



АДВОКАТСКОЕ
БЮРО

ЕГОРОВ
ПУГИНСКИЙ
АФАНАСЬЕВ
И ПАРТНЕРЫ



Адвокаты АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» рассказали о трендах в банкротстве

17 декабря 2020 года прошел онлайн-эфир газеты «Ведомости» и Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» о трендах в банкротстве. Адвокаты Бюро - управляющий партнер Санкт-Петербургского офиса Иван Смирнов и советник Евгений Гурченко – рассказали журналисту «Ведомости», какие уроки прошедшего года нужно извлечь для выстраивания эффективной стратегии взаимодействия между всеми сторонами процедуры банкротства, какие выводы из судебной практики можно сделать для своей защиты, как добросовестному кредитору подготовиться к спланированному банкротству и как ему действовать, чтобы получить денежные средства из конкурсной массы.

- Как договариваться кредитору и должнику?

Смирнов: «Зачем нужно договариваться? Причин несколько. Есть риск уголовной ответственности для реальных собственников и руководителей должника. Второе – риск привлечения к субсидиарной ответственности. Третье – возможность оспаривания сделок, совершенных до банкротства. Не секрет, что многие должники в период моратория пытаются подготовиться к банкротству, совершая многочисленные сделки, которые попадают под особый режим контроля, а их оспаривание приводит к крайне негативным последствиям в виде признания их недействительными с субординацией требований. Поэтому должникам всегда нужно действовать максимально добросовестно и разумно. Понятно желание любого должника избежать субсидиарной ответственности и сохранить как можно больше активов, но все чаще такое поведение должников приводит лишь к еще большим проблемам и рискам».

- Что обычно делает недобросовестный должник?

Смирнов: Для этого он обычно пытается затянуть и контролировать процедуру, обременить активы, создать контролируруемую задолженность и неблагоприятные условия для независимых кредиторов, договориться о выплате минимальных денежных сумм. Поэтому сейчас крайне мало случаев, когда кредиторы получают 20 или 10 копеек на рубль – в лучшем случае, это три-пять копеек. Разница между номиналом требования и реальной суммой удовлетворения в рамках банкротства - огромная, чем и пытаются воспользоваться многие должники. То есть суммы удовлетворения требований конкурсных кредиторов через несколько лет баталий – копеечные. Поэтому, конечно, разумный кредитор будет предпринимать все возможные действия для своей защиты – это прежде всего использование уголовно-правовых механизмов, оспаривание крупных сделок, привлечение к субсидиарной ответственности, в том числе членов семьи собственников».

- Есть ли критерий отличия добросовестного должника от недобросовестного? Какая информация должна быть решающей для активных действий кредитора?

Гурченко: «Конечно, все очень сложно, прямо скажем. Мы часто сталкиваемся с ситуацией, когда понимаем, что в России очень мало кредиторов, которые действительно занимаются полноценным финансовым анализом и проверкой своих контрагентов. Поэтому, конечно, здесь надо менять стандарт мышления. Мы рекомендуем создать чек-лист показателей и существенных фактов о компании, которые бы позволили отслеживать динамику и изменения ее финансового состояния. Например, смена места регистрации, менеджмента, акционеров, участников контролирующих лиц.

Дальше, конечно, это финансовые показатели. Вся эту информацию кредитор может запросить в рамках стандартных деловых отношений. А банки вообще видят все банковские проводки и прекрасно понимают, куда идут деньги, что зачастую не спасает их от того, что деньги ушли – они просто этого не заметили, поскольку операция проходит моментально.

Далее, самый простой и очевидный способ, которым никогда практически не пользуются – это прийти в компанию или на предприятие и посмотреть, что там реально происходит. Если компания сворачивает свою деятельность или вовсе ее не ведет, это сразу будет понятно. Вот такие на самом деле элементарные действия будут крайне эффективными. Кроме того, есть множество корпоративных механизмов, которые позволяют более тщательно контролировать управление компанией. Можно выстроить более тесное взаимодействие с менеджментом компании, если он, конечно, идет на контакт.

Смирнов: «Сейчас фактически для каждого кредитора нужно определить список ключевых контрагентов, от финансовой стабильности которых зависит финансовая стабильность самого кредитора. И вот по этим контрагентам проводить ежедневный мониторинг с помощью такого чек-листа».

- Говорят о возможных проблемах с перегрузкой судебной системы в связи с ростом банкротных дел. Каковы по вашему мнению пути решения данной проблемы?

Смирнов: «Поможет дополнительное госрегулирование, которое детально установит механизмы действий должников и кредиторов после мораторного периода. Например, есть институт судебной рассрочки, и должник, который находится в неудовлетворительном финансовом состоянии, может им воспользоваться. Это льготный период, когда не начисляются неустойки и не вводятся финансовые санкции, что позволяет должнику в ближайший год выстроить свою хозяйственную деятельность, действуя добросовестно. Кроме того, более активное использование процедуры мирового соглашения позволило бы значительно снизить нагрузку на судебную систему».

