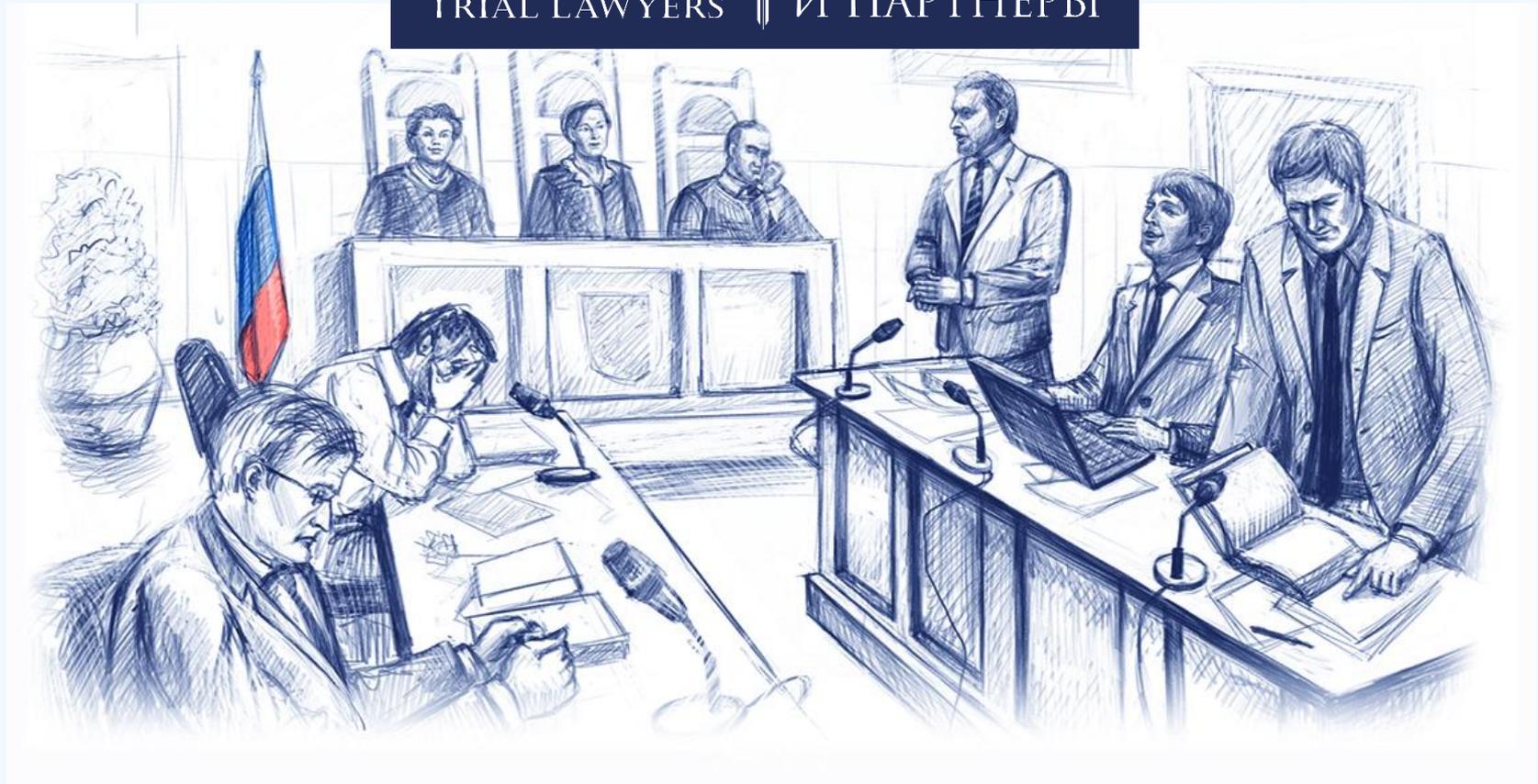


KK & P  
TRIAL LAWYERS

КУЛЬКОВ  
КОЛОТИЛОВ  
И ПАРТНЕРЫ



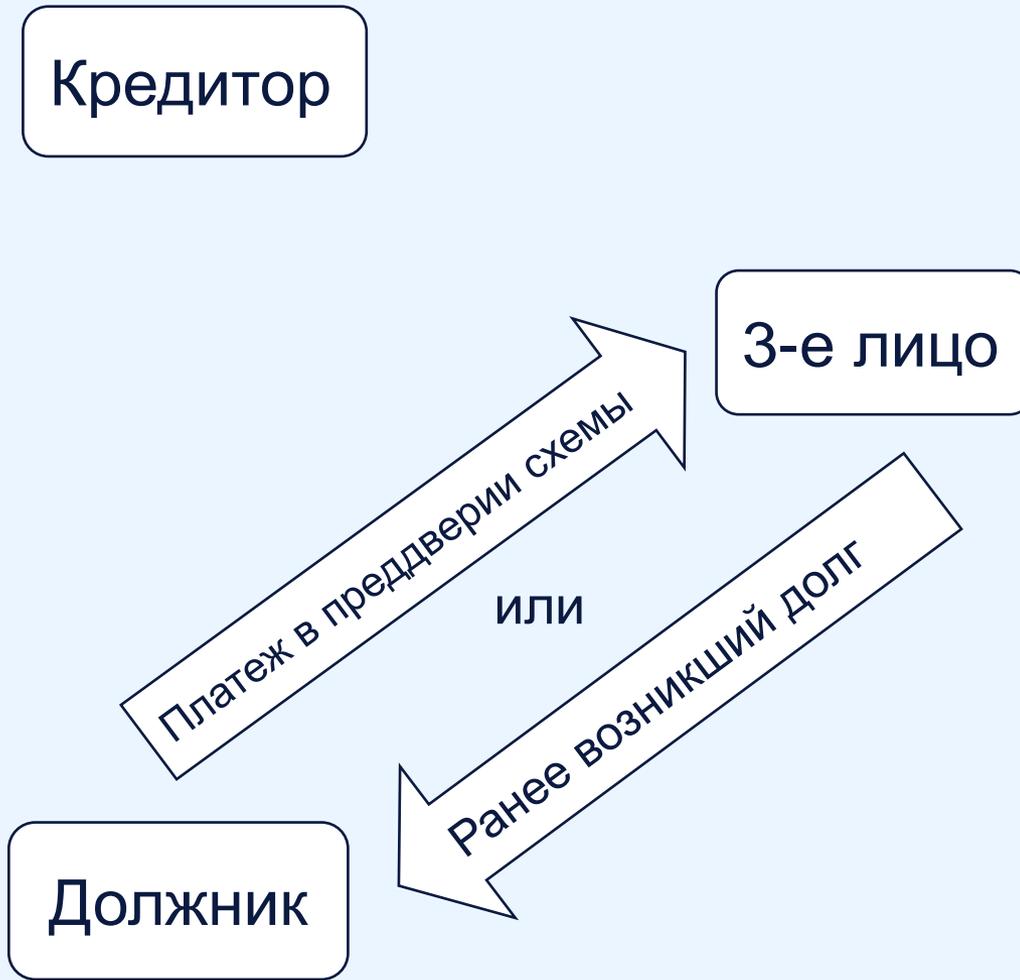
*Новые возможности в оспаривании преимущественных платежей по обязательствам должника*

НИКОЛАЙ ПОКРЫШКИН

IV Ежегодная конференция

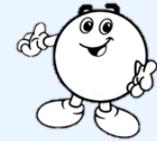
«Институт банкротства в России» 14 сентября 2018 г.

