

Юридический бизнес

Успеху подобрали гонорар

Юристы прогнозируют скорый рост числа банкротств, и вопрос, законно ли применять в процедуре несостоятельности «гонорар успеха», становится все более актуальным. Можно считать его переменной частью оплаты юридической фирмы — такая концепция была впервые заявлена в деле о несостоятельности московского ПАО «Нота-банк»: на втором круге арбитражного производства суды рассмотрели обособленный спор о выплате коллегии адвокатов «Джи Ар Лигал» «гонорара успеха» в размере свыше 304,7 млн руб. за работу по возвращению активов кредиторов. Смешанная форма оплаты может быть выгодна всем участникам банкротства, считает председатель коллегии **Ирина Шоч**.

— прецедент —

Казалось бы, долгожданный момент оживления экономической жизни настал, но, проходя мимо закрытых витрин, съезжающих арендаторов или работающих, но пустых из-за низкого покупательского спроса магазинов, даже несведущие в вопросах банкротства люди понимают — это лишь начало грядущей череды банкротств и ликвидаций. Масштаб трагедии пока сложно оценить до конца, но возобновившие работу суды уже почувствовали нагрузку: участвуя в начале июня в судебном заседании, я обратила внимание на количество разбирательств, назначенных судьям на этот день. Их было 86.

В свете проступающих перспектив важна не только способность эффективно провес-

ти процедуру банкротства и взыскать долги в конкурсную массу, нужно уметь выбрать источник финансирования юридических услуг и модель их оплаты, наиболее выгодные с экономической точки зрения. И здесь возникает вопрос о законности применения в банкротстве, в частности банкротстве финансовых организаций, «гонорара успеха».

Федеральный закон №266-ФЗ от 29 июля 2017 года внес изменения в ст. 20.6 Закона о банкротстве, дополнив ее пунктом 3.1: согласно ему, вознаграждение арбитражного управляющего при погашении требований кредиторов по результатам привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности составляет 30% от суммы, поступившей в конкурсную массу. Мы видим, что такую зависимость в целях



из личного архива

более эффективного проведения процедуры банкротства устанавливает сам законодатель. Кроме того, фиксация вознаграждения в процентном соотношении от фактически поступивших денежных средств не противоречит целям конкурсного производства.

«Если не давать людям дофинансировать бизнес, „несчастных“ банкротов станет больше»

— прямая речь —

— Какое влияние сложившаяся ситуация оказывает на экономику?

— Трудно сказать, насколько это хорошо для экономики: с одной стороны, проблема злоупотреблений в банкротстве частично решена, с другой — дофинансирование бизнеса, особенно во время кризиса, подспудно сделано невозможным и найденный баланс очень хрупок. Породить недоверие проще, чем потом с ним бороться, а оно с точки зрения субординирования требований уже очень серьезное. Положение о том, что акционеры не должны иметь привилегий при возврате займов, логично, но оставить его на уровне Обзора недостаточно — на будущее его следует формализовать в виде четких правил.

В практике ВС РФ было единственное дело, когда заем, предоставленный акционером, был возвращен: одним из кредиторов выступал Сбербанк, поставивший в качестве условия кредитования частичное финансирование со стороны акционера. Однако это разовый случай. Если же дофинансирование бизнеса не пользуется реальной защитой из-за того, что субординирование в ситуации с нашим банкротством, по сути, означает прекращение права требования, некоторые вырабатывать другие критерии, известные предпринимателям в перспективе. Сегодня этого нет.

— И когда, по вашему мнению, такие критерии начнут вырабатываться?

— На том этапе, когда экономика ощутит реальный ущерб. Если не давать людям дофинансировать бизнес из собственных активов, то можно с уверенностью сказать, что реальных банкротств — «несчастных», как говорили еще в «Русской правде», — станет больше. — Следующий ожидаемый тренд в судебной практике по дофинансированию бизнеса в кризис — какой он?

— Думаю, это будет «обратная волна» — когда юристам придется доказывать, что финансирование со стороны акционеров было единственной возможностью спасти бизнес от ожидаемого банкротства и производилось в интересах кредиторов (поскольку главный интерес кредитора — все-таки получить деньги, а не контролировать над банкротством или возможность реализовывать имущество по удобному ему правилам). И кто-то должен будет решиться и с экономическими выкладками в руках доказать суду, что деньги не прогнали через транзитную компанию с выводом на соседние бизнесы, как об этом говорит п. 1 Обзора, а действительно направили на решение задач по выводу предприятия из состояния неплатежеспособности.

Пока смельчаков не находится. — Продолжая тему, связанную с формированием в банкротстве понятных бизнесу критериев: какие еще факторы влияют на этот процесс?

