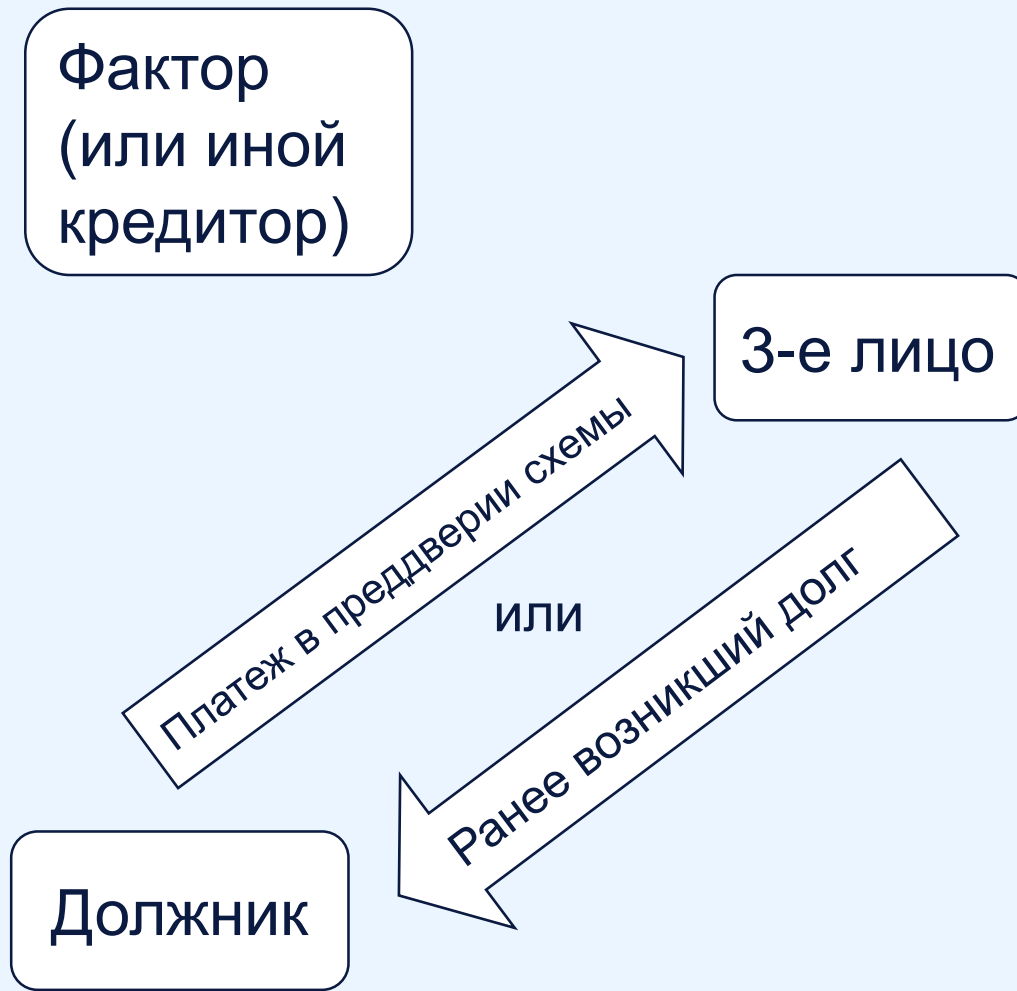


*Оспаривание платежей Третьих лиц за Должника:
тактика «ЗА ФАКТОРА» и «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ»*

Николай Покрышкин и Ольга Кокоз
Ассоциация факторинговых компаний, 9 октября 2018

1. МОТИВЫ РЕАЛИЗАЦИИ СХЕМЫ



- Долг 3-х лиц перед Должником, который Должнику «невыгодно» взыскивать в преддверии банкротства (всё достанется реестровым кредиторам)
- Намерение «вывести» средства Должника через 3-е лицо на фактора
- Мотив фактора:
 - «*благородный*» (реструктуризация с отсрочкой или скидкой) или
 - «*приземленный*» (преимущественное удовлетворение и выплата «обратного вознаграждения» бенефициарам Должника от полученной фактором суммы)