# 1. МОТИВЫ РЕАЛИЗАЦИИ СХЕМЫ



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

## 2. «БАЗОВЫЙ» вариант схемы (позиция «ЗА БЕЛЫХ»)



- Платеж от 3-го лица к Кредитору с указанием в назначении - «исполнение обязательств Должника».
- Обычно незадолго до или уже после принятия к производству заявления о банкротстве (преимуществ. удовлетв.).
- Преимущества «базовой» схемы над прямым погашением от должника:
  - **трудно выявить ранее возникшую задолженность** 3-го лица перед Должником (при посредственном подходе к/у или Кредитора 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 кредитора);
  - если выявлен платеж от Должника к 3-му лицу (на очевидную «помойку»), то при большом количестве операций у к/у и «красных» Кредиторов **нет мотива «просудить» требование к помойке**, за которой не видно состоятельного «белого» Кредитора.

# 3. Позиция «ЗА КРАСНЫХ» 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 КРАСНЫХ» против «БАЗОВОГО» варианта – Часть 2



## Правовая позиция:

- Преимущественное исполнение за счет Должника в пользу Кредитора 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)
- 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 КРАСНЫХ» 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 письмо/соглашение о совершении оспариваемого платежа

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 КРАСНЫХ» 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 СЗО 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 между Должником и 3 лицом**

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 БЕЛЫХ»)



- Подготовка Должника и иных лиц к сокрытию факта платежа и мотивов его совершения:
  - полная или частичная утрата / не передача первички по хоз. деятельности (Постановление АС УО от 12.03.2018 по делу N А47-13533/2014);
  - ген. директор Должника и 3-е лицо полностью игнорируют запросы/истребование суда, а/у, «красных» кредиторов;
  - (опционально) банк (он же может быть «белым» кредитором») 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 КРАСНЫХ» 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, три 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., оставленного в силе ВС РФ

# 9. Позиция «ЗА КРАСНЫХ» 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.

# 10. Позиция «ЗА КРАСНЫХ» 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 КРАСНЫХ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации – Часть 3



Спорный вопрос: необходимо ли для применения указанной презумпции доказать аффилированность

**Необходимо доказать аффилированность**

9ААС в деле №А40-138731/2015 сослался на необходимость аффилированности для переноса на «белого» кредитора бремени доказывания.

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).

9ААС в деле А40-166616/16 сослался на необходимость доказывания статуса третьего лица как заинтересованного по отношению к Должнику.

**НЕ нужно доказывать аффилированность**

АС Московского округа в деле №А40-175603/15 применил презумпцию и без каких-либо доказательств аффилированности. 3 сентября 2018 г. ВС РФ поддержал этот подход в 3 определения по данному делу.

Аналогично в других делах:

- 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 КРАСНЫХ» против «ПАРТИЗАНСКОЙ» модификации – Часть 3



Вопрос остается спорным (позиции 9ААС о необходимости аффилированности обжалуются в АС Московского округа в деле № А40-138731/2015 – заседания 18, 19, 26 сентября 2018 г.), 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 «белого» кредитора** о признаках банкротства должника / недобросовестность.

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



Применение указанной выше презумпции в пользу «красных Кредиторов» может быть существенно затруднено, если:

- несколько лиц несут солидарные обязательства перед «белым Кредитором»;
- 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, «белого» Кредитора.

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



## • Пример 1.

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

Несмотря на то, что по договору поставки солидарно несут ответственность как покупатель, так и Должник (клиент кредитора по договору факторинга), 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 БЕЛЫХ») – часть 3



## • Пример 2.

Третье лицо осуществляет платеж в пользу кредитора 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. Позиция «ЗА КРАСНЫХ» против модификации «КОЛЛЕКТИВИЗАЦИЯ»



Довод 1 - обосновать, что истинным мотивом 3-х лиц было исполнение обязательств Должника, представив 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.

Довод 2 (дискуссионный): не важно, чьи обязательства хотело исполнить 3-е лицо (важно, что фактически оно исполнило, т.е. уменьшило размер обязательств должника в деле о банкротстве).



