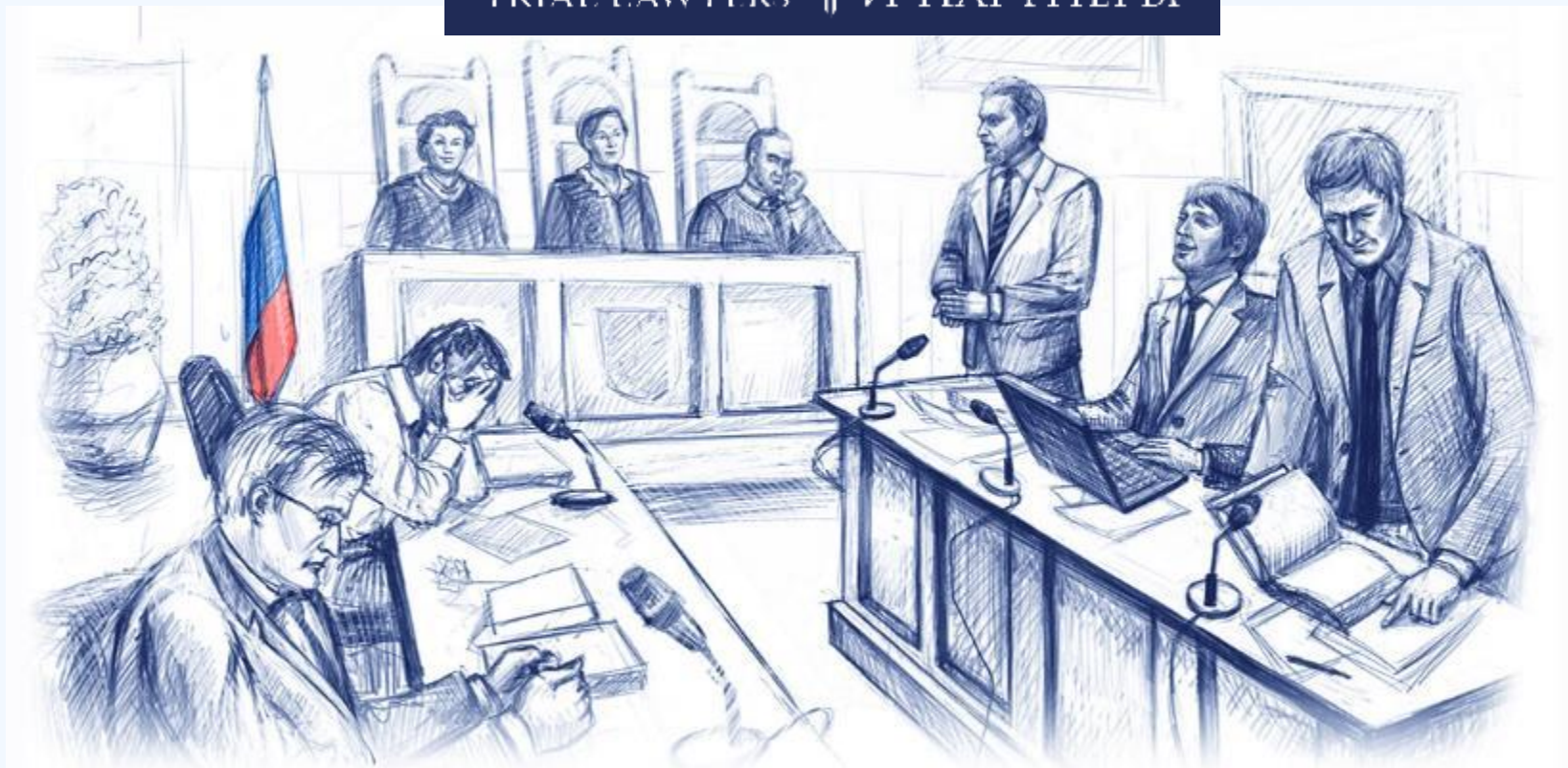


KK & P
TRIAL LAWYERS

КУЛЬКОВ
КОЛОТИЛОВ
И ПАРТНЕРЫ



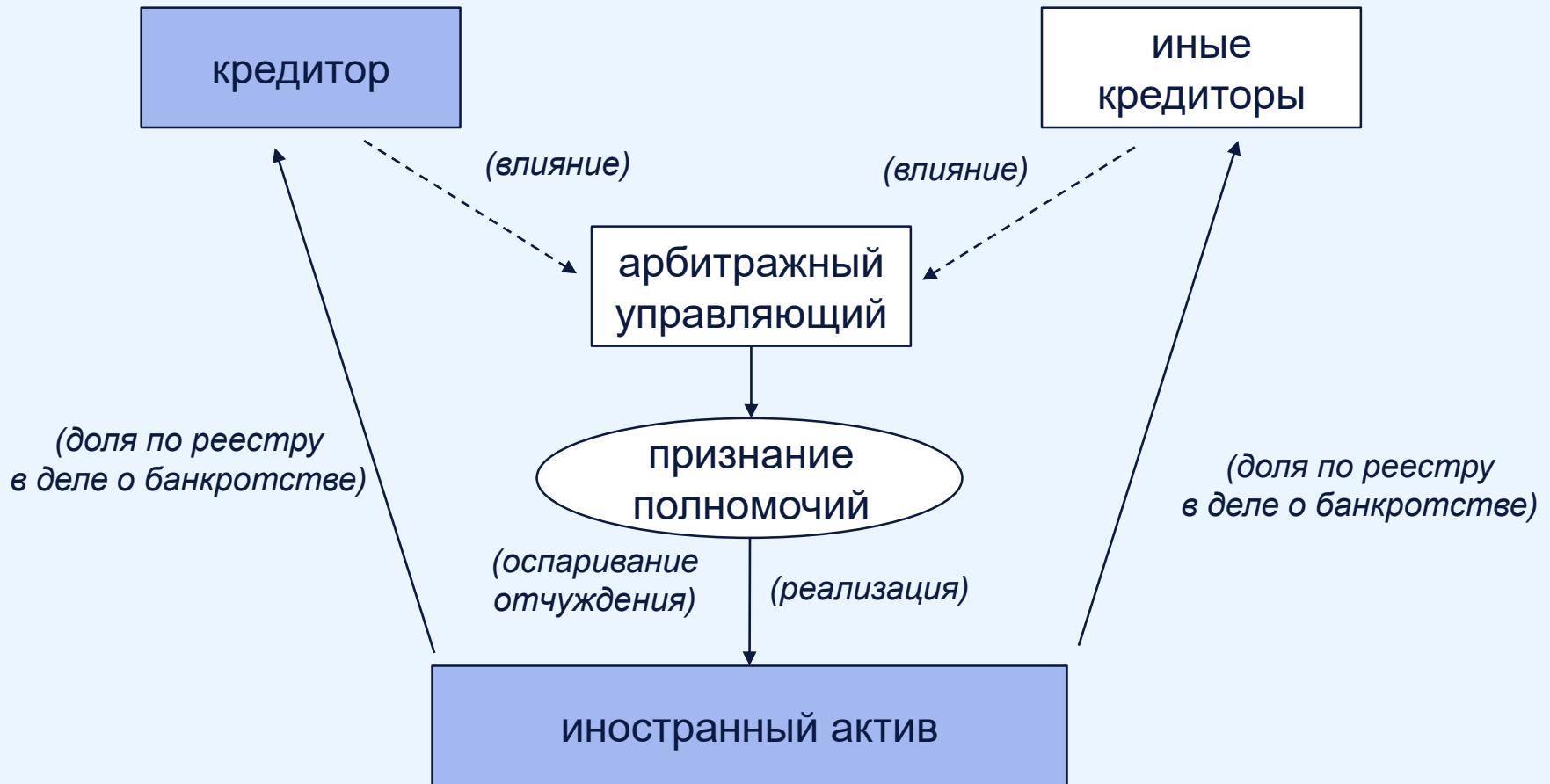
Обращение взыскания на активы в иностранных юрисдикциях «в обход» дела о банкротстве в РФ: риски и целесообразность