2. «БАЗОВЫЙ» вариант схемы (позиция «ЗА ФАКТОРА»)



- Платеж от 3-го лица к фактору с указанием в назначении - «исполнение обязательств Должника»
- Обычно незадолго до или уже после принятия к производству заявления о банкротстве
- Преимущества «базовой» схемы над прямым погашением от должника:
 - **трудно выявить ранее возникшую задолженность** 3-го лица перед Должником (при посредственном подходе к/у или реестровых кредиторов к анализу либо при существенном объеме операций Должника / утратой / некорректным ведением первички)
 - **трудно выявить платеж** (стандартно запрашиваемые к/у выписки Должника не показывают платеж 3-го лица в пользу фактора)
 - если выявлен платеж от Должника к 3-му лицу (на очевидную «помойку»), то при большом количестве операций у к/у и реестровых кредиторов **нет мотива «просудить» требование к помойке**, за которой не видно состоятельного фактора

3. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 1

Сбор доказательств – анализ:

- предъявленных в реестр требований кредиторов, включая **«вытягивание» сведений о погашениях посредством возражений на включение в реестр**
- **выписок по банковским счетам должника** (выявление 3-х лиц, через которых потенциально могли пройти существенные погашения)
- ответов на спец. запросы а/у ко всем кредиторам Должника о **фактах и графике погашения обязательств должника перед ними** за последние 3 года (график фактических погашений отразит платежи 3-х лиц за Должника в отличие от выписок по счету самого должника в банке)
- **анализ баланса в отношениях Должника с контрагентами** по первичным документам
- **материалов налоговых проверок Должника, его контрагентов и связанных лиц** (статус транзитных компаний, данные об операциях)
- **свидетельских показаний сотрудников, номинальных участников и руководителей Должника / третьих лиц**

4. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 2

Правовая позиция:

- Преимущественное исполнение за счет Должника в пользу фактора посредством платежа 3-го лица подлежит оспариванию по ст. 61.3 в деле о банкротстве Должника, что прямо предусмотрено ч. 1 ст. 61.1 и ч. 1 ст. 61.6 Закона о банкротстве):

- **Статья 61.1. Оспаривание сделок должника**
«1. Сделки, совершенные должником или другими лицами за счет должника, могут быть признаны недействительными в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации, а также по основаниям и в порядке, которые указаны в настоящем Федеральном законе»

- **Статья 61.6. Последствия признания сделки недействительной**
«1. Все, что было передано должником или иным лицом за счет должника или в счет исполнения обязательств перед должником, а также изъято у должника по сделке, признанной недействительной в соответствии с настоящей главой, подлежит возврату в конкурсную массу...»

4. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 3

Правовая позиция:

- Последствием признания недействительным платежа 3-го лица в пользу кредитора является **взыскание с кредитора напрямую в конкурсную массу Должника** (п.1 ст. 61.6 Закона о банкротстве)

Судебная практика:

- Постановление АС МО от 11.03.2016 по делу N А41-29928/2013 (Определение Верховного Суда РФ от 23.05.2016 N 305-ЭС15-5574(3))
- Постановление АС УО от 22.12.2010 N Ф09-10311/10-С4
- Постановление 8ААС от 29.11.2016 N 08АП-7030/2016, дело N А70-399/2015 (Постановление АС ЗСО от 26.01.2017 Определение Верховного Суда РФ от 6.04.2017 № 304-ЭС16-8263(2))
- Постановление АС СЗО от 15.10.2013 по делу N А44-3038/2011
- Постановление ФАС УО от 27.07.2012 по делу № А60-20622/2010

5. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 3

- В материалах дела есть прямые доказательства, что 3-е лицо совершало платеж за счет Должника:
 - первичка, подтверждающая ранее возникшую задолженность 3-го лица перед Должником, в счет которой он совершил платеж, и/или письмо/соглашение об этом
 - Постановление ФАС ВВО от 23.10.2012 по делу N А43-27498/2010;; Постановление ФАС УО от 27.07.2012 по делу № А60-20622/2010; Постановление АС ПО от 19.11.2012 по делу N А12-17520/2010; Постановление АС УО от 17.12.2014 N Ф09-7299/13; Постановление 8ААС от 14.11.2014 N 08АП-8406/2014, Постановление АС ЗСО от 24.02.2015 N Ф04-15472/2015, Определение ВС РФ от 25.06.2015 N 304-ЭС15-620; Постановление АС МО от 11 марта 2016 г. по делу N А41-29928/2013, Определение Верховного Суда РФ от 23.05.2016 N 305-ЭС15-5574(3); Постановление ФАС УО от 22 декабря 2010 г. N Ф09-10311/10-С4; Постановление ФАС УО от 22 января 2014 г. N Ф09-13723/13; Постановление 14ААС от 14 ноября 2014 г. по делу N А44-7365/2012, Постановление АС СЗО от 03.02.2015 N А44-7365/2012

6. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 4

- **только первичка, подтверждающая ранее возникшую задолженность 3-го лица перед Должником, в счет которой он совершил платеж**

Постановление ФАС СЗО от 15.10.2013 по делу N А44-3038/2011

Постановление 8ААС от 29 ноября 2016 г. N 08АП-7030/2016, Постановлением АС ЗСО от 26.01.2017 г.; Определение ВС РФ от 6 апреля 2017 г. № 304-ЭС16-8263(2)

- **письмо/соглашение о перечислении денежных средств третьим лицом
(отсутствует анализ наличия задолженности 3-го лица перед Должником)**

Постановление 14ААС от 5 мая 2014 г. по делу N А13-11782/2012

- **договор агентирования/комиссии**

Постановление АС ДВО от 21.10.2016 N Ф03-4762/2016; Постановление АС ДВО от 13.05.2013 N Ф03-1714/2013, Определение ВАС РФ от 26.06.2013 N ВАС-8087/13 по делу N А73-12811/2010

7. «ПАРТИЗАНСКАЯ» модификация схемы (позиция «ЗА ФАКТОРА»)



- Подготовка Должника и иных лиц к сокрытию факта платежа и мотивов его совершения:
 - полная или частичная утрата / непередача первички по хоз. деятельности (Постановление АС УО от 12.03.2018 по делу N А47-13533/2014)
 - ГД Должника и 3-е лицо полностью игнорируют запросы/истребование суда, а/у, реестровых кредиторов
 - (опционально) банк (он же может быть фактором) уклоняется от выдачи выписки / графиков погашений и/или утратил лицензию ЦБ, предварительно уничтожив базу операций (известный АО «Банк Город», например)
- В итоге сильно затруднено оспаривание сделки:
 - нет и не могут быть собраны (даже при поддержке суда) прямые доказательства, что 3-е лицо совершило платеж за счет Должника
 - кондовая позиция арбитражных судов со ссылкой на ст. 65 АПК (заявитель не дал прямых доказательств, за чей счет платило 3-е лицо – отказать в иске)

8. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации

Часть 1

1. Презумпция наличия «соглашения о взаиморасчетах» между Должником и 3-м лицом, если оно совершило платеж в счет исполнения обязательств Должника (Определение Верховного суда РФ № 306-ЭС16-19749 от 25 мая 2017 г.)

2. КК&Р в интересах группы БИНБАНК удалось закрепить на уровне Верховного суда (дело № А40-175603/2015, определения от 3 сентября 2018 г.)*:

во-первых, формулировку презумпции «совершения платежа 3-го лица по обязательствам Должника именно за счет Должника» (должно быть установлено судом, пока ответчиками прямо не доказано обратное – т.е. «молчанка» больше не поможет ответчикам)

во-вторых, условия применения данной презумпции при «партизанской» тактике оппонентов

* Наиболее детальный анализ данного подхода приведен в постановлении АС Московского округа от 23 мая 2018 г.

9. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации

Часть 2

Условия применения презумпции совершения платежа 3-м лицом за счет Должника в деле А40-175603/15:

- **отсутствие достаточных собственных денежных средств 3-го лица для безвозмездного перечисления Банку (согласно бухгалтерским балансам на отчетные даты до и после совершения платежей)**
- **не доказано наличие разумного коммерческого интереса у третьего лица в приобретении прав требования к предбанкротному Должнику по номинальной стоимости требования (без существенного дисконта) в порядке ст. 313 ГК РФ**
- **последующее поведение 3-го лица, которое не заявило требование к Должнику на сумму погашенных обязательств (претензия / в реестр)**
- **запрет безвозмездности / презумпция возмездности отношений между коммерческими юр. лицами**
- **незаявление возражений 3-м лицом против довода о том, что сделка была совершена им за счёт Должника / игнорирование запросов к 3-му лицу**
- **непередача первичных документов о деятельности Должника его арбитражным управляющим**

9. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации –

Часть 3

- Условия применения презумпции совершения платежа 3-м лицом за счет Должника, установленные в деле А40-175603/15, являются примерным возможным перечнем
- Полная совокупность таких условий была установлена лишь в одном из трех постановлений АС МО по делу А40-175603/15 (от 23 мая 2018 г.)
- В оставшихся двух постановлениях по делу А40-175603/15 совокупность всех из указанных условий четко не выделялась (Постановления АС Московского округа от 1 июня и 17 мая 2018 г.)
- Следовательно наличие совокупности таких условий не является обязательным элементом доказывания в аналогичных спорах, достаточным будет наличие и меньшего количества критериев (например, непередачи бухгалтерских документов и отсутствия разумного экономического интереса)

10. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации – Часть 3

3. Иная практика в поддержку данной презумпции:

- Постановление 18ААС от 6 декабря 2017 г. N 18АП-14422/2017 (Постановление АС УО №Ф09-301/18 от 15 марта 2018 г.)
- П. 26 Обзора судебной практики по делам, рассмотренным Арбитражным судом Уральского округа в IV квартале 2015 года
- Постановление 10ААС от 22 июня 2011 г. по делу N А41-8747/09 (Постановление ФАС Московского округа от 19.08.2011 N КГ-А41/8548-11; Определение ВАС РФ от 12.10.2011 N ВАС-12322/10 по делу N А41-8747/09)
- Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.05.2018 N Ф05-5955/18 по делу N А41-14654/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 31.07.2018 N 305-ЭС18-10163 отказано в передаче дела N А41-14654/2016 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ)
- Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.04.2018 N Ф09-301/18 по делу N А76-26594/2015 (Определением Верховного Суда РФ от 25.07.2018 N 309-ЭС18-10305 отказано в передаче дела N А76-26594/2015 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ)

11. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации – Часть 3

Спорный вопрос: необходимо ли для применения указанной презумпции доказать аффилированность

Необходимо доказать аффилированность	Не требуется доказывать аффилированность
<p>9ААС в деле №А40-138731/2015 сослался на необходимость аффилированности для переноса на фактора бремени доказывания</p>	<p>АС Московского Округа в деле №А40-175603/15 применил презумпцию и без каких-либо доказательств аффилированности</p> <p>Аналогично в других делах:</p>
<p>В определении ВС РФ № 306-ЭС16-19749 от 25 мая 2017 г. установлен факт аффилированности (но не указано, что это обязательное условие для применения презумпции)</p> <p>9ААС в деле А40-166616/16 сослался на необходимость доказывания статуса третьего лица как заинтересованного по отношению к Должнику</p>	<ul style="list-style-type: none">• Постановление 18ААС от 6 декабря 2017 г. N 18АП-14422/2017 (Постановление АС УО №Ф09-301/18 от 15 марта 2018 г.)• Постановление 10ААС от 22 июня 2011 г. по делу N А41-8747/09 (Постановление ФАС Московского округа от 19.08.2011 N КГ-А41/8548-11; Определение ВАС РФ от 12.10.2011 N ВАС-12322/10 по делу N А41-8747/09)

12. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации –

Часть 3

Вопрос остается спорным (часть позиций 9ААС о необходимости аффилированности была отменена, часть была подтверждена на уровне кассации, и одно постановление все еще обжалуется в АС Московского округа), но сущностно **для платежей в месячном периоде она не должна требоваться**, поскольку:

- аффилированность в контексте 61.3 важна только для установления осведомленности (недобросовестности)
- осведомленность / недобросовестность важны только для «полугодового» периода в силу указания ч.3 ст. 61.3
- в месячном периоде в силу ч. 1 и 3 ст. 61.3 не важна осведомленность / недобросовестность, а значит и не важна аффилированность

Для платежей **в полугодовом** периоде аффилированность также **не является необходимой**, если иными способами **доказана осведомленность фактора** о признаках банкротства должника / недобросовестность

13. Модификация «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ» (позиция «ЗА ФАКТОРА») – часть 1



Применение указанной выше презумпции в пользу реестровых кредиторов может быть существенно затруднено, если:

- несколько лиц несут солидарные обязательства перед фактором
- из назначения платежа следует «воля» 3-го лица исполнить именно обязательства солидарного должника, а не основного Должника в банкротстве
- такое структурирование – полностью во власти Должника и 3-го лица, фактора

14. Модификация «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ» (позиция «ЗА ФАКТОРА») – часть 2



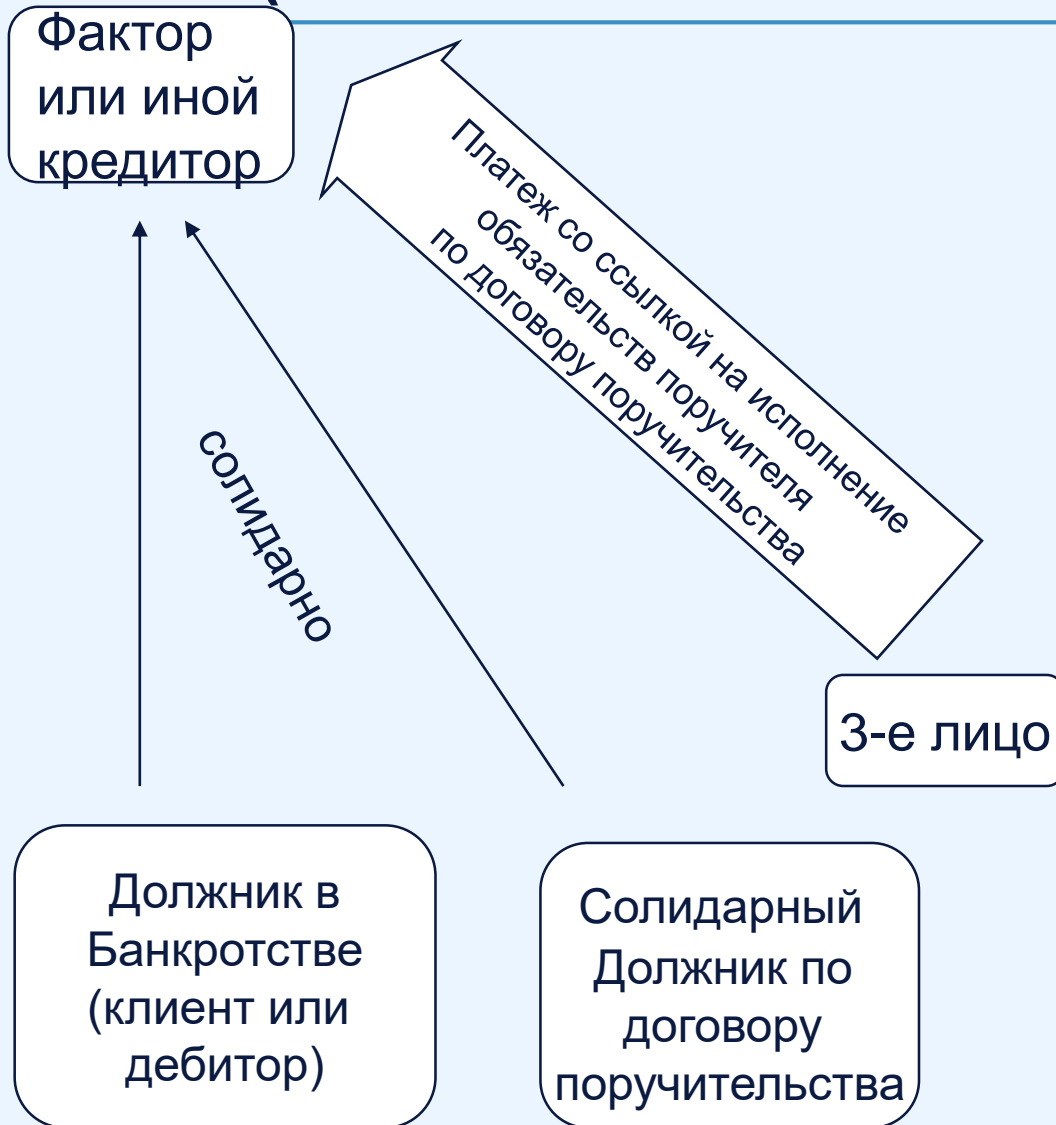
• Пример 1.

