
В ходе процедуры банкротства должника реестровый кредитор (включая банки) или арбитражный управляющий может попытаться оспорить платежи должника как сделки с предпочтением на основании части 3 статьи 61.3 Закона о банкротстве¹. Какими способами можно доказать осведомленность банка-кредитора о признаках банкротства должника?

Николай ПОКРЫШКИН, фирма «Кульков, Колотилов и партнеры», партнер
Ольга КОКОЗ, фирма «Кульков, Колотилов и партнеры», юрист

Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?



Сделка/платеж в пользу кредитора, совершенные должником с предпочтением в полугодовом периоде от даты принятия заявления о его банкротстве, могут быть признаны недействительными, *«если установлено, что кредитору или иному лицу, в отношении которого совершена такая сделка, было известно о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества»* (п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве).



Как следует из буквального толкования процитированной нормы, закон не требует абсолютно и безусловно доказанной осведомленности кредитора о признаках банкротства его должника на дату сделки. Напротив, для признания сделки недействительной согласно п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве достаточно осведомленности кредитора *«об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод»* о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества².

В ст. 2 Закона о банкротстве указано, что под недостаточностью имущества понимается *«превышение размера денежных обязательств*

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

² Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 19.03.2015 № Ф06-21256/2013 по делу № А65-27969/2012.

Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?

и обязанностей по уплате обязательных платежей должника над стоимостью имущества (активов) должника», а под неплатежеспособностью — «прекращение исполнения должником части денежных обязательств или обязанностей по уплате обязательных платежей, вызванное недостаточностью денежных средств... недостаточность денежных средств предполагается, если не доказано иное».

Пожалуй, единственное доказательство, «безусловно принимаемое» судами как достаточное для подтверждения осведомленности кредитора о признаках банкротства должника, — это бухгалтерские балансы на последнюю отчетную дату до сделки, если в них отражен отрицательный размер чистых активов должника. Но и в этом случае у кредитора-ответчика остается пространство для маневра — возможность доказать посредством отчетов оценщика, первичных документов об активах и обязательствах, что объективно чистые активы были положительны в дату сделки (несмотря на данные бухгалтерского баланса); в этом случае высок шанс, что суд откажет в признании сделки недействительной с мотивировкой, что «ошибочная» осведомленность о неплатежеспособности на основе неверных данных бухгалтерских балансов (т.е. при объективном отсутствии признаков банкротства на дату сделки) недостаточна для «выполнения теста» по ч. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве.

Лица, структурирующие сделки в преддверии банкротства, как правило, знают об этом риске и избегают его, «правдами и неправдами» обеспечивая положительные чистые активы по балансу (даже если искажение балансов «всплывет» и будет доказано суду в дальнейшем, это не снимет довод ответчиков о неосведомленности со ссылкой на доступные им балансы).

В такой ситуации особую актуальность как для арбитражных управляющих, реестровых кредиторов, так и для получателей преимущественного удовлетворения приобретают иные способы доказывания осведомленности кредиторов о признаках банкротства. Соответствующая практика не единообразна и не унифицирована, что оставляет широчайшее пространство для усмотрения суда и творчества представителей сторон.

Какие обстоятельства могут быть признаны достаточными для вывода об осведомленности кредитора?

Суды нередко признавали следующие обстоятельства достаточными для вывода об осведомленности кредиторов (включая банки) о признаках банкротства должников:

Николай ПОКРЫШКИН
Ольга КОКОЗ

1. Подача кредиторами существенных исков к должнику (в т.ч. не рассмотренных судом к дате спорной сделки) и (или) исполнительные производства в отношении должника.

Ранее сформированная положительная практика по этому вопросу¹ получила очередное подтверждение в «свежей» позиции ВС РФ, который своим Определением² отменил акты нижестоящих судов, отказавших в признании сделки недействительной.

При этом в ряде дел, включая рассмотренные Арбитражным судом Московского округа в 2018 г.³, суды полностью проигнорировали данное обстоятельство, ссылаясь на то, что иски еще не были рассмотрены к дате сделки и (или) кредитор не обязан был отслеживать публично доступные сведения о поданных исках (или просто деликатно умалчивая об этом факте в мотивировке акта).

2. Существенная по сумме и (или) сроку просрочка должника перед кредитором (контрагентом по оспариваемой сделке/получателем платежа).

