лиц, в отношении которых открыто производство по делам о несостоятельности за пределами США, подают заявления в рамках главы 15, чтобы:

- 1) защитить активы должника, находящиеся в США;
- 2) получить доступ к обеспечительным мерам (например, приостановить действия, связанные с сокрытием активов должника);
- 3) предоставить американским кредиторам возможность подать требования против иностранных должников и обеспечить удовлетворение таких требований;
- 4) осуществить план реорганизации, утвержденный в иностранном производстве, и сделать его обязательным для американских кредиторов;
- 5) продать активы должника в США;
- 6) предпринять отдельные действия в США (например, действия по раскрытию доказательств).

## Инициирование производства по делу

Для рассмотрения заявления суд должен определить, может ли иностранная компания являться должником в рамках главы 15. Единого подхода в отношении того, обязательно ли наличие деловых операций или имущества в США, чтобы в отношении должника могла применяться глава 15, нет. Апелляционный суд в 2013 году постановил, что раздел 109 Кодекса о банкротстве о том, кто может быть должником, применим к делам в рамках главы 15<sup>6</sup>. Данный раздел требует, чтобы должник имел или постоянное место жительства, или место ведения деловых операций, или имущество в США. В этих случаях он имеет право на подачу заявления о несостоятельности в США<sup>7</sup>.

В недавно рассмотренном деле иностранное юридическое лицо подало заявление о несостоятельности в Сингапуре, где находился головной офис компании, и было заинтересовано подать заявление в США в рамках главы 15. Американский суд по делам о банкротстве пришел к выводу о наличии у должника «имущества» в США в связи с тем, что просроченные долговые документы компании подчинялись законам Нью-Йорка<sup>8</sup>. В другом деле суд признал имуществом в США авансовый платеж, сделанный должником в американский банк, и банковский счет, открытый на территории США<sup>9</sup>. Таким образом, прецедентное право устанавливает очень низкие требования к критерию имущества должника.

## Процедура признания иностранного производства

Дело в рамках главы 15 возбуждается путем подачи заявления о признании иностранного производства. Заявление

вправе подать иностранный представитель, которым признается лицо или орган, уполномоченный в рамках иностранного дела о банкротстве управлять реорганизацией или ликвидацией компании. В России, например, это арбитражный управляющий.

«Иностранное производство» определено в разделе 101 (23) Кодекса о банкротстве как «коллективное судебное или административное разбирательство в зарубежной стране, включая промежуточное производство, в соответствии с законом, касающимся неплатежеспособности или установления долга, в рамках которого активы и деловые операции должника подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда в целях реорганизации или ликвидации».

Подача заявления в рамках главы 15 — это основной способ для иностранного представителя получить доступ к американским судам. После признания иностранного производства «иностранному представителю в признанном производстве наделяется правом участвовать как заинтересованная сторона в деле, касающемся должника», и «иностранному представителю может вмешиваться в любые дела в суде штата или федеральном суде в США, в которых участвует»<sup>10</sup>. Глава 15 определяет «признание» как «выдачу приказа о признании основного или неосновного иностранного производства в соответствии с настоящей главой»<sup>11</sup>. Основное производство определено как производство по делу в стране, где должник имеет центр своих основных интересов. Неосновное производство определено как производство в стране, где находится место деятельности должника<sup>12</sup>.

Деление производства на основное и неосновное имеет важное значение. В случае признания основного производства должнику доступны некоторые способы защиты, которых нет при неосновном производстве<sup>13</sup>. Например, одним из таких способов защиты является «автоматическая приостановка», которая обычно не позволяет кредиторам предпринимать какие-либо действия против активов должника, включая их арест или изъятие. Она применяется в отношении должника и имущества должника, находящихся в пределах юрисдикции США. В случае признания неосновного производства должник вправе попросить суд применить такую приостановку, однако суд может отклонить данный запрос.

Основания, по которым американский суд может отказать в признании иностранного производства, хорошо иллюстрирует дело знаменитого банка «Bear Stearns», разорившегося в кризис 2008–2009 годов. В нем речь шла о ликвидации двух хедж-фондов банка на Каймановых островах. Ликвидаторы фондов обратились за признанием иностранного производства как основного или неосновного. Суд вообще отказал в признании в связи с тем, что фонды не имели места ведения деловых операций на Каймановых островах, отметив, что, «[если] должник не имеет центра своих основных

<sup>5</sup> <http://www.abi.org/newsroom/bankruptcy-statistics>

<sup>6</sup> Дело о Барнете, 737 F.3d 238 (второе заседание, 2013 г.).

<sup>7</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 109(a).

<sup>8</sup> Дело о компании Berau Capital Resources Pte Ltd., 2015 WL 6507871 (Bankr. S.D.N.Y. 28 октября 2015 г.).

<sup>9</sup> Дело о компании Octaviar Admin. Pty Ltd, 511 B.R. 361 (Bankr. S.D.N.Y. 2014 г.).

<sup>10</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 1512, 1524.

<sup>11</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 1502(7).

<sup>12</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 1517. Раздел 1502(2) определяет «место деятельности» как «любое место операций, где должник ведет экономическую деятельность, не носящую временный характер».

<sup>13</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 1520.



интересов или, по крайней мере, места деятельности в стране иностранных производств, суд по делам о банкротстве не должен предоставлять признание и не может использовать свои полномочия для осуществления целей иностранного производства»<sup>14</sup>.

### **Исключение в связи с публичным порядком**

Закон позволяет американским судам воздержаться от действия в рамках главы 15, если они противоречат публичному порядку. Так, в одном из дел возник вопрос, может ли должник отказаться от американских лицензионных соглашений без предоставления своим лицензиатам возможности сохранить их права на лицензии (такие права лицензиаты имели бы при обращении в рамках главы 11). В данном деле немецкая компания, имеющая патенты, лицензируемые для американских лицензиатов, подала заявление о несостоятельности в Германии. Управляющий, назначенный немецким судом для надзора за иностранным производством, обратился в американский суд по делам о банкротстве с заявлением о признании в качестве основного немецкого производства в соответствии с главой 15. Американский суд вначале признал производство, но потом постановил среди прочего, что прекращение патентов без защиты, предусмотренной в соответствии с американским законом для лицензиатов, «противоречило бы государственной политике Соединенных Штатов»<sup>15</sup>.

