№ 03 (79) 2019 ВЗЫСКАНИЕ ДОЛГОВ

Риски обращения взыскания на иностранные активы в обход российского банкротства

25.02.2019 СТАТЬИ

Вряд ли в 1998 г. Михаил Парамонов, учредитель «ТаГАЗ», предвидел, что через 20 лет судьбу его виллы во Франции будут решать кредиторы в рамках российского дела о банкротстве [*] . Впрочем кредиторы (ВТБ и Газпромбанк) тоже не спешили переносить решение этого вопроса на родину должника [**]. В итоге вилла все же попала в конкурсную массу г-на Парамонова, но между Газпромбанком и ВТБ возник спор о порядке реализации актива: через российский суд или в иностранной юрисдикции [***] . Обращение взыскания на актив за рубежом — рискованный, но зачастую единственный способ для кредиторов добиться реального удовлетворения. Авторы рассматривают наиболее вероятные риски такого подхода и предлагают ряд универсальных формул для оценки его целесообразности. Подробнее о том, как оценить целесообразность иностранного процесса о взыскании в обход российского дела о банкротстве читайте на сайте: www.kkplaw.ru.

Прецеденты вынесения российским судом «отдельного определения» о порядке реализации иностранного актива (абз. 3 п. 1 ст. 213.26 Закона о банкротстве) можно пересчитать по пальцам одной руки[1]. Кроме того, добиться такого определения российского суда — лишь полдела, ведь дальше предстоит его исполнение иностранным судом (а оно может и не состояться, если суд сочтет его невозможным из-за неизбежных в отсутствие практики

ошибок). Именно значительная неопределенность пути обращения взыскания на иностранный актив через российское банкротство подталкивает многих кредиторов к тому, чтобы по старинке обращать взыскание напрямую в иностранной юрисдикции (то есть в обход банкротства с точки зрения российских судов), тем более что в этом случае, казалось бы, не нужно делиться выявленным активом с иными кредиторами согласно пропорциям требований в банкротном реестре. Однако и этот путь несет в себе ряд рисков для кредиторов.

В российском банкротстве стандартной является ситуация, когда при предъявлении должнику объемных требований различных недружественных групп кредиторов оказывается, что имущества в конкурсной массе хватает для пропорционального удовлетворения только 5–10 % таковых. При этом зарубежных активов должника, еще не включенных в конкурсную массу, часто бывает достаточно для полного удовлетворения требований одного из кредиторов, но мало для удовлетворения требований остальных.

Не углубляясь в теоретические вопросы, соотношение правовых систем Российской Федерации и какой-либо иной юрисдикции (что особенно проблематично из-за того, что Россия не участвует в двусторонних или многосторонних международных договорах по вопросам трансграничного банкротства[2]), предлагаем рассмотреть с практической точки зрения наиболее вероятные риски «активного» кредитора, заинтересованного в иностранном активе. Универсальность таких рисков не свидетельствует о наличии единого подхода к их минимизации в разных юрисдикциях [3].

Риск А: «потеря» средств на поиск активов и безрезультатный судебный процесса

Если даже кредитор сумеет выявить актив и далеко продвинуться в иностранном процессе, вскрытие информации о банкротстве может повлечь за собой:

- прекращение производства иностранного суда или его рассмотрение и отказ по существу (средняя вероятность риска);

> удовлетворение иска кредитора, но лишение возможности его фактического исполнения в соответствующей юрисдикции или прекращение исполнительного производства (вероятность выше среднего).

Независимо от процессуальной формы неудачи в иностранном процессе данный риск сводится к напрасному расходованию ресурсов кредитора. Реализация риска зависит от многих факторов.

1. ***Какова вероятность того, что иностранному суду станет известно о текущем банкротстве в России?***

Обычно должник в лице конкурсного управляющего представляет возражения иностранному суду тогда, когда управляющий не был назначен при поддержке «активного» кредитора[4]. В судебной практике встречается позиция, согласно которой конкурсный управляющий (независимо от его лояльности к конкретному кредитору) обязан разыскивать иностранные активы должника при недостаточности имущества в конкурсной массе, если имеются косвенные доказательства наличия таких иностранных активов[5]. Однако на сегодняшний день отсутствуют примеры привлечения арбитражных управляющих к ответственности за непроведение розыска иностранных активов должника. К тому же арбитражный управляющий может намеренно скрывать факт получения уведомлений и сведений об иностранных активах должника и связанных с ними процессах.