Николай Покрышкин

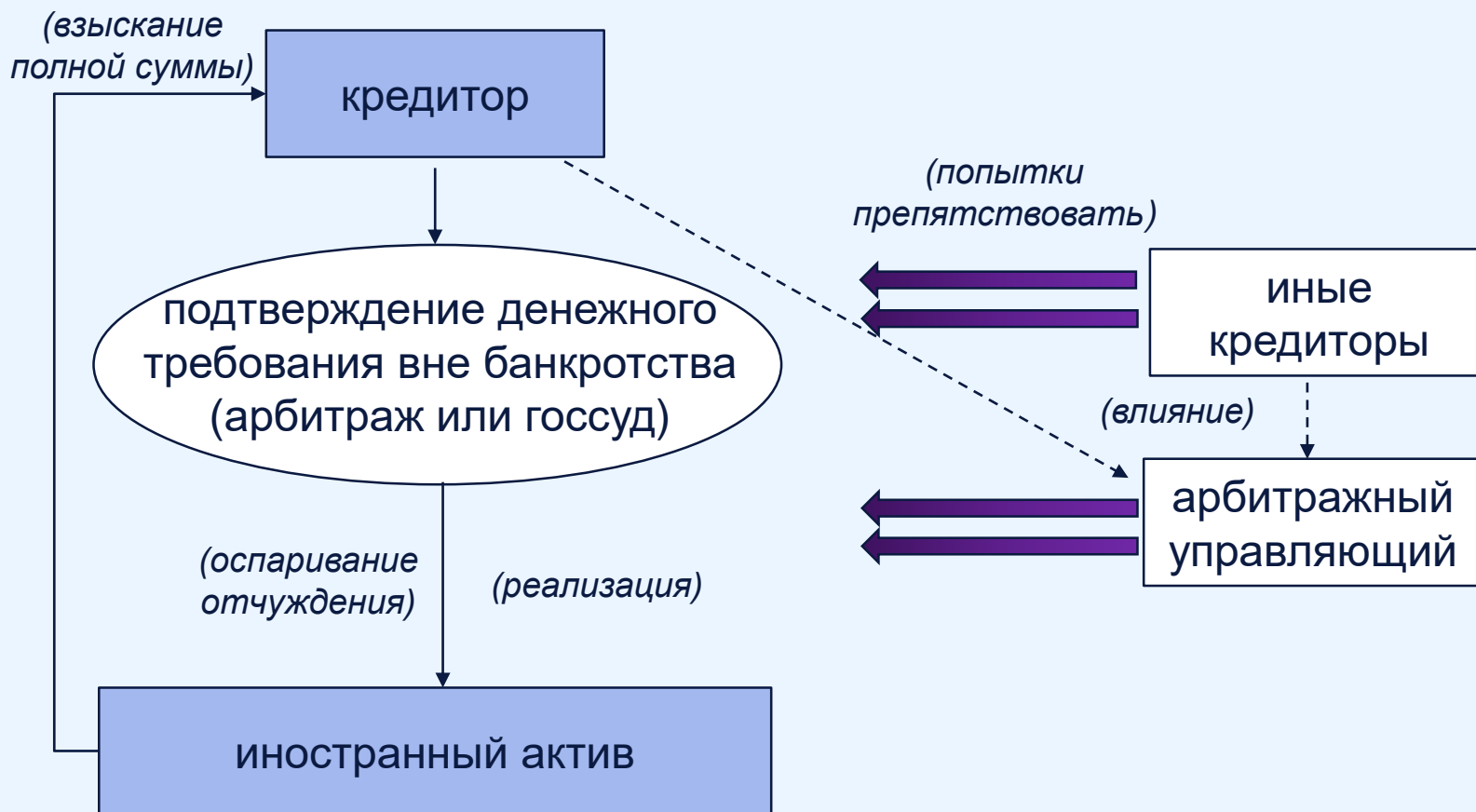
18 апреля 2019

Конференция «Параллельное преследование, поиск активов и взыскание в
России и за рубежом (Англия, США, Кипр & BVI)»

Два способа взыскания: через банкротство РФ



Два способа взыскания: в обход банкротства РФ



Способы и результаты взыскания «в обход» дела о банкротстве

Возможные способы:

- признание и приведение в исполнение решения государственного суда, третейского суда (арбитража);
- самостоятельные иски о взыскании денег/обращении взыскания на актив;
- fraud claim.

Вероятные результаты:

- единоличное обращение взыскания;
- арест, передача активов в конкурсную массу и совместный раздел с участием иных кредиторов;
- расходы в размере потраченных судебных издержек без фактического взыскания.