Положительная практика⁴ по данному признаку (успешное признание сделок недействительными) встречается значительно реже, чем отрицательная.

Это вполне объяснимо тем, что суды опасаются «открыть путь» для оспаривания всех платежей должников в полугодовом периоде, совершенных с просрочкой относительно сроков обязательства (вопрос стабильности оборота и мотивации должника продолжать исполнять обязательства, если он уже допустил просрочку по ним).

И все же разве можно всерьез утверждать, что кредитор не должен был сделать вывод о признаках банкротства должника, если в течение существенного срока (например, 3–4 месяца) должник не испол-

¹ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 05.09.2016 № 10АП-10353/2016 по делу № А41-24723/14, оставленное без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 10.11.2016 № Ф05-11517/2016, Определением ВС РФ от 27.02.2017 № 305-ЭС16-18299 в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано; Постановление ФАС Московского округа от 23.01.2013 по делу № А40-6117/12-73-24, Определением ВАС РФ от 21.05.2013 № ВАС-5710/13 отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ.

² Определение ВС РФ от 30.03.2018 № 305-ЭС17-19041 (1,2).

³ Постановления Арбитражного суда Московского округа от 05.07.2018 по делу № А40-239397/15, от 04.07.2018 по делу № А40-175603/15.

⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.08.2016 № 09АП-37142/2016 по делу № А40-187351/2013, оставленное без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 24.10.2016 № Ф05-19328/2015, Определением ВС РФ от 16.02.2017 № 305-ЭС16-17922(2) в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.12.2015 по делу № А10-4251/2013; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.05.2013 № 17АП-11563/2011-ГК по делу № А71-6044/2011, оставленное без изменения Постановлением ФАС Уральского округа от 19.08.2013 № Ф09-2549/12.

Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?

нял обязательства перед ним на сотни миллионов рублей (без спора с кредитором о наличии обязательства, просто из-за «отсутствия возможности»)?

3. Опубликование сообщения кредитора о намерении обратиться с заявлением о признании должника банкротом. Это существенное обстоятельство, которое суды нередко признают достаточным для установления осведомленности кредитора¹.

Однако в практике также выработан подход², согласно которому суд прежде всего должен убедиться, не являются ли опубликование таких извещений и даже систематические обращения с заявлением о банкротстве в отношении должника «ординарным» способом взыскания, который регулярно практикуется кредитором. Иными словами, если кредитор регулярно «закидывает» своих должников подобными уведомлениями, пытаясь тем самым просто быстрее взыскать средства с должника (но не планируя всерьез участвовать в процедуре банкротства), то наличие такого уведомления не является подтверждением осведомленности кредитора о признаках банкротства должника.

Соответственно рекомендуем обеим сторонам противостояния собирать доказательства:

— является ли публикация/заявление о банкротстве стандартным, ординарным способом взыскания для кредитора, сделавшего публикацию;

— нормальна ли для данного должника ситуация, когда он исполняет обязательства только (и вскоре) после аналогичных публикаций/обращений.

4. Недостаточность денежных средств на счете должника, открытым в банке-кредиторе, для полного исполнения обязательств перед таким банком и (или) перед иными известными банку кредиторами должника.

«Положительная» практика немногочисленна³, поскольку в распоряжении ответчиков всегда остается простой довод: должник мог иметь счета в иных банках, о которых банк-кредитор не мог достоверно знать что-либо, а значит, и не имел оснований для вывода о признаках банкротства должника.

Регулярная публикация сообщений кредитора о намерении обратиться с заявлением о признании должника банкротом может быть только одной из методик «корпоративного коллекторства» с целью быстрее взыскать долг, а не подтверждением осведомленности о признаках банкротства должника.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.09.2017 № 09АП-19204/2017, 09АП-19206/2017, 09АП-36892/2017 по делу № А40-197397/15.

² Пункт 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63.

³ Постановление ФАС Московского округа от 08.02.2017 по делу № А41-17867/2014, Определением ВС РФ от 05.05.2017 № 305-ЭС16-13459(2) в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано.

Николай ПОКРЫШКИН
Ольга КОКОЗ

Пожалуй, этот довод имеет право на жизнь в случае, если данное обстоятельство — единственное свидетельствующее о признаках банкротства должника.

Полагаем, что при наличии иных обстоятельств, указанных в данной статье, суд должен презюмировать возможность и обязанность банка как минимум запросить у должника и разумно оценить сведения об активах и таких «предполагаемых» счетах в иных банках, которые якобы могут быть достаточны для исполнения обязательств перед банком.