### **Продажа американских активов иностранными представителями**

Еще один частый вопрос, возникающий в делах этой категории, — какими нормами регулируется продажа активов иностранным представителем. В обычном американском производстве по делам о банкротстве продажа активов регулируется

разделом 363 Кодекса о банкротстве<sup>16</sup>. Глава 15 предусматривает применение раздела 363 к отношениям по передаче доли должника в имуществе, находящемся на территории США.

Что это означает на практике? Если иностранный суд одобрил продажу активов в соответствии с применимым иностранным правом, продажа в США будет возможна, только если она будет подтверждена в рамках главы 15. Для этого такая процедура продажи не должна противоречить американским нормам, регулирующим продажу активов при банкротстве<sup>17</sup>. Напротив, при продаже активов за пределами США требования раздела 363 Кодекса о банкротстве могут быть неприменимы<sup>18</sup>. Таким образом, ответ на вопрос о том, должна ли продажа активов должника соответствовать закону США, будет зависеть от того, где находятся эти активы.

### **Иски об оспаривании сделок и платежей**

Кодекс о банкротстве содержит положения, позволяющие должникам подавать иски об оспаривании сделок или платежей для возврата имущества, переданного до подачи заявления о несостоятельности «мошенническим образом» или «с преференцией». Американские суды считают, что должники в рамках главы 15 могут воспользоваться этими положениями не только в соответствии с американским, но и иностранным правом. Они обладают юрисдикцией по вопросу о рассмотрении «исков об оспаривании сделок в рамках главы 15 в соответствии с иностранным правом»<sup>19</sup>. Это означает, что должник в рамках главы 15 может инициировать определенные виды исков, которые регулируются законом страны должника.

<sup>14</sup> См., например, *Дело о Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 389 B.R. 325, 334 (S.D.N.Y. 2008), *affirming* 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007).

<sup>15</sup> *Дело о компании Qimonda AG*, 462 B.R. 165, 183 (Bankr. E.D. Va. 2011), *aff'd Jaffe против Samsung Elecs. Co.*, 737 F.3d 14 (4-я инстанция, 2013 г.).

<sup>16</sup> Раздел 11 Свода федеральных законов США, § 363. Параграф 363 регулирует «использование, продажу или сдачу в аренду» имущества должника.

<sup>17</sup> См., например, *Дело о компании Elpida Memory, Inc.*, 2012 WL 6090194 (Bankr. D. Del. 2012 г.).

<sup>18</sup> См., например, *Дело о компании Fairfield Sentry Ltd.*, 484 B.R. 615 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), *subsequently vacated*, 539 B.R. 658 (Bankr. S.D.N.Y. 2015 г.).

<sup>19</sup> *Дело о компании Condor Ins. Ltd.*, 601 F.3d 319 (5-е заседание, 2010 г.).





**ЛЮДМИЛА ГРЕЧАНИК,**  
партнер отдела Форензик  
ЗАО «Делойт и Туш СНГ»



**ЕЛЕНА ВОЛКОВА,**  
старший менеджер отдела Форензик,  
ЗАО «Делойт и Туш СНГ»

## Возврат активов с помощью эксперта-бухгалтера

**П**редставим себе компанию, контрагент или партнер которой должен ей деньги. В процессе работы с ним обнаружили один или сразу несколько из следующих признаков недобросовестной деятельности:

- активное использование фирм-однодневок,
- возросшее количество операций по выдаче займов и операций с векселями,
- взятие неисполнимых обязательств, обеспеченных залогом имущества,
- внесение имущества в уставный капитал других компаний,
- значительное увеличение кредиторской задолженности перед одним или несколькими кредиторами вашего партнера.

В большинстве случаев при наличии одного или более из таких признаков вы можете начать беспокоиться о сохранности собственных активов, связанных с деятельностью данного контрагента или партнера.

Или представим банк, который был выбран в качестве инвестора для участия в предупреждении банкротства другого банка. В ходе первичного анализа полученного на санацию или приобретаемого банка появились подозрения в неправомерных действиях бывшего менеджмента или собственников банка с целью вывода активов. Были обнаружены следующие признаки недобросовестной деятельности:

- махинации при выдаче кредитов,
- манипуляции с залогами,
- операции со связанными сторонами.

В большинстве случаев это свидетельствует о наличии признаков вывода активов.

Итак, какие есть пути выхода из ситуации, когда факт вывода активов очевиден, и чем вам может помочь эксперт-бухгалтер? Среди множества возможных выделим два наиболее действенных, на наш взгляд, пути.

- Поиск и возврат активов через систему российских арбитражных судов посредством процедуры банкротства должника.
- Поиск активов, принадлежащих физическим или юридическим лицам, по всему миру, и разработка стратегии по заморозке и возврату этих активов.

### Поиск и возврат активов посредством процедуры банкротства должника

При наличии определенных условий кредитор или новый собственник компании может обратиться с заявлением о банкротстве в российский арбитражный суд. Целями использования данного механизма являются восстановление платежеспособности компании или, когда это невозможно, обеспечение сохранности активов компании для максимально возможного удовлетворения требований кредиторов.

Какими могут быть шаги арбитражного управляющего в такой ситуации? Помимо прекращения невыгодных или убыточных для компании взаимоотношений, следует выявить транзакции, направленные на вывод активов из компании, и попытаться вернуть выведенные активы. Для этого необходимо проанализировать деятельность компании до момента появления у компании первых признаков неплатежеспособности на предмет выявления мошеннических действий со стороны менеджмента (бывшего менеджмента) или собственников компании.

Для проведения анализа транзакций, имеющих признаки вывода активов, часто привлекаются эксперты-бухгалтеры. В общем случае, прежде всего, эксперт-бухгалтер будет фокусироваться на следующих направлениях: выявление имеющихся в компании конфликтов интересов, как осуществляется контроль над процессом закупок и процессом продаж, контроль над денежными потоками и не манипулируется ли финансовая отчетность финансовой отчетностью.