Риск А. Прекращение процесса обращения взыскания на актив: напрасные расходы

<i>Факторы</i>	<i>Нюансы</i>
<p>1) Возражения арбитражного управляющего должника и его лояльность «активному» кредитору:</p> <ul style="list-style-type: none">- (высокий риск) после признания решения о банкротстве в иностранной юрисдикции;- (средний риск) до признания решения о банкротстве со ссылкой на личный закон должника.	<ul style="list-style-type: none">- Практически невозможно заставить арбитражного управляющего искать иностранные активы против его воли, поскольку нормативно такая обязанность не закреплена (редкое упоминание такой обязанности – Постановление ФАС МО от 01.07.2008 по делу № А40-9508/06-71-6"Б");- НО. Если сведения об активе нашли иные кредиторы и сообщили арбитражному управляющему, то, даже если он лоялен, ему уже трудно будет «отвертеться» от обязанности (i) попытаться вернуть актив в конкурсную массу; (ii) препятствовать взысканию в пользу активного кредитора.
<p>2) Возражения иных конкурсных кредиторов:</p> <ul style="list-style-type: none">- право кредитора на возражение в российской юрисдикции не входит в содержание личного закона должника, т.к. основано на нормах АПК;- отсутствие закрепленного законом РФ права предъявлять возражения при рассмотрении по существу.	<p>Даже НЕ признав за иными кредиторами право представить возражения по существу иска, иностранный суд все равно может:</p> <ul style="list-style-type: none">- принять во внимание сообщенную ими информацию о российском банкротстве; и- поставить соответствующие вопросы перед истцом.

Риск А. Прекращение процесса обращения взыскания: напрасные расходы (продолжение)

<i>Факторы</i>	<i>Нюансы</i>
<p>3) Признание судебных актов российского дела о банкротстве в иностранной юрисдикции:</p> <ul style="list-style-type: none">- необходимо ли признание акта о банкротстве;- есть ли основания для признания акта о банкротстве (международный договор / наличие взаимности / требуется ли взаимность);- будет ли считаться решение по делу в российском деле о банкротстве действующим в иностранной юрисдикции по умолчанию (пока не поданы возражения против такого действия – аналогично механизму п. 3 ст. 245.1 АПК)	<p>Иностранный суд не связан российской практикой, но может последовать логике дела Кехмана (Определение ВС РФ от 10 октября 2016 г. по делу № А56-71378/2015):</p> <ul style="list-style-type: none">- не достаточно «общей взаимности» по коммерческим спорам;- необходимо доказать взаимность именно по делам о банкротстве.
<p>4) Значение российского дела о банкротстве для иностранного суда:</p> <ul style="list-style-type: none">- принцип Гиббса и аналогичные;- какова природа ограничения предъявлять иски вне банкротства: процессуальная или материальная.	<ul style="list-style-type: none">- Во многих юрисдикциях вопрос о применении принципа Гиббса никак не решен. В ряде юрисдикций применяется неоднородно (Великобритания),- Иностранный суд должен оценить нормы российского права (процессуального или материального) и на этой основе решить, должен ли он их применить;- При этом он может учитывать регулирование этого вопроса в собственной юрисдикции иностранного судьи.

Риск А. Прекращение процесса обращения взыскания: напрасные расходы (продолжение)

<i>Факторы</i>	<i>Нюансы</i>
5) Наличие или отсутствие в праве иностранного государства соответствующего механизма банкротства конкретной категории лиц	Например, институт банкротства физических лиц отсутствует в КНР, Бразилии, Литве и др.
6) Предъявил ли активный «кредитор» (истец в иностранном процессе) то же самое денежное требование ко включению в реестр требований кредиторов в российском деле о банкротстве	Прецеденты Высокого суда Лондона о признании компетенции иностранной юрисдикции: <ul style="list-style-type: none">- Erste Group Bank AG (London Branch) v JSC "VMZ Red October" [2013] EWHC 2926 (Comm) (03 октября 2013 г.);- Jefferies International Ltd v Landsbanki Islands HF [2009] EWHC 894 (Comm) (28 апреля 2009 г.);- Mazur Media Limited & Another v Mazur Media GmbH [2004] EWHC). Иски кредиторов были оставлены без рассмотрения из-за предшествующего включения кредитора в реестр в российском банкротстве (истец уже «выбрал» форум, которому доверяет)

Риск Б. Оспаривание платежа при взыскании в пользу кредитора в иностранной юрисдикции как сделки

Прямо предусмотрено российским законодательством: ч. 3 ст. 61.3 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» с учетом разъяснений в подпунктах 2), 5), 6) и 7) пункта 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63.

Добросовестная практика минимизации активным кредитором негативных последствий возможного оспаривания:

- Если в рамках иностранного процесса суд узнал о российском деле о банкротстве, то кредитор может заверить иностранный суд, что после фактического взыскания он передаст все полученное в конкурсную массу в российском деле;
- И действительно передать добровольно в конкурсную массу.