Если он не затребовал соответствующие документы и пояснения, надлежит полагать, что он знал или должен был знать о банкротстве должника.

В противном случае получается, что банку-кредитору выгодно закрывать глаза на состояние должника (и даже не пытаться его прояснить) — ведь если он «выяснит» отсутствие иных счетов/активов, то может быть признан осведомленным, что резко повысит риск оспаривания сделки по ч. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве. Полагаем, что закон должен стимулировать участников оборота проявлять разумную степень осмотрительности, а не «прятать голову в песок» (лишь бы не узнать что-то неудобное кредитору как потенциальному ответчику).

И применительно к банкам это особенно справедливо, учитывая наличие специального регулирования, обязывающего банки мониторить состояние должников (в т.ч. для создания резервов — подробнее см. далее).

Эта логика применима не только к данному пункту, но и к иным обстоятельствам, изложенным в настоящей статье: странно предполагать, что в рамках мониторинга состояния заемщиков банк не должен, например, исследовать картотеку арбитражных дел или уклоняться от элементарного расчета четырех базовых коэффициентов платежеспособности по бухгалтерским балансам. Если это не должно быть обязательной частью банковского мониторинга должников, то что вообще туда должно входить?

Впрочем, судя по всему, в ближайшее время банки могут не опасаться тотального вменения им настолько ответственного подхода: как правило, суды удовлетворяются доводами банков (в т.ч. системообразующих), что им затруднительно мониторить и запрашивать всех должников об их состоянии, а косвенные доказательства и обстоятельства недостаточны для вменения банкам осведомленности. Обратная практика появляется от случая к случаю, но все еще не является доминирующей.

Если у должника с банком-кредитором есть дополнительное соглашение об отсрочке платежей, суды могут толковать это как обстоятельство, достаточное для установления факта осведомленности кредитора о признаках банкротства должника.

Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?

5. Реструктуризация задолженности должника (отсрочка в исполнении обязательств).

Положительная практика по данному вопросу¹ прямо вытекает из п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63, названного достаточным для осведомленности обстоятельством «*неоднократное обращение должника к кредитору с просьбой об отсрочке долга по причине невозможности уплаты его в изначально установленный срок*».

На практике в распоряжении арбитражного управляющего нечасто оказываются переписка/протоколы встреч, фиксирующих такое «неоднократное обращение должника» (сам должник, как правило, скрывает подобную переписку; банк-кредитор, получивший преимущественное удовлетворение, тоже очевидно не заинтересован предоставлять ее суду).

Поэтому суды начали толковать этот «пример» расширительно, что вполне справедливо: если нет доказательств «*неоднократных обращений*», но есть, например, дополнительное соглашение об отсрочке платежей (как очевидный результат таких обращений, поскольку у разумного кредитора нет собственного интереса отодвигать даты исполнения обязательств перед ним), то само наличие такого соглашения подтверждает предварительные обращения должника к кредитору.

В судебной практике остается открытым вопрос, необходимо ли именно «неоднократное» заключение подобных соглашений об отсрочке или же критерий «неоднократности» применим только к «обращениям» должника, а соглашение может быть одно (и этого достаточно для установления факта осведомленности кредитора). Мы считаем второй подход более обоснованным, так как соответствующий пункт в Постановлении Пленума ВАС РФ является лишь отдельным примером, то есть не содержит жесткого правила, связывающего суды критерием «неоднократности» при оценке иных доказательств осведомленности (помимо переписки).

6. Неудовлетворительные финансовые коэффициенты по бухгалтерскому балансу должника на последнюю отчетную дату, предшествующую совершению сделки.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.08.2016 № 09АП-37142/2016 по делу № А40-187351/2013, оставленное без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 24.10.2016 № Ф05-19328/2015, Определением ВС РФ от 16.02.2017 № 305-ЭС16-17922(2) в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.07.2016 № Ф07-6048/2016, Ф07-6052/2016 по делу № А66-4283/2014; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.07.2011 по делу № А56-5789/2010; Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 13.11.2013 по делу № А27-7404/2011.