### Конфликт интересов

Несмотря на то, что многие руководители на сто процентов уверены в своих подчиненных, у ключевых сотрудников нередко обнаруживается «параллельный» бизнес на стороне. Это может быть компания-поставщик, покупатель или прочая компания, через которую прогоняются денежные потоки. По нашим данным, в деятельности 80% компаний присутствует конфликт интересов. Конфликт интересов может быть явным и скрытым. В случае явного конфликта информация об учредителях, доступная в государственных реестрах, подтверждает тот факт, что сотрудник одновременно является либо генеральным директором, либо учредителем другой компании. Однако нередко компании регистрируются на номинальных акционеров или заявляют номинальных директоров. В этом случае имеет место скрытый конфликт интересов, который более сложен для обнаружения. Каким же образом происходит вывод денег из компании? Здесь схемы нередко ограничиваются только фантазией сотрудников. Тем не менее, их можно классифицировать следующим образом.

### Закупки

Самый простой способ вывести деньги, которым очень часто пользуются мошенники, — это покупка несуществующих консалтинговых услуг (например, маркетинга). При этом на вопрос, а что же было сделано за эту сумму, может быть даже предоставлен письменный отчет, который при проверке оказывается исследованием, находящимся в свободном доступе в интернете.

Распространенная проблема в снабжении компании — завышение закупочных цен и получение откатов менеджерами, отвечающими за закупки. По нашим данным, средний откат составляет 5–10% от стоимости закупаемых товаров и зависит от отрасли, суммы и количества посредников, участвующих в цепочке.

В крупных производственных корпорациях обычно хорошо отлажен контроль над закупками основных материалов, однако закупка вспомогательных материалов и услуг контролируется плохо. По нашему опыту, главные проблемы кроются именно в закупке вспомогательных материалов, транспортных расходах и ремонтных работах. Причем особенно остро эта проблема стоит в компаниях с наличием сезонности производства. В этом случае так называемые срочные закупки, которые фактически производятся менеджерами по снабжению напрямую без дополнительного контроля со стороны других подразделений, могут доходить до 90% от всех закупок в высокий сезон, что существенно повышает риск мошенничества.

Транспортные расходы, несмотря на порой существенную долю в затратах, контролируются недостаточно. Чаще всего компаниями используются несколько логистических фирм, каждая из которых выставляет счета с определенной периодичностью (например, раз в месяц) без детализации конкретных перевозок. При этом учет перевозок на предприятии чаще всего не ведется. Но даже там, где учет налажен, нередко обнаруживаются фиктивные перевозки, приписки

по часам/дням, простои и дополнительные расходы. Иногда имеет смысл сверить оборот по складу и количество машин, заявленных за тот же период, чтобы стало очевидно, что транспортные расходы завышены. Является ли такое завышение намеренным или это простая халатность и отсутствие контроля, предстоит разбираться специалистам.

Отдельно следует сказать про расходы на капитальное строительство. Любая модернизация, реконструкция, закупка оборудования, строительство являются высокорискованной с точки зрения воровства деятельностью.

### Продажи

Если цель снабженца-мошенника — зависить цены, то цель менеджера по продажам — предоставление дополнительных скидок для получения отката. Менеджеры по продажам — это основные «кормильцы» фирм, которые договариваются об отпускных ценах на продукцию. От них зависит, сколько предприятие получит выручки и прибыли. Как правило, компания имеет базовый прайс-лист, однако менеджеры могут предоставлять дополнительные скидки клиенту при наличии на то объективных условий — большие объемы продаж, завоевание новых регионов и т.п. Однако на практике менеджеры дают существенные скидки при отсутствии этих условий, получая откаты.

Нередки случаи, когда менеджеры по продажам регистрируют одну или несколько компаний, через которые они проводят продажи. Клиенты могут даже этого не подозревать, получая реквизиты фирм с похожими названиями и доверяя менеджеру, который утверждает, что данная компания является частью холдинга. Клиенты перечисляют полную стоимость товара на счет «фирмы-прокладки», где и остается существенная часть маржи, а предприятие затем получает гораздо меньше прибыли. Особенно сложно поймать менеджера за руку в проектном бизнесе, когда каждая сделка зависит от конкретных условий проекта. Нужно проанализировать маржу данного проекта и сравнить ее со среднерыночными показателями или аналогичными проектами, чтобы понять, насколько условия контракта соответствуют рыночным.

### Контроль над денежными потоками

Зачастую генеральные директора занимаются стратегическими вопросами и дают главным бухгалтерам и финансовым директорам полный контроль над финансовыми потоками. Финансисты занимаются привлечением денежных средств, размещением свободных денежных средств на депозитах банков, покупкой векселей и выдачей займов. Это может происходить как с подачи руководства или акционера, так и без его ведома. Нередко покупаются векселя фирм-однодневок, и деньги исчезают навсегда.

В нашей практике случались и совсем курьезные случаи, когда, например, главный бухгалтер обналачивала деньги через ряд фирм-однодневок и подделывала банковские выписки, исправляя назначение платежа и платежные реквизиты на налоги. Генеральный директор, просматривая

выписки, не обращал внимания на огромные суммы, перечисляемые на счет налоговой инспекции. Аудиторские проверки также не выявили данные факты. Мошенничество вскрылось только через десять лет работы бухгалтера, когда к тому времени были похищены миллионы.

### **Манипулирование финансовой отчетностью**

В кризисное время гораздо большее внимание уделяется финансовым показателям деятельности предприятия. Менеджмент ощущает большой прессинг со стороны владельцев. В таких условиях нередки случаи маскировки, манипулирования финансовой отчетностью. Финансовые показатели, которые принимаются для расчета бонуса руководителям отделов или топ-менеджменту, находятся под большим риском искажения.

### **Поиск и возврат активов в зарубежных юрисдикциях**

Конечной целью поиска активов за рубежом является обеспечение возможности взыскания убытков, причиненных мошенническими действиями, в том числе через судебные инстанции и в ходе арбитража. Эксперт-бухгалтер может провести анализ публично доступной информации с целью установления активов и компаний, контролируемых владельцами/бывшими владельцами, менеджментом или другими субъектами мошеннических действий против компании/банка.

Как правило, компании, выполняющие работу по поиску активов, имеют доступ к корпоративным реестрам и реестрам недвижимости стран по всему миру. Помощь в подобных вопросах осуществляется командами, сформированными из специалистов коммерческой разведки. Для успешного поиска активов необходимо рассмотреть возможность анализа экспертом-бухгалтером основных географических регионов, куда традиционно выводятся активы, например, Европы. Но не стоит забывать о набирающих популярность у российского бизнеса «экзотических» направлениях, таких как Латинская Америка или Азия.