Недобросовестная практика минимизации риска:

- Уступка права требования на пустую/оффшорную компанию (до или сразу после фактического взыскания);
- Отчуждение фактически взысканного имущества по цепочке приобретателей;
- Ликвидация «взыскателя», сокрытие документов.

Риск В. Иски о взыскании неосновательного обогащения

Практика взыскания с «активного» кредитора неосновательного обогащения иными кредиторами должника (возможно как в деле о банкротстве, так и вне его):

(+) Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2012 N 15АП-208/2012 по делу N А53-16096/2011 – взыскание неосновательного обогащения;

(-) Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 июля 2014 г. по делу N А13-15449/2011 (оставлено без изменения определением ВАС РФ) – указано на недопустимость взыскания неосновательного обогащения, т.к. это подменяет механизм оспаривания сделки.

В судах РФ риск средний (более вероятен риск «Б»), однако при возможности привязки этого спора к рассмотрению в суде ЕС риск возрастает.

Регламент ЕС N 2015/848:

«Статья 23. Возврат и очередность

1. Кредитор, получивший после открытия процедуры, указанной в Статье 3(1), любыми способами (в частности, посредством принудительного исполнения судебного акта) полное или частичное удовлетворение своих требований из принадлежащего должнику имущества, расположенного на территории другого государства-члена ЕС, обязан вернуть полученное арбитражному управляющему в соответствии со Статьями 8 и 10».

Риск Г. Вынесение требования активного кредитора «за реестр»

Пункт 2 ст. 61.1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»:

«Кредиторы и иные лица, которым передано имущество или перед которыми должник исполнял обязательства или обязанности по сделке, признанной недействительной ... в случае возврата в конкурсную массу полученного по недействительной сделке имущества приобретают право требования к должнику, которое подлежит удовлетворению ... после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди, включенных в реестр требований кредиторов».

(+) 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)»»

Признаки осведомленности активного кредитора о российском деле о банкротстве:

- прямое участие в деле о банкротстве в РФ как кредитора;
- участие в обособленном споре российского дела о банкротстве (как стороны оспариваемой сделки);
- ссылки на российское дело в иностранном процессе;
- получение запросов арбитражного управляющего со ссылкой на дело о банкротстве.

Худший сценарий: кредитор потратил деньги на поиск актива и иностранный процесс, имущество взыскали с кредитора в конкурсную массу, требования кредитора оказались за реестром. Результат: еще худшее положение, чем если бы кредитор вообще не предпринимал никаких активных действий.

Метод оценки целесообразности инициации «иностранного» процесса о взыскании «в обход» российского дела о банкротстве

Шаг 1. Оценка усредненной суммы взыскания в иностранном процессе



Шаг 2. Сравнение усредненной суммы взыскания в иностранном процессе и связанных с ним расходов



Шаг 3. Сравнение усредненной суммы взыскания в иностранном процессе и в российском деле о банкротстве (в части стоимости актива при его передаче в конкурсную массу)

Шаг 1. Оценка усредненной суммы взыскания

$$S=A \times L \times K \times X \times Y \times Z \times J, \text{ где:}$$

A — рыночная стоимость выявленного актива;

L — был ли актив отчужден от должника к третьим лицам?

если нет, то $L = 1$;

если да и актив не является деньгами, то $L = 0,5$;

если да и актив является деньгами, то $L = 0,2$.

K — вид судебного процесса:

признание и исполнение решения арбитража/гос. суда страны, имеющей соглашение о признании с рассматриваемой юрисдикцией, то $K = 0,9$;

признание и исполнение решения гос. суда страны, не имеющей такого соглашения, то $K = 0,5$;

иск о взыскании, то $K = 0,7$;

fraud claim, то $K = 0,5$.

X — заявлялись ли / будут ли заявлены материальные требования, на основе которых инициируется иностранный процесс, ко включению в реестр требований кредиторов должника в российском деле о банкротстве:

если нет, то $X = 1$;

если да, то $X = 0,8$.

Y — назначен ли конкурсный управляющий, полностью лояльный кредитору

если да, то $Y = 1$;

если нет, то $Y = 0,8$.

Z — планируется ли взыскание от имени «пустого» кредитора после уступки права требования

если да, то $J = 1$;

если нет, то $J = 0,8$.