- Что делать кредитору в случае сокрытия активов должником?

Гурченко: «Это звонок для начала активных действий по защите своих интересов. Можно начать с самых простых вещей. Например, если у вас есть согласованный порядок платежей с этим контрагентом, то его надо изменить – не нужно платить ему прежде, чем он выполнит свои обязательства. Обеспечения, поручительства от собственников бизнеса, залоги – это абсолютно рабочие механизмы в такой ситуации. Если действительно должник от кредитора существенно зависит, возможно, необходимо рассмотреть вопрос о введении своих людей в органы управления. Это нужно делать аккуратно, чтобы не было установлено факта контроля и самого кредитора не привлекли к ответственности.

Если это совсем не работает, то нужно обращаться с исками в суд, пытаться наложить арест и получить обеспечительные меры. В некоторых ситуациях необходимо инициировать даже уголовные дела. Конечно, нужно следить за ситуацией – чтобы, когда мораторий отменят, получить возможность первым обратиться с соответствующим заявлением».

Смирнов: «Более того, если должник совершил сделку, которая является подозрительной для кредитора, ее можно и нужно оспорить. Мораторий устанавливает только запрет для кредиторов на обращение с заявлением о банкротстве. Но просуживать долг, истребовать имущество – можно.

Можно даже получить судебный акт и возбудить исполнительное производство. И когда уже начнется банкротство, если кредитор занимал проактивную позицию, все доказательства недобросовестности должника будут положены в материалы дела и кратко повысят шансы кредитора на успешную защиту».

- Есть ли, на ваш взгляд, какие-то основные моменты, на которые нужно обратить внимание в самом начале банкротства?

Смирнов: «Прежде всего, кто конкурсный управляющий и инициаторы банкротства, и соответственно, кто другие кредиторы, с кем можно взаимодействовать и отстаивать свои интересы. Безусловно, надо смотреть, кто включается в банкротство в качестве конкурсных кредиторов, и, если такие кредиторы имеют какие-то признаки аффилированности, дружественности или фиктивности своих требований, безусловно, необходимо оспаривать их действия. Можно проиграть первую инстанцию, апелляцию, кассацию, а в надзоре получить удовлетворение своих требований – такие прецеденты есть. Поэтому здесь важна проактивная позиция. Сейчас судебная практика идет по пути формирования новых правил. Например, механизм субординации – это как раз то, что нам дала судебная практика, а не законодатель».

- Недобросовестный должник отказывается предоставлять документы. Что делать в такой ситуации?

Гурченко: «Нужно идти в суд и получать судебное решение. Очень важно понимать, что если кредитор не банк, то судебное решение ему нужно получить уже сейчас, потому что иначе, если у него до сих пор нет судебного решения, то он не сможет в этой гонке опередить должника или других кредиторов, которые его уже получили. Это связано с тем, что в России процедура банкротства возбуждается только на основании, вступившего в силу судебного акта, за исключением банков, которые могут и в отсутствие вступившего в силу судебного решения инициировать процедуру. Поэтому в данной ситуации, конечно же, нужно к этому подготовиться».

- Как действовать кредитору, чтобы получить денежные средства из конкурсной массы?

Гурченко: «Вопрос вечного характера, практически неразрешимый – этого очень сложно добиться. Есть формальные вещи, которые кредитор должен сделать: включиться в реестр, пытаться взаимодействовать с кредиторами и воздействовать на арбитражного управляющего, отыскивать активы, выявлять сомнительные сделки и оспаривать их, привлекать к ответственности непосредственно контролирующих лиц должника».

Закон о банкротстве дает кредитору большие полномочия. Во-первых, кредитор может поставить вопрос о соответствии конкурсного арбитражного управляющего тем требованиям, которые установлены законом. Он может жаловаться на него, и это, кстати, очень эффективные механизмы, поскольку после возбуждения двух-трех административных дел можно ставить вопрос о дисквалификации недобросовестного арбитражного управляющего.

Во-вторых, закон позволяет кредиторам оспаривать сделки. Если кредитор видит, что процедура банкротства контролируется должником и что по факту все активы были выведены до процедуры банкротства в пользу аффилированных лиц, а конкурсный управляющий при этом бездействует, то кредитор самостоятельно может оспаривать такие сделки. Более того, Верховный суд неоднократно указывал, что кредиторы в этой ситуации слабая сторона – они не обладают никакой информацией, поэтому суд должен встать на сторону кредиторов и сам проводить тщательное расследование. Это зачастую позволяет вернуть достаточно существенные активы в конкурсную массу.

В-третьих, – кредитор может привлекать собственников и бенефициаров к субсидиарной ответственности. И даже если арбитражный управляющий отказывается это делать, кредитор сам вправе подать заявление и провести процесс.