При работе по поиску активов эксперт-бухгалтер проанализирует интернет-порталы государственных органов и ведомств, включая архивы судебных решений, электронные корпоративные базы данных, публичные реестры недвижимости, газеты, журналы, архивы электронных средств массовой информации, иные источники информации из сети Интернет. Результат работы — список активов и компаний, принадлежащих и/или контролируемых субъектами



мошеннических действий, с доказательствами из публично доступных источников, которые можно будет использовать в ходе судебных/арбитражных разбирательств против владельцев/бывших владельцев, менеджмента партнера или банка, а также иных вовлеченных лиц. При необходимости и в зависимости от имеющейся информации эксперт-бухгалтер сможет установить текущий статус и стоимость активов.

В ходе ведущегося судебного или арбитражного разбирательства при наличии достаточной аргументации юристы смогут подать заявление об истребовании доказательств в отношении активов и компаний, принадлежащих и/или контролируемых субъектом мошеннических действий. В случае удовлетворения заявления судья или арбитраж

обязет противоположную сторону раскрыть данную информацию. По судебному приказу возможно также истребование информации об активах у третьих лиц. Эксперт-бухгалтер, в свою очередь, сможет проанализировать истребованную в ходе судебного/арбитражного разбирательства информацию на предмет выявления фактов вывода активов из компании или банка. Как результат, будет подготовлен отчет эксперта-бухгалтера с изложением документально подтвержденных фактов мошеннических действий. Данный отчет может быть использован в ходе судебного/арбитражного разбирательства. Кроме того, в дальнейшем специалист, подготовивший отчет, сможет выступить в судебном заседании в качестве эксперта в поддержку изложенных в отчете фактов.



**АНТОНИ РИЕМ,**  
партнер PCB Litigation LLP (Лондон)



**ЮЛИЯ АЛАВЕРДАШВИЛИ,**  
стажер PCB Litigation LLP (Лондон)

## *Взыскание активов за рубежом: средства судебной защиты*

**В** последние несколько лет проблема взыскания активов стала очень актуальной для юристов, работающих в юридических отделах банков и других кредитных организаций в России и странах СНГ. Заемщики, кажущиеся на первый взгляд надежными, внезапно перестают выполнять обязательства по кредитам и быстро превращаются в должников, а невыплаченные ими значительные суммы — в проблемную задолженность. Если должник растратил или сокрыл свои активы в России, принудительное взыскание долга может показаться нереальным даже при наличии судебного решения. Тем не менее, если возможно обнаружить активы за рубежом, обращение взыскания на эти активы — эффективный метод возврата задолженностей.

Решающее значение для успешного взыскания с должников имеет сотрудничество с юристами на самом раннем

этапе, для того, чтобы могла быть разработана индивидуальная стратегия в зависимости от характера и местонахождения активов, на которые потенциально может быть обращено взыскание. Такая стратегия предполагает плотное сотрудничество с частными сыщиками, юристами в офшорных юрисдикциях, специалистами в сфере компьютерной судебной экспертизы, бухгалтерами-экспертами и другими специалистами для построения фактической и доказательной базы каждого дела. При применении международной стратегии полезно иметь фирму, которая будет организовать слаженную работу нескольких юридических команд, обеспечивать обмен полученной информацией между ними, чтобы шаги, предпринимаемые в одной юрисдикции, не стали помехой в другой юрисдикции. Такой подход позволяет фирме,

координирующей действия по всему миру, консультировать клиентов, где можно легче провести взыскание активов. Это позволяет клиентам уменьшить расходы. Также это дает возможность управлять процессом таким образом, чтобы в погоне за активами истцы не пересекали недозволенную грань ущемления прав ответчиков. Это очень тонкая грань, так как, естественно, клиенты хотят использовать все методы для определения, замораживания и взыскания активов, но важно знать границы того, что суд может позволить, а также понимать, какие действия истцов могут привести к отказу суда в предоставлении запрашиваемых мер судебной защиты или к тому, что ходатайство о предоставлении средств судебной защиты будет удовлетворено лишь частично.

Зачастую международные стратегии взыскания активов нацелены на предотвращение рассеивания активов в ожидании принудительного исполнения. Обеспечительные меры судебной защиты могут быть получены в Англии и Уэльсе, а также в ряде других юрисдикций в поддержку и/или для приведения в исполнение:

- окончательного, осуществимого в порядке принудительного исполнения решения российского суда или суда одной из стран СНГ;
- арбитражного решения, полученного в России или в СНГ или в другой юрисдикции; или
- предполагаемого судебного или арбитражного разбирательства в России или СНГ или в другой юрисдикции; или
- нового иска против должника в соответствии с английским правом, при условии, что должник проживает в Англии и Уэльсе, или существуют другие факторы, которые позволяют английскому суду признать свою юрисдикцию, или если активы расположены в юрисдикции Англии и Уэльса.

Обеспечительные меры включают в себя не только приказы о замораживании активов, которые не позволяют должнику рассеивать активы, но и следующие приказы:

- приказы об обыске, в соответствии с которыми обыски могут проводиться как в жилых помещениях, так и в офисах для получения информации о предполагаемых правонарушениях и/или для обнаружения скрытых активов;
- приказы о копировании данных с компьютерных дисков, которые направлены на получение электронной информации, хранящейся на различных устройствах, принадлежащих должнику, таких, как ноутбуки и телефоны;
- приказы о раскрытии информации, в соответствии с которыми должник в течение короткого периода времени должен раскрыть информацию о его активах по всему миру;
- приказы о проведении перекрестного допроса, которые используются, если становится ясно, что должник не раскрыл информацию о своих активах или предоставил неполную информацию, что препятствует взысканию;

- приказы о конфискации паспорта (паспортов), которые предоставляются судом, если есть угроза побега должника, а также есть доказательства, подтверждающие, что должник может покинуть определенную юрисдикцию, чтобы избежать раскрытия своих активов и/или взыскания в отношении активов;
- приказы о том, что должник обвиняется в неуважении к суду вследствие нарушения приказов о замораживании активов или приказов о раскрытии информации о своих активах или нарушения каких-либо других приказов суда, например, растрачивает активы, которые были указаны в приказе о замораживании активов, или отказывается предоставлять какую-либо информацию о своих активах. Такие приказы могут, в конечном счете, привести к тому, что должник будет приговорен к лишению свободы за неуважение к суду, и подтолкнуть должника к урегулированию конфликта путем подписания мирового соглашения;
- приказы о назначении управляющих активами должника, например, компаниями, которыми владеет должник, для того, чтобы активы не были рассеяны/оформлены на третьи лица в нарушение приказов о замораживании активов.