Если управляющий нелоялен по отношению к «активному» кредитору, то последний едва ли избежит вмешательства в инициированный им зарубежный процесс. Любой иностранный суд попытается уведомить должника о процессе по адресу его регистрации (и соответствующее уведомление, вероятнее всего, окажется в распоряжении арбитражного управляющего).

Кроме того, могут напрямую вмешаться иные кредиторы, однако их позиция значительно слабее позиции управляющего. Право иного кредитора представлять возражения в исковом

производстве с участием должника прямо не закреплено российским законодательством [6]. Право кредитора на возражение останется под вопросом, даже в том случае, если иностранный суд допустит применение российского права. В отличие от права конкурсного управляющего действовать от имени должника, которое в большинстве юрисдикций признается частью личного закона юридического лица (подтверждение его полномочий не требует дополнительного производства), право кредитора на возражение не признается частью личного закона должника. Данный подход представляется оправданным. В России, например, такое право вытекает из процессуальных норм, которые в принципе не входят в личный закон лица и не действуют экстерриториально.

Другой вопрос — сочтет ли иностранный суд возможным прекратить производство только на том основании, что узнал о банкротстве ответчика в России, независимо от источника (как если бы он сам получил эту информацию)? При положительном ответе наличие или отсутствие права кредитора предоставить возражения отходят на второй план — главное, что суд фактически узнал о банкротном деле и может по собственной инициативе прекратить производство.

2. ***Требуется ли признание судебных актов российского дела о банкротстве в иностранной юрисдикции?***

В связи с тем, что Россия не участвует в каких-либо соглашениях о трансграничном банкротстве, для ее судебных актов о банкротстве нет прямых изъятий из общего правила о необходимости признания судебных решений в иностранных юрисдикциях. Впрочем, национальное право отдельных юрисдикций может относить статус несостоятельности к вопросу личного закона должника и не требовать признания судебных актов в деле о банкротстве.

Вероятность успешного признания судебных актов прямо зависит от конкретной иностранной юрисдикции. Важно определить наличие соглашений между Россией и соответствующим государством о признании судебных актов или, если таких соглашений

нет, наличие у них практики признания судебных актов на основе принципа вежливости и взаимности. Как правило, взаимность в признании судебных актов устанавливается в «широком смысле» (например, взаимность по коммерческим спорам в целом). Однако в определении Верховного суда РФ по делу о банкротстве г-на Кехмана [7] был сформулирован новый для России подход о взаимности в «узком смысле»: якобы необходимо доказать взаимность не просто по коммерческим спорам, а именно по банкротным решениям. При донесении до иностранного суда этого подхода (как позиции судебной системы Российской Федерации по принципу взаимности) значительно возрастает шанс на отказ в признании российских актов по делу о банкротстве.

3. ***Иностранный суд может проигнорировать информацию о российском банкротном деле, если институт банкротства конкретной категории лиц не разрешен в этой юрисдикции.***

Так, механизм банкротства физических лиц, введенный в Российской Федерации в 2015 г., по-прежнему чужд многим правопорядкам.

4. ***Установление иностранным судом того, что «активный» кредитор не предъявлял требований к должнику в деле о банкротстве в России и не признавал компетенцию Российской Федерации над любыми спорами в отношении имущества должника, также повысит вероятность удовлетворения его требований иностранным судом.***

Данный вывод следует из ряда прецедентов Высокого суда Великобритании[8]. Конечно, это не означает, что кредиторам всегда стоит воздерживаться от участия в российском деле о банкротстве должника лишь из-за гипотетической возможности обратить взыскание на его иностранный актив. Однако кредитору, заранее проинформированному о том, что полная сумма его требований не будет удовлетворена ни в российском деле о банкротстве, ни в иностранной юрисдикции, может быть целесообразно уступить часть требования иному подконтрольному лицу и не включать ее в российский реестр, а использовать от имени цессионария при обращении взыскания за рубежом.

Данный подход применим и для тех кредиторов, которые пропустили срок, отведенный на обращение с требованиями в российском деле о банкротстве. Это только укрепляет их позицию в иностранных процессах.