— Очень важный вопрос, который поднимается давно, — формирование судейского корпуса. К примеру, такие понятия, как «добросовестность» или «фактическая аффилированность», — это абстрактные термины, которые в силу образования и жизненного опыта каждым человеком воспринимаются по-своему. Тонкости правовой квалификации, филигранная оценка доказательств, детальная мотивировка судебных актов — все это приходит только с опытом. Возможно, если способствовать повышению квалификации кадрового состава судейского корпуса, мы быстрее увидим рост их профессионализма, так необходимый для действующей судебной системы.

Если посмотреть на траекторию того же дела о банкротстве ООО «Еврофинанс» («о



из личного архива

Дмитрий Проводин, старший партнер адвокатского бюро «Бартолиус»

транзитном должнике»), то все инстанции, кроме ВС РФ, отказались признавать фактическую аффилированность, потому что это было что-то новое, а в тренде всегда идти проще. Сегодня судам задали обратный тренд, и теперь (особенно после появления Обзора) они активно субординируют требования и признают сделки недействительными по условному мотиву фактической аффилированности и причинения вреда.

Такая смена направлений довольно вредна для экономики. Когда мы рассчитываем на более или менее длительную перспективу, к примеру структурируя сделку при налоговом планировании, мы всегда исходим из существующей судебной практики и можем только догадываться, в какую сторону она изменится через год-два. И в зависимости от того, когда будет рассматриваться наше дело, мы столкнемся с различными правоприменением — особенно хорошо такая тенденция видна в налоговых спорах, но и по делам о банкротстве ее тоже можно отследить. Можно даже составить классификацию изменений того, что условно в прошлом году было «можно», а в этом — «нельзя». И юристам важно улавливать эти тренды.

— Смена трендов не единственный повод для недоверия предпринимателей?

— В прошлом году профессиональное сообщество часто дискутировало на тему того, как влиять на экономику «токсичные» судебные решения — случаи, когда принимаемое судом решение выходит за пределы судебной практики, потому что кто-то является стороной этого дела. Общее мнение (при том что практика по делам такого рода является стабильной) таково: одно «токсичное» решение способно убить ожидания огромного количества людей, испугав их. Примерно 20 лет назад шел судебный процесс над одной весьма известной и крупной компанией. В тот же период, когда по налоговым делам против нее начали выносить первые решения, я представлял интересы клиента с очень похожим делом. И налоговая инспекция, обращаясь к коллегии, прикладывает постановление кассации по одному из дел против той известной и крупной компании в аналогичном составе и говорит: «Вот вы вчера подписали». Я думаю: «Плохи мои дела». На что председательствующий в кассации спрашивает: «Его другие? Тогда будем руководствоваться нашей обычной практикой».

Но, несмотря на то что практика осталась, общее недоверие, что в отношении тебя может быть принято такое «токсичное» судебное решение, у бизнеса очень серьезное.

— И как же искать баланс в банкротстве, когда доказательная база позволяет назвать похожее обстоятельство в одном случае плохим, а в другом — хорошим?

— Одно из наших интересных дел по «банкротному туризму» (дело ВС №308-ЭС18-25635. — «Б») иллюстрирует этот тонкий баланс. Ближе к концу процесса, когда мы уже практически получили исполнительный лист, должник изменил место жительства на Ставропольский край и подал заявление о самобанкротстве. Нам удалось обжаловать это определение в ВС РФ, который определил Москву как центр жизненных интересов должника: здесь он получал доходы, владел недвижимостью, здесь живут его дети. Кроме того, мы отправили нашего специалиста в Ставрополь и взяли объяснения у человека, который помог должнику оформить адрес массовой регистрации. Он сказал: да, по его просьбе я сделал регистрацию, но никогда не видел его лично. В совокупности это породило новую судебную практику о том, что «банкротный туризм» как таковой — это плохо. Ранее встречались отдельные судебные акты по поводу недопустимости «банкротного туризма», в основном касавшиеся юридических лиц; мы доказали, что он точно так же недопустим в отношении физических лиц.

Но здесь возникают обратные риски. Если посмотреть на смену местонахождения или предположить, что все арбитражные суды одинаковы, а судьи обладают единым статусом и примерно единой квалификацией, в чем кроется опасность? Вред здесь, условно говоря, может быть причинен только в том случае, если это очень далекий регион либо кредиторы каким-то образом от этого пострадают. Но банкротство, наоборот, может оказаться выгодным для них. Если кредиторы попросят должника поменять регистрацию, а затем инициируют процедуру банкротства, я считаю, что «банкротного туризма» здесь уже нет, однако граница зыбкая. С другой стороны, обязанность сохранить место жительства и местонахождение в преддверии банкротства, когда человеку или юридическому лицу запрещается выезжать, выходит, менять адрес регистрации, напоминать предбанкротный арест. Решение индивидуально в каждом конкретном случае.