Приказы также могут быть получены в отношении третьих лиц, например, приказ о раскрытии информации в соответствии с положениями раздела 7 Закона «Об использовании банковских учетных документов в качестве доказательств» от 1879 года, которые позволяют стороне в судебном процессе инспектировать и снимать копии любых записей в банковских учетных документах. Подобные приказы могут быть предоставлены по заявлению без уведомления другой стороны и могут разрешить истцу, например, проследить за движением денежных средств, перечисленных на счет должника. Ниже приведены некоторые примеры недавних дел из нашей практики по представлению интересов истцов для иллюстрации тех средств судебной защиты, которые могут быть получены.

## Пример 1

Мы успешно представляли интересы крупной российской горнодобывающей компании в рамках разбирательства по иску на сумму в 500 млн долларов США; разбирательство было основано на обвинениях в обмане, нарушении фидуциарных обязанностей и использовании фиктивных договоров. Мы получили:

- Приказы о замораживании активов в Англии, острове Гернси и на Британских Виргинских островах, каждый на сумму в 500 млн долларов, которые были выданы вместе с приказами, направленными на сохранение соответствующих активов.
- Приказы о проведении обыска, которые были приведены в исполнение сразу в трех помещениях сразу в то же время, когда были вручены приказы о замораживании активов; в результате проведенных обысков был получен значительный объем электронной информации (более 80 компьютеров, мобильных телефонов и электронных

устройств для хранения информации). Эта информация была использована для обнаружения активов, оформленных с использованием сложных структур собственности, включавших подставных лиц, офшорные компании и трасты.

- Приказы о предоставлении информации третьими лицами, такими как различные банки, юристы, компании, предоставляющие интернет-услуги и т.п.
- Приказы о проведении перекрестных допросов ответчиков.
- Приказ о проведении медицинского обследования одного из ответчиков, который находился вне территории Великобритании.
- Приказы о том, что ответчики не смогут продолжать вести защиту в данном деле.

смогли привлечь к судебному разбирательству де-факто директора этих компаний и подать заявление о заключении его под стражу. В первый день судебного процесса о заключении де-факто директора под стражу, после того, как заявление ответчика о переносе судебного разбирательства было отклонено, ответчик добровольно согласился принять юрисдикцию английского суда в отношении иска о мошенничестве (на основе английского и российского права), который на данный момент рассматривается в английском суде.

Вынесения приказа о замораживании активов по всему миру оказалось достаточным для того, чтобы убедить свидетелей оказать нам содействие, а также для того, чтобы получить судебные приказы за рубежом, в результате чего наш клиент получил контроль над определенными активами.

## **Представляя интересы российского банка, мы добились вынесения приказа о замораживании активов во всем мире на сумму 150 миллионов долларов в отношении причитавшихся банку сумм в Англии и на Британских Виргинских островах**

Кроме того, ответчики приняли перед судом обязательство не запугивать свидетелей. Мы добились отклонения ходатайства, поданного одним из ответчиков с требованием о предоставлении обеспечительного залога в размере 100 млн долларов.

В рамках нашей стратегии мы направили третьей стороне, пользующейся хорошей репутацией, письмо, в котором известили ее о том, что в отношении принадлежащих ей активов могут быть предъявлены имущественные иски, и что эти активы, возможно, были получены преступным путем, и, следовательно, любые действия по распоряжению этими активами могут навлечь на данную организацию и ее руководителей гражданскую или уголовную ответственность. В сочетании с полученными приказами, описанными выше, эти шаги привели к началу диалога по заключению мирового соглашения и выплаты причитавшихся сумм.

### **Пример 2**

Представляя интересы российского банка, мы добились вынесения против трех компаний на Британских Виргинских островах приказа о замораживании активов во всем мире на сумму 150 млн долларов в отношении причитавшихся банку сумм в Англии и на Британских Виргинских островах. Приказ о замораживании активов включал в себя приказ о раскрытии тремя компаниями на Британских Виргинских островах своих активов. В связи с тем, что эти компании не раскрыли информацию о своих активах, PCB Litigation

### **Пример 3**

Мы получили в Англии приказ о замораживании активов на сумму 40 млн долларов в поддержку нескольких проводившихся в России судебных разбирательств против российского бизнесмена, который предоставил гарантии по займам компании. Приказы о замораживании активов были получены на основании того, что этот бизнесмен являлся бенефициарным владельцем долей в двух английских товариществах с ограниченной ответственностью, акции которых принадлежали офшорным трастам в Лихтенштейне и на острове Невис. Ответчик утверждал, что он не имел никакого отношения к этим трастам, которые владели ценной недвижимостью в Италии. Мы получили:

- приказ о раскрытии трастовых документов попечителями трастов, чтобы установить, что ответчик являлся их конечным бенефициарным владельцем;
- приказ о замораживании недвижимости в Италии;
- приказ о том, чтобы российское решение было признано в Англии, что позволило нам получить дополнительные приказы, в том числе приказ о перекрестном допросе ответчика в отношении его активов;
- приказ о назначении временного управляющего в Англии, чтобы получить контроль над английскими товариществами с последующей ликвидацией и продажей недвижимости в Италии.

Дело на данный момент продолжается, предпринимаются шаги по исполнению российского решения в Англии и других юрисдикциях.

## **П**риведение в исполнение решений российских судов в Англии и Уэльсе может быть очень успешным и послужить причиной урегулирования спора мирным путем или взыскания активов. Ключом к успеху является подходящая стратегия

### **Пример 4**

Насколько нам было известно, ответчик являлся владельцем самолета, зарегистрированного на имя кипрской компании с номинальными владельцами. Мы выстроили доказательную базу вместе со свидетелями, основываясь на документах из открытых источников и других документов, чтобы продемонстрировать, что ответчик, вероятно, является бенефициарным владельцем этого самолета. Нам удалось убедить суд в том, чтобы выдать приказ о замораживании активов именно в отношении самолета. Совместно с частными сыщиками было отслежено, когда самолет оказался в Англии, и приказ о замораживании активов был вручен аэропорту, который затем отказался предоставить пилоту разрешение на взлет. Самолет был арестован для цели последующего обращения взыскания.