5. ***При наличии информации об отчуждении иностранного актива должника иному лицу «активный кредитор» может обратиться с fraud claim как к должнику, так и к приобретателю актива как к соответчикам.***

В этом случае прекращение производства в части требований к основному должнику в связи с его банкротством, вероятнее всего, не прекратит производство в отношении приобретателя (фактически владеющего активом к моменту вынесения решения). Однако надо учитывать, что бремя доказывания для fraud claim традиционно остается весьма высоким.

Риск Б: оспаривание передачи имущества «активному» кредитору

Если «активный» кредитор обратил взыскание на имущество в иностранной юрисдикции и об этом стало известно нелояльному по отношению к нему конкурсному управляющему или иным кредиторам, последние, вероятнее всего, попытаются оспорить платеж или передачу имущества уже в рамках российского дела о банкротстве по специальным банкротным основаниям (гл. III.1 Закона о банкротстве) согласно ч. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве с

учетом разъяснений, приведенных в подп. 2, 5, 6 и 7 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63.

На практике кредиторы нередко пытаются ослабить возможные негативные последствия данного риска недобросовестными способами, направленными на невозможность исполнения решения российского суда о недействительности сделки:

1) уступкой права требования на «пустую» и/или офшорную компанию до инициации иностранного процесса;

2) после фактического взыскания в пользу нового кредитора — оперативным отчуждением имущества в пользу третьих лиц по цепочке приобретателей (как для сокрытия имущества, так и для создания видимости добросовестности последующих приобретателей);

3) ликвидацией и/или сокрытием документов кредитора, непосредственно обратившего взыскание на актив.

Для фактического перераспределения актива от кредитора в конкурсную массу потребуется признание в иностранной юрисдикции российского судебного акта о недействительности такой сделки. В связи с этим, во-первых, в признании может быть отказано в отсутствие международного договора и практики взаимности между Российской Федерацией и соответствующей юрисдикцией, во-вторых, в течение производства о признании связанные с кредиторам лица будут иметь возможность дальнейшего отчуждения и сокрытия актива в отсутствие принятия обеспечительных мер.

Риск В: иски о взыскании неосновательного обогащения к «активному» кредитору

Если дело о банкротстве уже завершено (и оспорить сделку в рамках риска оспаривания передачи имущества «активному» кредитору невозможно), у «обделенных» реестровых кредиторов все еще остается механизм взыскания с «активного» кредитора.

Полученные «активным» кредитором средства могут быть квалифицированы как неосновательное обогащение в пользу реестровых даже по завершении дела о банкротстве [9]. Впрочем, в практике встречается и противоположная позиция, не допускающая взыскание неосновательного обогащения (поскольку такой иск является ненадлежащим способом защиты права)[10].

Риск Г: понижение очередности требований «активного кредитора» («за реестр») после признания сделки недействительной

Российский суд, применяя последствия недействительности (см. риск оспаривания передачи имущества «активному» кредитору), может признать кредитора однозначно осведомленным о том, что обращение взыскания повлекло за собой его преимущественное удовлетворение и он действовал совершенно умышленно, обращая взыскание на актив в обход дела о банкротстве и преимущественно перед иными кредиторами (п. 2 ст. 61.6 Закона о банкротстве, п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона „О несостоятельности (банкротстве)“»).

В итоге требования кредитора могут оказаться «за реестром», и он не сможет претендовать даже на ту часть иностранного актива в конкурсной массе, которая изначально соответствовала его доле в реестре (до «понижения» его очередности). Едва ли многие положительно оценят иронию данной ситуации: кредитор, вернувший актив должника в конкурсную массу, не получит ничего, кроме груза судебных издержек (в отличие от иных, «спящих» в реестре, кредиторов, которые и разделят возвращенный актив).

На практике этот сценарий еще не был реализован, но по, нашему опыту, кредиторы учитывают такой риск, когда управляющий либо иные кредиторы проявляют активность в иностранном процессе. Так, «активный» кредитор может заявить иностранному суду, что цель его взыскания заключается в том, чтобы позднее передать средства в конкурсную массу должника (и предотвратить сокрытие актива должником, поэтому он вынужден действовать

срочно и напрямую, не дожидаясь активности управляющего). Конечно, после подобного заявления действительно стоит добровольно передать имущество в конкурсную массу, иначе вопрос о недействительности платежа будет практически предрешен, и дополнительно возникнут риски кредитора перед иностранным судом.