Третье лицо осуществляет платеж в пользу фактора со ссылкой на исполнение обязательств из договора поставки

Несмотря на то, что по договору поставки солидарно несут ответственность как покупатель, так и Должник (клиент фактора), оспаривание платежа в деле о банкротстве Должника будет существенно затруднено

(Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу А40-239397/2015 от 28 июня и 18 июля 2018 г.)

15. Модификация «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ» (позиция «ЗА ФАКТОРА») – часть 3



• Пример 2.

Третье лицо осуществляет платеж в пользу фактора со ссылкой на исполнение обязательств солидарного должника

Несмотря на то, что ответственность несут солидарно как основной Должник, так и его поручитель, оспаривание платежа в деле о банкротстве Должника будет существенно затруднено

(Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу А40-138731/2015 от 27 августа 2018 г.)

16. Относительно безопасные модели модификации «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ»

Наличие собственных обязательств третьего лица перед фактором (или иным кредитором)

Например:

- платеж поручителя по договору поручительства
- платеж дебитора за клиента по тому же договору поставки, обязательства по которому уже перешли на клиента
- платеж клиента за дебитора, права требования к которому им были уступлены фактору

17. Позиция «ЗА РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ» против модификации «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ»

Даже в относительно безопасной модели есть риск, поскольку сохраняется возможность обосновать, что истинным мотивом 3-х лиц было исполнение обязательств Должника, при этом важным будут в т.ч. и имеющиеся косвенные доказательства:

- хозяйственных отношений между 3-м лицом и именно основным Должником (при отсутствии таких связей с солидарными должниками)
- аффилированности между 3-м лицом и основным Должником
- (в случае отличия размера обязательств основного и солидарных Должников) исполнение обязательств оспариваемым платежом в размере именно обязательств основного Должника, несмотря на ссылку на договор с солидарным Должником
- обязательства иных солидарных должников еще не возникли/не были просроченными к моменту совершения платежа
- третье лицо специально выжидало момента появления обязательств Должника в банкротстве и не исполняло обязательства солидарных Должников, пока они не стали также и обязательствами Должника в банкротстве (и только тогда 3 лицо заплатило)
- иные косвенные признаки

18. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для ФАКТОРА, и для РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ

часть 1

Значение для реестровых кредиторов	АСПЕКТ СХЕМЫ	Значение для факторов (недобросовестных)
Отсутствие прибыли и низкие показатели стоимости активов 3-го лица могут свидетельствовать, что оно не могло за свой счет безвозмездно погасить задолженность Должника в пользу фактора	Финансовые показатели 3-го лица	При выборе лица, от имени которого будет осуществляться платеж - выбор лиц, которые реально ведут хозяйственную деятельность и имеют отчетность с достаточными показателями
Рекомендуется доказать наличие корпоративных и хозяйственных связей между Должником и 3-м лицом	Аффилированность 3-го лица и Должника	Выбор лица, не имеющего никаких хозяйственных и корпоративных связей с Должником

18. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для ФАКТОРА, и для РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ

часть 2

Значение для реестровых кредиторов	АСПЕКТ СХЕМЫ	Значение для факторов (недобросовестных)
<p>Следует направить запросы (адвокатские / а/у) в адрес 3-го лица с требованием подтвердить факт совершения сделки не за счет должника</p>	<p>«Живо» ли 3-е лицо к моменту оспаривания, кем оно контролируется и каковы его действия в связи с оспариванием сделки</p>	<p>Сохранение контроля за деятельностью 3-го лица для обеспечения уверенности, что в ходе судебного процесса оно не займет негативную или молчаливую позицию</p>
<p>Налоговыми проверками могут быть установлены факты аффилированности, транзитного перечисления денежных средств и др.</p>	<p>Наличие и содержание актов налоговых проверок в отношении участников схемы</p>	<p>Выбор лица, в отношении которого отсутствуют налоговые проверки, либо не установлено, что оно является однодневкой / используется для транзитных перечислений</p>

18. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для ФАКТОРА, и для РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ

часть 3

Значение для реестровых кредиторов	АСПЕКТ СХЕМЫ	Значение для факторов (недобросовестных)
Следует анализировать заявления о включении на предмет осуществления платежей 3-ми лицами в период подозрительности	Предъявление к включению в реестр требований кредиторов Должника	При заявлении требования о включении кредитора в реестр, не раскрывается информация о погашении долга 3-ми лицами (взыскивая комиссию, не раскрываются данные о погашении 3-ми лицами основного долга)
Необходимо получить все доступные устные и письменные доказательства	Наличие документов, опосредующих сделку	Умышленное отсутствие письменных документов, опосредующих сделку (например, сделки могут быть заключены устно)

18. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для ФАКТОРА, и для РЕЕСТРОВЫХ КРЕДИТОРОВ

часть 4

Значение для реестровых кредиторов	АСПЕКТ СХЕМЫ	Значение для факторов (недобросовестных)
Необходимо доказать, что 3-е лицо осуществляло погашение именно обязательств Должника (например, можно обратить внимание на момент возникновения солидарных обязательств и сумму платежа)	Наличие солидарных с банкротом Должников	Выбор 3 лица, имеющего самостоятельную солидарную задолженность по погашаемому обязательству
Недобросовестному указанию назначения платежа можно противопоставить позицию ВС РФ № 306-ЭС16-19749 от 25 мая 2017 г. о том, что неважно, в счет чьих обязательств совершен платеж, важно – за чей счет	Ссылка на конкретное обязательство в назначении платежа	В назначении платежа не указано назначение, соответствующее реально погашаемому обязательству

Резюме



Судебная практика подтверждает высокий риск оспаривания преимущественных погашений в пользу дружественных кредиторов при структурировании отношений по базовой и/или «партизанской» схеме



«Коллективизация» оставляет существенное пространство для маневра лиц, использующих такую схему – указывает направление дальнейшего развития судебной практики в части переноса бремени доказывания и внимательной оценки косвенных доказательств для установления истинной воли участников схемы



Текущая практика судов Московского округа подтверждает крайне формальный подход к установлению обстоятельств совершения платежа за счет должника на основе таких доказательств, как «вручную» контролируемое недобросовестными лицами назначение платежа

Контактная информация

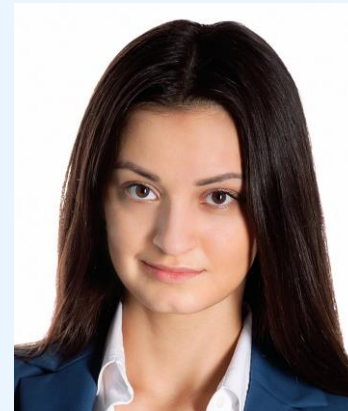
КК&Р | Кульков, Колотилов и Партнеры



Николай Покрышкин

Партнер

n.pokryshkin@kkplaw.ru



Ольга Кокоз

Юрист

o.kokoz@kkplaw.ru

Тел.: + 7 (495) 258-39-41

Москва, 4-й Голутвинский пер. 1/8 стр. 5

Сайт: www.kkplaw.ru