# 17. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для «БЕЛЫХ», и для «КРАСНЫХ» кредиторов



## часть 1

<b>Значение для «красных» Кредиторов</b>	<b>АСПЕКТ СХЕМЫ</b>	<b>Значение для «белых» Кредиторов (недобросовестных)</b>
<p>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 Кредитора.</p>	<p><b>Финансовые показатели 3-го лица</b></p>	<p>При выборе лица, от имени которого будет осуществляться платеж - выбор лиц, которые реально ведут хозяйственную деятельность и имеют отчетность с достаточными показателями.</p>
<p>Рекомендуется доказать наличие корпоративных и хозяйственных связей между Должником и 3-м лицом.</p>	<p><b>Аффилированность 3-го лица и Должника</b></p>	<p>Выбор лица, не имеющего никаких хозяйственных и корпоративных связей с Должником.</p>



# 18. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для «БЕЛЫХ», и для «КРАСНЫХ» Кредиторов

## часть 2



<b>Значение для «красных» Кредиторов</b>	<b>АСПЕКТ СХЕМЫ</b>	<b>Значение для «белых» Кредиторов (недобросовестных)</b>
<p>Следует направить запросы (адвокатские / а/у) в адрес 3-го лица с требованием подтвердить факт совершения сделки не за счет должника.</p>	<p><b>«Живо» ли 3-е лицо к моменту оспаривания, кем оно контролируется и каковы его действия в связи с оспариванием сделки</b></p>	<p>Сохранение контроль 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><b>Наличие и содержание актов налоговых проверок в отношении участников схемы</b></p>	<p>Выбор лица, в отношении которого отсутствуют налоговые проверки, либо не установлено, что оно является однодневкой / используется для транзитных перечислений</p>



# 19. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для «БЕЛЫХ», и для «КРАСНЫХ» кредиторов



## часть 3

<b>Значение для «красных» Кредиторов</b>	<b>АСПЕКТ СХЕМЫ</b>	<b>Значение для «белых» Кредиторов (недобросовестных)</b>
<p>Следует анализировать заявления о включении на предмет осуществления платежей 3-ми лицами в период подозрительности</p>	<p><b>Предъявление к включению в реестр требований кредиторов Должника</b></p>	<p>Заявляя требования о включении кредитора в реестр, не раскрывается информацию о погашении долга 3-ми лицами (е.g. взыскивая комиссию, не раскрываются данные о погашении 3-ми лицами основного долга).</p>
<p>Необходимо получить все доступные устные и письменные доказательства</p>	<p><b>Наличие документов, опосредующих сделку</b></p>	<p>Умышленное отсутствие письменных документов, опосредующих сделку (например, сделки могут быть заключены устно).</p>



## 20. Таблица основных аспектов схемы, значимых и для «БЕЛЫХ», и для «КРАСНЫХ» Кредиторов



### часть 4

<b>Значение для «красных» Кредиторов</b>	<b>АСПЕКТ СХЕМЫ</b>	<b>Значение для «белых» Кредиторов (недобросовестных)</b>
<p>Необходимо доказать, что 3-е лицо осуществляло погашение именно обязательств Должника (например, можно обратить внимание на момент возникновения солидарных обязательств и сумму платежа).</p>	<p><b>Наличие солидарных с банкротом Должников</b></p>	<p>Выбор 3 лица, имеющего самостоятельную солидарную задолженность по погашаемому обязательству.</p>
<p>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.</p>	<p><b>Ссылка на конкретное обязательство в назначении платежа</b></p>	<p>В назначении платежа не указано назначение, соответствующее реально погашаемому обязательству.</p>

# Контактная информация

---

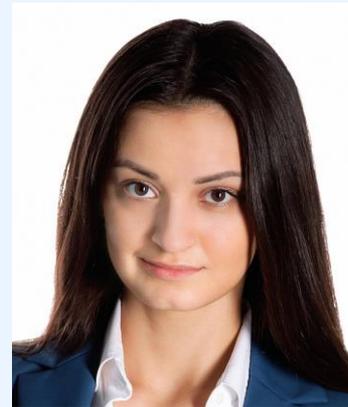
## КК&Р | Кульков, Колотилов и Партнеры



**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](http://www.kkplaw.ru)