Опираясь на свой адвокатский опыт, могу сказать, что жизнь вообще одно большое причинение вреда, только в одном случае за это награждают, в другом — наказывают, а в третьем это в целом безразлично. В принципе на то же нас ориентирует и ВС РФ. К примеру, в Обзоре говорится: только лишь по одному основанию предоставления займа контролирующим лицом это требование не может быть субординировано. А дальше идет открытый список критериев, ориентирующих людей на то, что их будут судить исходя из неких постулатов: «Если вы докажете, что это действие причиняет вред кредиторам, мы субординируем его. Не докажете — мы его субординировать не будем». При этом фактические обстоятельства могут быть абсолютно одинаковыми. Это тоже очень интересный тренд судебной практики, которая все больше и больше отходит от некоего формального толкования права, начиная оперировать достаточно расплывчатыми терминами. Во-первых, такой тренд опасен отсутствием предсказуемости, когда реальность не соответствует ожиданиям, а во-вторых, он требует высокой квалификации судейского корпуса именно в области бизнеса.

Записала Юлия Карапетян

Некоторые судебные дела рассматриваются во всех судебных инстанциях, включая ВС РФ. Применительно к банкротству ПАО «Нота-банк» рассмотрение ряда споров на уровне ВС РФ имело значение не только для самого банка как участника судебного процесса, но и для всей правоприменительной практики в целом. Не так давно Экономическая коллегия Верховного суда РФ указала «соблюдение баланса интересов сторон» среди требований к размеру оплаты юридических услуг (дело №А40–154909/2015). А 21 мая Арбитражный суд по Московскому округу, рассмотрев обособленный спор по делу №А40–232020/2015 о выплате «гонорара успеха» за юридическое обслуживание процедуры несостоятельности ПАО «Нота-банк», оставил в силе акты судов нижестоящих инстанций, установившие его законность. Именно коллегия адвокатов «Джи Ар Лигал» впервые пояснила, что вознаграждение является не «гонораром успеха», а смешанной формой оплаты: сочетанием постепенно уменьшающейся абонентской платы, установленной из очевидного на момент заключения соглашения объема работы, и комиссионного вознаграждения — процента от суммы, которая поступила в конкурсную массу в результате труда юристов. Какую проблему решает такой подход?

При заключении договоров невозможно определить заранее многие вещи — к примеру, размер затрат на розыск активов или вероятность того, что на имущество лиц, контролировавших банк, обратят взыскание, как и в России, так и за ее пределами. Необходимость обжалования действий должностных лиц, уровень сложности и объем заявлений в правоохранительные органы и

суды, вероятность выявления подозрительных сделок, которые потребуют оспаривания, восстановления задолженности на баланс и дальнейшего взыскания денежных средств, а возможно, еще и обращения взыскания по акцессорным обязательствам — все это трудно предвидеть. Не стоит забывать и о вероятности выявления признаков преднамеренного банкротства, привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. А в тех случаях, когда контролирующие должника лица неочевидны, возникает вопрос о снятии «корпоративной вуали». И, заключая соглашение, конкурсный управляющий и юридическая фирма не могут оценить размер справедливого вознаграждения для привлекаемых юристов, поскольку ни одна из сторон не знает наперед, насколько сложной и объемной окажется работа по всем направлениям.

Смысл смешанной формы оплаты сводится к тому, что, по нашему мнению, она оптимальна для банкрота: помимо защиты его интересов и прав она направлена на увеличение конкурсной массы для дальнейшего исполнения обязательств перед кредиторами. Более того, в случае применения почасового или сдельного порядка оплаты может оказаться, что юристы провели большую и качественную работу, но деньги в конкурсную массу не поступили, например из-за того, что должник банкрота за это время тоже обанкротился или актив уже перешел к добросовестному приобретателю. Однако работа сделана, время потрачено — и услугу следует оплатить. При смешанной форме оплаты таких неприятных ситуаций не возникает.

Юлия Карапетян

Практика непривычного контроля

— мнение —

Более того, после предоставления «убедительных» косвенных доказательств бремя доказывания отсутствия контроля над действиями должника перекладывается на самого бенефициара.

Так, например, в деле о банкротстве ООО «Промышленная группа „Ладога“» Верховный суд РФ усмотрел основания для ответственности в том, что гражданин позиционировал себя как бенефициар группы компаний, в которую входил должник, контролировал компании, которым принадлежали активы должника, а также имел право распоряжаться его денежными средствами. Совокупности этих факторов оказалось достаточно, чтобы переложить бремя доказывания отсутствия оснований для ответственности на бенефициара.