Тем не менее, ответчик продолжал оспаривать тот факт, что он являлся собственником самолета, так как официально он был зарегистрирован на имя компании. В результате исполнения приказа о раскрытии информации против бухгалтеров другой компании, которой, как мы полагали, также владел ответчик, была получена схема владения самолетом. В соответствии с этой схемой ответчик располагался наверху как бенефициарный владелец, а многочисленные компании располагались под ним, в том числе компания, которой принадлежал самолет. Впоследствии частные сыщики выяснили, что ответчик должен был получить комиссионное вознаграждение за посредничество в многомиллиардной долларовой сделке на Ближнем Востоке. В свете представленной нами угрозы обращения взыскания на данную будущую комиссию, ответчик выплатил причитающуюся нашему клиенту сумму для удовлетворения его претензий.

### **Пример 5**

Банк-истец предоставил значительные займы компаниям, которые были гарантированы человеком, контролирующим эти компании. Кредитный договор и договор поручительства регулировались российским законодательством и подпадали под юрисдикцию российского суда. Банк-истец получил российские решения на общую сумму, равную примерно 150 млн фунтов стерлингов, против поручителя по займам. После того, как обязательства по кредитам перестали выполняться, и бизнес поручителя в России рухнул, поручитель переехал в Лондон. Английский суд посчитал, что у поручителя есть достаточно связей с юрисдикцией Англии и Уэльса для того, чтобы против него были выданы

приказы о замораживании активов по всему миру в поддержку приведения в исполнение российских приказов в соответствии с частью 25 Закона «О гражданской юрисдикции и приказах» от 1982 года. Приказы о замораживании активов были впоследствии официально вручены поручителю в Лондоне. Дело на данный момент продолжается, предпринимаются шаги по исполнению российского решения в Англии и других юрисдикциях, в том числе было подано заявление о проведении перекрестного допроса поручителя в отношении его активов.

### **Заключение**

Как показывают данные примеры, приведение в исполнение решений российских судов в Англии и Уэльсе может быть очень успешным и послужить причиной урегулирования спора мирным путем или взыскания активов. Ключом к успеху является подходящая стратегия, а также правильный выбор юристов, которые знают, какое средство судебной защиты может быть получено в каждом отдельном случае и в отношении каждого конкретного актива. Предварительная работа, в том числе выявление активов до начала судебного процесса, также имеет решающее значение и может быть проделана с помощью частных детективов и/или приказов по раскрытию информации против третьих сторон, если это необходимо. В конечном счете, в исполнительном производстве главными для банка-истца являются полученные денежные средства, а не судебные решения. В случаях, когда существуют задолженности у частных лиц или компаний перед другими компаниями или частным лицам, применимы те же принципы, и могут быть получены такие же меры судебной защиты, при условии соблюдения соответствующих требований.

## «Банкротство превратилось в риск, который необходимо учитывать в обычной хозяйственной деятельности»

О том, как состояние современного банкротного законодательства и правоприменения оценивает бизнес, об отличиях банкротств в этот и предыдущий кризисы, а также об особенностях юридического консультирования в связи с банкротствами мы поговорили с Ольгой Реновой, управляющим партнером Forward Legal.

### — Как вы оцениваете отечественное законодательство о банкротстве с точки зрения соотношения сил кредиторов и должников?

— Российское банкротное законодательство носит ярко выраженный прокредиторский характер. Интересы должника и собственников бизнеса (а эти фигуры не всегда совпадают) игнорируются. Целью института банкротства в российском праве является не восстановление платежеспособности должника, а ликвидация компании как субъекта права и удовлетворение требований кредиторов из конкурсной массы. Поэтому из всего богатого инструментария, который предусмотрен законом, работают исключительно наблюдение и конкурсное производство. За многие годы нашей практики лишь одно дело дошло до финансового оздоровления. Кредиторы не равны между собой (самые обеспеченные интересы принадлежат тем, кто озаботился обеспечением своих обязательств — залоговым кредиторам), однако с точки зрения бизнеса это нормальная ситуация: кто имеет больший объем требований, тот имеет больше возможностей влиять на ход процедуры банкротства.

### — Готов ли бизнес к принятию закона о финансовом оздоровлении?

— Думаю, что нет. Более того, не готов никто: ни общество, ни суды. Этот институт сможет заработать, когда более-менее восстановится экономическая ситуация. То есть не скоро. Мы живем в ситуации кризиса. Денег стало меньше, банкротство приобрело более жесткий характер. Процедуры, которые предусматривают возможность выхода должника из банкротства, максимально сокращаются, кредиторы стремятся ускорить конкурсное производство, чтобы удовлетворить свои требования. При этом серьезный и интересный крупный бизнес и без предлагаемых норм имеет

возможность оздоравливаться посредством реструктуризации долгов. У нас в практике есть подобные примеры.

Что же касается мелких и средних компаний, то в сегодняшнем виде законопроект позволяет полностью отстранить менеджмент от управления компанией и, таким образом, не направлен на защиту и сохранение бизнеса у собственника. Финансовое оздоровление будет происходить за счет кредиторов, после реализации соответствующих процедур бизнес перейдет под контроль иных лиц. У должника отсутствует мотивация подавать заявление о финансовом оздоровлении. Видимо, он должен руководствоваться не экономическими, а какими-то идеологическими мотивами.

### — С какими злоупотреблениями участников банкротств вы чаще всего сталкиваетесь на практике?

— Это зависит от того, кто инициировал процедуру банкротства, выбрал арбитражного управляющего и контролирует процесс. Если арбитражный управляющий не работает или работает в интересах должника, который выводит активы и пытается уйти от ответственности, у кредиторов очень мало шансов защитить свои интересы. Они лишаются информации о деятельности должника, операциях, которые производились, не могут оспорить сделки или привлечь к ответственности руководство должника и его непосредственных собственников.

Злоупотреблений со стороны кредиторов гораздо меньше, чаще всего они связаны с включением необоснованных требований в реестр, произвольным увеличением размера требований, манипулированием информацией. Также в нашей практике недавно был случай, когда кредитор при поддержке управляющего пытался привлечь к ответственности контролирующих лиц должника в отсутствие каких-то оснований.