Николай ПОКРЫШКИН Ольга КОКОЗ

Суды все чаще прислушиваются¹ к доводу об обязанности банков в рамках мониторинга состояния должников делать расчет на основе бухгалтерских балансов должников четырех основных финансовых показателей, методика расчета которых закреплена в Постановлении Правительства РФ от 25.06.2003 № 367. Интересно, что изначально это постановление касалось только анализа силами арбитражных управляющих уже в процедуре банкротства, но развитие судебной практики, по сути, распространило эту методику и на анализ, проводимый банками-кредиторами до банкротства.

Итак, речь о четырех ключевых коэффициентах, значение которых может подтверждаться как расчетом арбитражного управляющего/кредитора, так и соответствующим заключением специалиста (оценщика):

- коэффициент абсолютной ликвидности;
- коэффициент текущей ликвидности;
- показатель обеспеченности обязательств должника его активами;
- степень платежеспособности по текущим обязательствам.

Остается открытым вопрос, должны ли все четыре коэффициента быть негативными для вывода об осведомленности кредитора о неплатежеспособности должника. В приведенной нами практике успешного оспаривания есть примеры, когда суду было достаточно только 1–2 негативных коэффициентов для вывода об осведомленности кредитора. При этом особое внимание суды уделяют коэффициенту абсолютной ликвидности.

Позиция судов, игнорирующих указанные обстоятельства при установлении осведомленности банка-кредитора

Повторимся: доказательства наличия некоторых или даже всех из перечисленных обстоятельств еще не являются гарантией признания банка-кредитора осведомленным, а сделки — недействительной по ст. 61.3 Закона о банкротстве.

¹ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 14.12.2016 № Ф10-1967/2016 по делу № А62-316/2015; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.08.2016 № 09АП-37142/2016 по делу № А40-187351/2013, оставленное без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 24.10.2016 № Ф05-19328/2015, Определением ВС РФ от 16.02.2017 № 305-ЭС16-17922(2) в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 02.05.2017 № Ф03-913/2017, Определением ВС РФ от 31.07.2017 по делу № 303-ЭС17-9517 (1,2) в передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ отказано; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.12.2015 по делу № А10-4251/2013; Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17.07.2017 № Ф03-2552/2017; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2016 № Ф10-1359/2016 по делу № А68-2275/2014, Определением ВС РФ от 20.09.2016 № 310-ЭС16-10069 отказано в передаче дела для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ; Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2011 по делу № А12-23548/2009, оставленное без изменения Постановлением ФАС Поволжского округа от 20.09.2011 по делу № А12-23548/2009.

Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?

Так, например, Арбитражный суд Московского округа в Постановлении от 05.07.2018 по делу № А40-239397/15 подтвердил правомерность отказа в признании недействительными платежей в сумме более 170 млн руб., несмотря на наличие всех указанных выше обстоятельств и судебную практику их оценки. Суд подтвердил, что банк-кредитор по существу обязан только проводить расчет величины чистых активов должника и иной анализ с его стороны не требуется. Мотив суда в данном деле вполне понятен — сохранение стабильности оборота в сочетании с пределами рассмотрения дела в кассационной инстанции.

И в целом этот подход весьма распространен. Отказывая в подобных исках, суды в первую очередь ссылаются на п. 12.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63: «Сам по себе тот факт, что другая сторона сделки является кредитной организацией, не может рассматриваться как единственное достаточное обоснование того, что она знала или должна была знать о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника».

Бесспорно, сам по себе статус кредитной организации в качестве единственного обстоятельства не может свидетельствовать об осведомленности кредитора о признаках банкротства. Так, действительно, банк не должен считаться автоматически осведомленным о признаках неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества лишь в силу своего статуса, если он добросовестно осуществляет действия по мониторингу своих рисков в соответствии с Положением о порядке формирования резервов¹, а должник банка фальсифицирует отчетность.

Однако полагаем, что перечисленных выше обстоятельств именно в сочетании со статусом банка как кредитной организации, обязанной осуществлять мониторинг должников в определенном порядке, в большинстве случаев должно быть достаточно для установления осведомленности банков-кредиторов.

Как следует из п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63, установлен лишь примерный перечень обстоятельств, которые могут свидетельствовать о признаках неплатежеспособности/недостаточности имущества. И данный перечень не является закрытым. А значит, не должна являться исчерпывающим основанием для

¹ Положение Банка России от 26.03.2004 № 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности». Далее мы будем ссылаться именно на него, так как в отношении Положения от 28.06.2017 № 590-П еще не успела сложиться судебная практика. В любом случае в части, применимой для настоящей статьи, новое Положение от 28.06.2017 № 590-П не противоречит Положению о порядке формирования резервов.