Практика управления российскими компаниями через офшоры не ликвидирует риски привлечения к субсидиарной ответственности. Еще в 2013 году ВАС РФ высказался, что на офшорную организацию возможно возложить бремя доказывания своей невиновности в спорах о защите прав третьих лиц и требовать от нее раскрытия сведений о том, кто за ней стоит.

В практике постепенно складываются механизмы доказывания контроля даже в ситуации владения должником через иностранных лица. Так, например, в деле о банкротстве ООО «Истерн-Бурение» факт бенефициарного владения был доказан установленным в других делах наличием у гражданина «экономической заинтересованности и аффилированности» с иностранным участником должника (выражавшейся в выдаче займа) и аффилированностью с должником и другими участниками группы компаний, в которую он входил.

В банкротстве ЗАО «Ойл Продакшн» против гражданина при доказывании бенефициарного владения через цепочку компаний использовались его показания о владении бизнесом в иностранном суде, материалы иностранного уголовного дела, сведения о группе лиц, представленные должником в ФАС РФ, и кредитное досье аффилированного с должником лица.

Риски неформальной связи

Согласно п. 2.2 письма ФНС, признание статуса КДЛ возможно в силу любых неформальных личных отношений, длительной совместной службы, совместного обучения и т. п. Разъяснение не нашло широкого применения на практике, но заставляет задуматься о том, что контролировать должника могут, например, бывшие или текущие родственники, участники или директор должника при семейной модели ведения бизнеса.

В деле о банкротстве ООО «Русшина-Тюмень» к субсидиарной ответственности по долгам наряду с единственным участником данной компании и его родственниками привлекли его бывшую супругу. Ответчица ссылалась на то, что она не является ни участником, ни руководителем должника и никак не могла влиять на его деятельность, а сам брак с единственным участником был расторгнут за три года до признания должника банкротом. Однако суды усмотрели факт ее контроля над должником в сохранении с бывшим супругом доверительных отношений, родстве с участниками контрагентов должника и совершении сделок с его активами. При этом апелляция отметила, что расторжение брака «не исключает продолжение совместного проживания и ведения бизнеса с учетом наличия интересов в пользу совместных детей».



Александр Лазарев, советник практики РГП по разрешению споров

Следует помнить, что обязательства по субсидиарной ответственности могут перейти к наследникам КДЛ. Так, например, в банкротстве ООО «Амурский продукт» требования о привлечении к субсидиарной ответственности за действия погибшего в ДТП отца были предъявлены к детям. Суды последовательно отказывались удовлетворять эти требования, говоря, что субсидиарная ответственность неразрывно связана с личностью КДЛ, но Верховный суд РФ высказал противоположную позицию и подчеркнул, что соответствующие долги наследодателя в пределах наследственной массы переходят к наследникам.

Риски третьих лиц

В число ответчиков по заявлению о субсидиарной ответственности могут попасть и лица, чья способность влиять на хозяйственные процессы в компании на первый взгляд крайне сомнительна. Традиционно к данной «группе риска» причисляли бухгалтеров, а также лиц с правом представлять должника по доверенности. Сегодня практика ищет ответ на вопрос, подпадает ли субсидиарной ответственности лицо, которое не имеет ни корпоративной (даже косвенно), ни трудовой связи с должником.

Установленная п. 7 Постановления №53 презумпция того, что КДЛ может быть любое лицо, получившее существенный актив должника про невыгодной для последнего сделке, способно открыть дорогу практике привлечения к субсидиарной ответственности любого контрагента должника.

В качестве примера можно привести позицию судов по делу о банкротстве ЗАО «ФСК „Гарант“», в котором КДЛ были признаны помимо прочего контрагенты должника ООО «СХП „Колхоз „Родина“», безвозмездно получавшее от должника строительные материалы, и ООО «СХП „Колхоз „Правда“», имевшее перед должником долг в размере 3 млн руб., образовавшийся, как установил суд, без оснований.

Подводя итог, хочется отметить, что судебная практика пока не породила большого количества актов, которые могли бы свидетельствовать об абсолютизации рисков привлечения к ответственности широкого круга лиц. Одновременно с этим наиболее поздние прецеденты заставляют считать с трудом прогнозируемыми рисками ответственности и искать способы защиты от возможных злоупотреблений, вызванных намерением недобросовестно использовать факты общих экономических интересов, деловых или даже личных отношений с должником или его руководителями.

Юлия Карапетян