— Получается, что большинство злоупотреблений так или иначе связаны с деятельностью управляющих. Саморегулирование в этой сфере неэффективно? Может быть, необходимо повысить требования к управляющим?

— В настоящее время, к сожалению, СРО — это защищающая управляющих организация, а не независимый институт, объективно оценивающий, насколько деятельность членов соответствует профессиональным стандартам. Практика привлечения управляющих к ответственности складывается не в пользу кредиторов и того лица, которое обжалует действие управляющего. Нарушения должны быть существенными, в каждом случае требуется предварительный сбор информации кредиторами, что не всегда возможно. Таким образом, самый эффективный (и уже предусмотренный законом) инструмент дисциплинирования управляющих — ответственность — на практике не работает. При этом я думаю, что реальность и неотвратимость ответственности управляющих может намного быстрее упорядочить их деятельность, чем повышение требований к ним или реформирование СРО.

Вместе с тем бывают перегибы и в другую сторону: у нас в практике был случай, когда арбитражного управляющего пытались необоснованно привлечь к ответственности. Сумма требований была существенной для физического лица — порядка 12 миллионов рублей. Нам удалось заключить мировое соглашение и уменьшить сумму требований.

— Какие тенденции в сфере банкротств кредитных организаций вы могли бы выделить? Как вы оцениваете деятельность АСВ?

— Главная тенденция — необыкновенное увеличение банкротств кредитных организаций. Проблем в этой сфере много, они разноплановые. Что касается деятельности АСВ,

то вряд ли найдется кто-то из практикующих юристов, кто будет восхвалять эту организацию. Управляющие, которые назначаются, тратят средства кредиторов, безуспешно в трех инстанциях оспаривая все подряд сделки или пытаются реализовать активы должника дружественным лицам. В случае совершения управляющим или иными лицами недобросовестных действий у АСВ отсутствует заинтересованность в защите прав кредиторов. Например, в нашей практике было дело о включении требования вкладчика в реестр без полного пакета документов, подтверждающих внесение денег. Договор, который был заключен с нашим клиентом, был поддельным, в банке велась двойная бухгалтерия, деньги, которые перечислялись по безналичному расчету, пропадали. Решение о включении лица в реестр кредиторов устояло в трех инстанциях, параллельно было возбуждено уголовное дело, и наш клиент был привлечен в качестве потерпевшего. С начала банкротства банка прошло более двух лет, а заявление о субсидиарной ответственности менеджмента банка до сих пор не подано. Единственный актив, который у них есть, арестовывал следователь, а не АСВ.

С другой стороны, нельзя не отметить, что в силу публичного интереса кредитные организации — это единственный вид должника, в отношении которых работает финансовое оздоровление, санация. Не всегда эффективно, иногда с привлечением нескольких доноров или с целью увеличения банковских групп и получения влияния на финансовом рынке, но тем не менее.

— Чего не хватает бизнесу в законодательстве о банкротстве и практике его применения? Какие еще инструменты нужны?

— Благодаря внесенным за последние пять лет изменениям у нас вполне достойные законы. Ранее процедура

# БАНКРОТСТВО: СЮЖЕТ С ВАРИАЦИЯМИ

банкротства была в первую очередь способом избежания ответственности и ухода от долгов, кредиторы не могли спасти тот или иной актив. Субсидиарная ответственность руководителей или собственников бизнеса и арбитражных управляющих и возможность оспаривания сделок изменили ситуацию. Сегодня это самые востребованные и эффективные инструменты, прорыв в законодательной технике и судебной практике.

Однако, к сожалению, ни общество, ни судебная система, ни бизнес не готовы к полному, аккуратному и дисциплинированному применению действующего законодательства. Нам не хватает профессионалов как среди арбитражных управляющих, так и среди судей, которые способны объективно, профессионально и вдумчиво рассматривать банкротные процессы. Кроме того, необходима большая прозрачность в процедуре банкротства. Сегодня анализ деятельности должника, по сути, отдан на откуп управляющему.

## — В чем отличия банкротств в кризисные 1999-2000 гг., 2008-2009 гг. и сегодня?

— В начале 2000-х годов институт банкротства был инструментом передела собственности. Сейчас он направлен в первую очередь на скорейшее получение денег. Теоретики считают, что заявление о банкротстве — это крайняя мера урегулирования спора. В действительности это обычный, повседневный способ оказания давления на оппонента. Например, одному нашему клиенту были предъявлены финансовые требования и подано заявление о банкротстве исключительно с целью понудить к выплате средств, спор по которым еще не был закончен. Банкротство контрагента превратилось в риск, который необходимо учитывать в обычной хозяйственной деятельности.

## — Как изменился спрос на внешнее юридическое консультирование в связи с банкротствами?

— Во-первых, он вырос, во-вторых, изменился. Ранее к нам редко обращались кредиторы, в основном клиентами становились собственники или менеджмент компаний, которые планировали уходить в банкротство. Среди кредиторов преобладали долевики, и несколько лет практика складывалась вокруг банкротств застройщиков. В настоящее время круг кредиторов, которые привлекают к работе внешних юристов, значительно расширился. Часто наши услуги становятся востребованными на ранних стадиях банкротства. Большое количество запросов связано с защитой собственников и управляющих от применения subsidiарной ответственности.

## — Какие особенности консультирования в связи с банкротствами вы можете выделить?

— Банкротные процессы длительные, могут продолжаться по несколько лет. Каждый шаг, сделанный сегодня, получит свои последствия завтра или послезавтра. Для успешного

проведения банкротства необходимо разрабатывать стратегию, понимать, как то или иное действие изменит ход процедуры и расстановку сил. Когда мы представляем интересы кредиторов, мы должны просчитать все риски: какое место кредитор займет в процедуре банкротства? Будет ли у него возможность влиять на ход процесса? С кем из кредиторов он может объединить усилия так, чтобы получить голосующее большинство и максимально эффективно защитить свои интересы? Работа в рамках банкротства связана с взаимодействием не только с представителями других кредиторов или собственников бизнеса, но и арбитражным управляющим, юристами, финансистами и бухгалтерией должника, специалистами по розыску активов и т.д.