Николай ПОКРЫШКИН
Ольга КОКОЗ

отказа в иске, поданном против банка-кредитора на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве, ссылка суда только лишь на отсутствие картотеки, отсутствие заявления о признании себя банкротом или отсутствие обращения с просьбой об отсрочке платежа (приведенных в качестве примеров в данном постановлении).

Порядок мониторинга банками состояния должников, подтверждающий, что банки знают или должны знать о признаках банкротства

Статьей 24 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» установлена обязанность банков классифицировать выданные ими ссуды и создавать резервы под возможные потери в результате хозяйственной деятельности. Такие резервы подлежат созданию в отношении каждой выдаваемой банком ссуды на основе информации, которую банк получает при оценке собственных рисков, связанных с потенциальной возможностью невозврата ссуды.

Положением о порядке формирования резервов установлена обязанность банков оценивать свои риски в отношении выданных ими ссуд постоянно. То есть от даты выдачи ссуды до даты ее возврата банк должен добросовестно оценивать возможный риск невозврата денежных средств заемщиком и соответствующим образом создавать резервы.

Такая оценка в соответствии с Положением о порядке формирования резервов осуществляется на основании ряда факторов, часть из которых (сведения о бухгалтерском балансе, о подаче и об удовлетворении исков против должника, о возбуждении исполнительных производств и дел о банкротстве) является публично доступной информацией¹, не требует никаких математических расчетов и может быть относительно быстро проанализирована сотрудником и (или) внутренней электронной системой банка.

Кроме того, в соответствии с Положением о порядке формирования резервов в составе публично доступной информации на сайтах банков, как правило, публикуются данные (например, в форме отчетов или утвержденных банком методик), конкретизирующие, как именно банк осуществляет оценку своих кредитных рисков.

Отметим, что расчет четырех ключевых коэффициентов финансового состояния должников элементарно выполняется на основании

Невыполнение или ненадлежащее выполнение банками своих обязанностей по мониторингу должников может повлечь за собой признание их лицами, которые должны были знать о признаках банкротства должника.

¹ Согласно п. 3.1.2 Положения о порядке формирования резервов «источниками получения информации о рисках заемщика являются... средства массовой информации и другие источники, определяемые кредитной организацией самостоятельно. Кредитная организация должна обеспечить получение информации, необходимой и достаточной для формирования профессионального суждения о размере расчетного резерва».


Как доказать, что банк-кредитор был осведомлен о признаках банкротства должника?

бухгалтерских балансов должников, которые в свою очередь банки обязаны получать от должников (или уполномоченных органов) в силу Положения о порядке формирования резервов.

Полагаем, что невыполнение или ненадлежащее выполнение банками своих обязанностей по мониторингу должников может повлечь за собой признание их лицами, которые должны были знать о признаках банкротства должника. Так, если банк не получил бухгалтерский баланс у самого должника или удовлетворился отказом должника представить такой баланс (т.е. если банк не получил его самостоятельно от уполномоченных органов), то едва ли можно обоснованно истолковать этот факт в пользу банка и признать, что он не должен был знать о признаках банкротства должника (вопреки интересам иных, реестровых, кредиторов должника).

В конечном итоге суды обладают широчайшей дискрецией при оценке осведомленности банков-кредиторов на основе описанных в статье обстоятельств. В сочетании с неоднородной судебной практикой это:

— с одной стороны, сохраняет риск успешного оспаривания платежей для банков — получателей преимущественного удовлетворения (и мотивирует их заранее готовить доказательственную базу неосведомленности, несмотря на надлежащим образом выполненный мониторинг);

— с другой стороны, дает реестровым кредиторам и арбитражным управляющим не гарантированную, но значимую возможность наполнить конкурсную массу. 

Банк как партнер: новая схема финансирования застройщика, управление ипотечным проектом

Особенности кредитного договора в новой схеме финансирования застройщика: на что обратить внимание?

Каких революционных изменений партнерской работы стоит ждать в ипотечном кредитовании

Новый подход к использованию данных БКИ при оценке вероятности дефолта и досрочного погашения



ER

Издательский дом «Регламент»
Методики для банкиров

www.reglament.net

Реклама

Регламент

www.reglament.net