J — «поправка» на юрисдикцию — в зависимости от локальной практики кас. иностранных дел о банкротстве, наличию договора о признании решения с РФ и практики по принципу вежливости и взаимности – градация от 0,5 до 1 (опциональный критерий)

Шаг 1. Оценка усредненной суммы взыскания: пример

$$S = A \times L \times K \times X \times Y \times Z \times J, \text{ где:}$$

A — стоимость актива 5 млн. фунтов;

L — актив не отчужден третьим лицам ($L = 1$);

K — fraud claim ($K = 0,5$);

X — те же материальные требования включены в реестр требований кредиторов должника в РФ ($X = 0,8$);

Y — конкурсный управляющий не лоялен кредитору ($Y = 0,8$);

Z — взыскание планируется от имени «пустого» кредитора ($Z = 1$);

J — поправка на юрисдикцию ($J = 0,9$).

$$S = 5\,000\,000 \text{ фунтов} \times 1 \times 0,5 \times 0,8 \times 0,8 \times 1 \times 0,9 = 1\,440\,000 \text{ фунтов}$$

(усредненная сумма взыскания)

Шаг 2. Сравнение усредненной суммы взыскания в иностранном процессе и связанных с ним расходов

Сравнение усредненной суммы взыскания в иностранном процессе (S) и связанных с ним расходов (COST):

«Пустой» кредитор:

$$COST = \text{legal_fee} + \text{court_fee} + \text{expenses}$$

Кредитор с активами:

$$COST = \text{legal_fee} + \text{court_fee} + \text{expenses} + (\text{legal_fee} + \text{expenses}) \times (1 - L \times K \times X \times Y \times Z \times J)$$

$$R = \frac{S}{COST}$$

если $R \geq 2$ — процесс целесообразен;

если $R \leq 1$ — процесс не целесообразен;

если $1 < R < 2$ — целесообразность не очевидна (подлежит уточнению с учетом суммы взыскания)

Пример: $COST = 500\,000 \text{ фунтов} + 50\,000 \text{ фунтов} + 50\,000 \text{ фунтов} = 600\,000 \text{ фунтов}$

$$R = 1\,440\,000 / 600\,000 = 2,4$$

Таким образом, по данному критерию инициация процесса целесообразна ($2,4 > 2$)

Шаг 3. Сравнение усредненной суммы взыскания в иностранном процессе и в деле о банкротстве (в части стоимости актива при его передаче в конкурсную массу)

$$G = \frac{A}{O} * C, \text{ где}$$

- G** — сумма, которую кредитор получит в случае раздела того же актива в составе конкурсной массы;
- A** — рыночная стоимость выявленного актива;
- O** — общий размер требований иных кредиторов 1-3 очереди в деле о банкротстве должника;
- C** — сумма требований «активного» кредитора, включенных в реестр требований кредиторов должника.

Если иностранный актив находится в залоге у кредитора, то G:

$$G=A \times 80\% \text{ (если кредитор — банк)}$$

$$G=A \times 70\% \text{ (если кредитор — не банк)}$$

В итоге нужно сравнить усредненное взыскание «в обход» банкротства (S) и через банкротство (G):

Если $\frac{S}{G} \geq 2$, то процесс целесообразен;

$\frac{S}{G} \leq 1$, то процесс не целесообразен;

$1 < \frac{S}{G} < 2$ – целесообразность не очевидна (подлежит уточнению с учетом суммы взыскания)

Выводы

- Действовать «в обход» банкротства нецелесообразно, при статусе залогового кредитора и/или наличии более 70% требований в реестре. В таком случае эффективнее действовать через конкурсного управляющего.
- Целесообразно действовать «в обход» банкротства, если и шаг 2, и шаг 3 дали положительный результат. Далее:
 - получить детальные сведения о найденном активе;
 - запросить правовые заключения юристов юрисдикции актива;
 - принять окончательное решение о старте процесса в иностранной юрисдикции параллельно с делом о банкротстве должника в РФ.

Контактная информация

КК&Р | Кульков, Колотилов и Партнеры

Николай Покрышкин

Партнер

РФ, 119180, Москва,

4-ый Голутвинский пер., 1/8, стр. 5

Тел.: + 7 (495) 258-39-41

Моб.: + 7 (926) 822-65-32

Эл. адрес: n.pokryshkin@kkplaw.ru

Сайт: www.kkplaw.ru