Недобросовестной альтернативой данного способа минимизации риска являются уступка прав требований на формально неподконтрольные компании и обращение взыскание от их имени с целью последующего сокрытия взысканного от управляющего и иных кредиторов.

***

Активность кредиторов по обращению взыскания за рубежом — рискованный, но зачастую единственный способ добиться реального удовлетворения. На этапе принятия решения о реализации такого проекта кредитор обычно испытывает дефицит информации. Мы советуем использовать ряд универсальных формул, которые позволят предварительно оценить целесообразность проекта и решить, стоит ли в принципе получать более детальные сведения о найденном активе, запрашивать правовые заключения юристов соответствующих юрисдикций, обращаться с иском и требовать раскрытия недостающих доказательств в судебном порядке.

---

[*] Дело No A53–30102/2015 рассматривается в АС Ростовской области.
[**] В 2015 г. по заявлению ВТБ французский суд арестовал актив в поддержку иска о внебанкротном взыскании с должника во Франции (заявления о признании решения российского суда о взыскании на территории Франции), но кредиторы не торопились сообщать об этом российскому суду. В 2016 г. финансовый управляющий должника сам узнал о французском решении об аресте и, соответственно, об активе. Однако даже после этого кредиторы предпочли не делиться с судом и управляющим документами по иностранным

процессам и активам, а уплачивать судебные штрафы (50 тыс. рублей) за то, что не предоставили сведений. См. Определение АС Ростовской области от 04.10.2017 по делу No А53–30102/2015.
[***] Газпромбанк поддержал утверждение порядка реализации актива российским судом, однако ВТБ обжаловал соответствующее определение.

[1] Определение АС Ростовской области от 25.12.2018 по делу № А53–30102/2015.

[2] При этом для восполнения пробелов законодательства не исключено применение иностранными судами по аналогии основных принципов и прямых положений, в частности не вступившей в силу Европейской конвенции о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбул, 05.06.1990) и нормативных актов ЕС (см. COUNCIL REGULATION (EC), No 1346/2000 on insolvency proceedings от 29.05.2000).

[3] Подчеркиваем, что некоторые из рассмотренных в статье шагов по минимизации рисков из-за возможной оценки в качестве недобросовестных действий ни в какой форме не могут быть рекомендованы нами, тем не менее полагаем необходимым упомянуть их, поскольку это позволит эффективнее противодействовать недобросовестному поведению конкурирующих кредиторов.

[4] В этом случае управляющие тоже нередко защищают интересы иных кредиторов должника, предъявляя возражения иностранному суду или приставу.

[5] Например, см.: Постановление ФАС Московского округа от 01.11.2008 по делу № А40–9508/06–71–6»Б».

[6] Согласно российскому праву, иной кредитор может обжаловать судебные акты, принятые при рассмотрении исков к должнику, или требовать их пересмотра по правилам для вновь открывшихся обстоятельств, что подробно разъяснено, например, в Определении ВС РФ от 24.12.2015 по делу по делу № А45–6961/2014 на основе ст. 42 АПК РФ и п. 24 Постановления

Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35. Логично предположить, что право на обжалование уже принятых актов должно подразумевать и право на представление возражений до вынесения решения судом первой инстанции. Однако однозначной позиции на уровне закона или Верховного суда РФ по этому поводу нет, а значит, доказать такую возможность иностранному суду непросто.

[7] Определение ВС РФ от 10.10.2016 по делу № А56– 71378/2015.

[8] Дело Erste Group Bank AG (London Branch) v JSC «VMZ Red October» [2013] EWHC2926 (Comm) (03.10.2013); дело Jefferies International Ltd v Landsbanki Islands HF [2009] EWHC894 (Comm) (28.04.2009); дело Mazur MediaLimited & Another v Mazur Media GmbH [2004] EWHC. Однако этот подход может быть применен и во многих иных юрисдикциях.

[9] Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2012 № 15АП-208/2012 по делу № А53–16096/2011.

[10] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.07.2014 по делу № А13–15449/2011, оставлено без изменения определением ВАС РФ.

Николай Покрышкин партнер адвокатского бюро г. Москвы «Кульков, Колотилов и партнеры»

Кристина Алекса юрист «Кульков, Колотилов и партнеры»

СТАТЬИ