Еще одна особенность — для клиентов в банкротстве (как должников или собственников бизнеса, так и кредиторов) очень важны временные параметры. Когда будет завершена процедура и получены деньги? Какие сроки можно предусмотреть в своих бизнес-планах? Вообще, в банкротстве нельзя руководствоваться только юридическими знаниями, необходимо понимание экономической подоплеки процесса, умение отличать реальные и значимые активы, в некоторых случаях — привлечение финансовых аналитиков или аудиторов. Любое банкротство — это дорогое удовольствие, прежде всего для кредиторов. Стоимость процедуры увеличивается в несколько раз при трансграничном банкротстве или необходимости розыска активов за рубежом. В последние год-полтора клиенты начали просчитывать перспективы получения денежных средств до вступления в банкротство.

## — Как обычно осуществляется розыск активов должника?

— В России это связано главным образом с анализом публично доступной информации: мы изучаем документы, реестры, выстраиваем схему бизнеса, устанавливаем связи с бенефициарами, а затем оспариваем сделки и возвращаем активы. За границей инструментов больше. Например, мы можем абсолютно легально нанять детективов, которые не только проанализируют различные информационные реестры, но и встретятся с людьми, по крупицам соберут всю важную информацию. И в России, и на Западе мы также работаем с информационными аналитиками, которые обладают навыками поиска и анализа информации из открытых источников об активах, выведенных за границу или скрытых в России за подставными компаниями или номинальными акционерами и собственниками. Результаты такой работы порой бывают поразительными.

Процедура розыска активов не из дешевых, может обойтись в несколько десятков, а иногда и сотен тысяч долларов, но и результаты дает почти всегда. Часто активы, которые находят, стоят миллионы. После получения информации крайне важно превратить ее в доказательства. В зарубежных судах это проще сделать: они охотно выдают приказы о раскрытии информации и обеспечении доказательств на основе предварительно полученных данных и правильно сформулированной юридической позиции.



**Не забудьте продлить подписку на 2 полугодие 2016 года!**

**У вас есть возможность подписаться как на печатную, так и на PDF-версию журнала.**

**1** Отправив банковские реквизиты на электронный адрес: [subs@infotropic.ru](mailto:subs@infotropic.ru)

**2** Заполнив электронную заявку на сайте журнала: [www.legalinsight.ru](http://www.legalinsight.ru)

Печатная версия

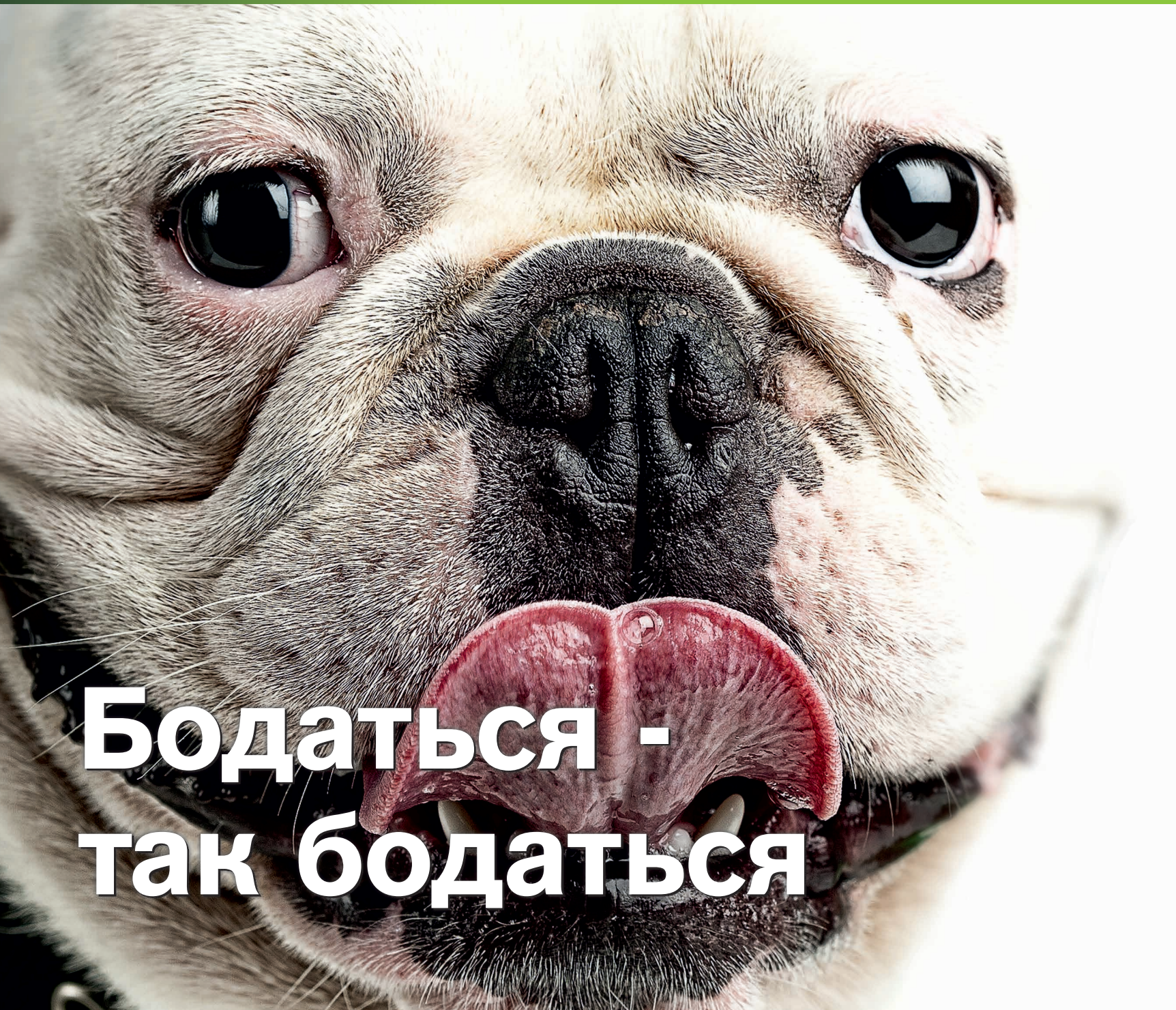
**8250 руб.**

PDF-версия

**5 000 руб.**

Журнал Legal Insight выходит 10 раз в год.

Цена действительна только на территории Российской Федерации при оформлении редакционной подписки.



**Бодаться -  
так бодаться**