Кроме, того всегда можно пытаться с бенефициаром должника договориться. Зачастую кредиторы успокаиваются, когда получают какие-то активы за периметром всей этой ситуации».

- Как доказать, что кредитор пытается включиться в реестр требований дружественного должника?

Гурченко: «Суды сейчас используют радикально гибкие критерии для того, чтобы такие требования практически исключить из реестра, то есть снизить их очередность и субординировать. Но прежде всего это прямая аффилированность.

Второе, это экономическая обоснованность сделок. Зачастую происходит так, что недобросовестные стороны понимают, что создавать прямую аффилированность не надо, а сделки между разными, формально не аффилированными компаниями, совершаются на очень странных условиях: с десятилетними отсрочками уплаты, с постоянными пролонгациями, уступками, зачетами. Все эти условия уже сигнал для судов, что, наверное, имеются основания для субординации.

Но необходимо учитывать, что вопрос субординации именно в период моратория может быть сейчас разрешен несколько иначе. В постановлении пленума заложена идея, что в этот период, в некоторых случаях не надо субординировать данные требования».

- Как добраться до активов должника?

Гурченко: «Это, конечно, тоже вопрос вечный: где что искать? Самое простое — это посмотреть на родственников. В последнее время расследования в Instagram и Facebook позволяют выявить многое. Кроме того, информацию о дорогостоящих зарубежных личных активах можно запрашивать – есть специальные компании, фактически детективные агентства, которые занимаются поиском и сбором информации: где открыты счета, где и какие компании зарегистрированы, в какой юрисдикции какая недвижимость находится и т.п. Розыск активов действительно имеет смысл, если долг большой. На практике инструментом фактически пользуются только такие кредиторы, как крупные банки, а вот небольшие кредиторы их не используют, хотя могли бы объединиться, все вместе инвестировать и что-то получить».

Смирнов: «У нас на самом деле даже был прецедент. Столкнулись с таким должником, который не вел никакой социальной активности в интернете, все подчищал, то есть считал себя в полной безопасности. Тем не менее фотографии в социальных аккаунтах людей, которые с ним общались, позволили установить и доказать определенные факты. Поэтому тут встает вопрос: какая сумма у должника есть в активах, и сколько нужно потратить денег, времени и ресурсов, чтобы добраться до этих активов, зафиксировав их доказательственной базой. Иногда это действительно экономически эффективная история».

- Чем закончилось это дело?

Смирнов: «Привлекли».

- Есть ли ограничения или пределы получения доказательств?

Гурченко: «Есть общие установленные законом пределы ограничения – какие-то доказательства реально получить нельзя. Нельзя привлечь как свидетелей адвокатов, например, адвокатскую тайну нельзя получить ни при каких обстоятельствах, если только доверитель не дает согласие на это. Но в основном, конечно, можно заявлять любые ходатайства с истребованием любой информации. Практически нет таких документов, которые суд не мог бы истребовать на территории России.

- Давайте тогда поговорим о трендах в банкротстве – какие сейчас существуют тренды?

Смирнов: «Мне кажется, гонка должников и кредиторов: одни пытаются как можно быстрее убежать и получше спрятаться, другие пытаются как можно быстрее догнать и найти, но эта вечная история, и с переменным успехом выигрывает то одна сторона, то другая, в зависимости от законодательного регулирования и судебной практики.

Тенденция такова, что должники ведут себя неподобающе агрессивно, на эту агрессию отвечают проактивные кредиторы, что отражается в новых судебных прецедентах, которые меняют правовой ландшафт и создают новые ветки развития.

Гурченко: «Второй тренд – это субсидиарная ответственность. Во всем цивилизованном мире действует принцип ограниченной ответственности. Это связано с тем, что бизнес – рискованное занятие, и если мы создаем компанию и вкладываем имущество, то этим имуществом и должны отвечать. Но по факту мы сейчас сталкиваемся с ситуациями, когда даже максимально добросовестные бенефициары, которые, например, действительно оказались в сложной кризисной ситуации, находятся под риском этой ответственности. Поэтому для таких добросовестных людей закручивание гаек привело как раз к тому, что правовой механизм стали воспринимать в негативном контексте – собственников все равно привлекают к ответственности, даже если никаких оснований для этого нет».

Смирнов: «Третий тренд – субординация требований кредиторов. Этот новый институт позволяет судам любые отношения внутри группы компаний, аффилированных или контролирующих должника лиц признавать корпоративными, тем самым понижая права требования таких лиц в очередности удовлетворения перед другими кредиторами. Что экономически приводит к невозможности удовлетворения таких прав требований и ограничению в правах, за исключением процессуальных».

КОНТАКТЫ

Алина Зорьева, Юлия Козлова,
+7 (812) 322 96 81, pr.spb@epam.ru