

Спасение бизнеса, банкротство и роль права

Суворов Е.Д., к.ю.н., доцент МГЮУ им. О.Е. Кутафина, адвокат

В западноевропейской практике и доктрине банкротного права отдельное внимание уделяется проблематике спасения бизнеса (rescue of business), говорят даже о культуре спасения (rescue culture)¹.

Как известно, в России в настоящее время также обсуждается проектирование закона, посвященного реструктуризации долгов юридических лиц. Так, Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации уже даже был принят в первом чтении внесенный Правительством Российской Федерации соответствующий законопроект (№ 239931-7), который, однако, был отозван Правительством Российской Федерации в связи подготовкой обновленной версии. В связи с этим можно признать, что реабилитационная направленность изменений законодательства о банкротстве характеризует актуальную правовую политику и Российской Федерации.

В настоящей статье мы приведем некоторые соображения в отношении проблематики спасения бизнеса в том числе обозначим подходы, которые можно было бы использовать при решении вопроса о возможности проведения спасительных мероприятий, представим предложения по их правовой квалификации.

Прежде всего, необходимо определиться, ***является ли спасение бизнеса в сравнении с его ликвидацией абсолютным приоритетом***, предполагающим постепенное отмирание последнего и развитие первого.

На наш взгляд, спасение бизнеса само по себе не может являться безусловным приоритетом банкротного права и уж тем более представлять из себя замену конкурсного процесса. Основано это наше соображение на двух моментах: 1) значении спасения бизнеса для общества, то есть в макроэкономическом масштабе; 2) значении возражения о спасении бизнеса конкретному кредитору, то его значении в микромасштабе. Далее обосновывается, что в макроэкономическом масштабе спасение конкретного бизнеса зачастую не имеет эффекта (нейтральное значение), а в микроэкономическом – является ограничением прав кредиторов, которое может иметь место при поддержке интереса, заслуживающего большей защиты, чем интерес несогласного кредитора.

¹ См. напр., Rescue of Business in Insolvency Law // European Law Institute; Finch V., Milman D. Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles. Third ed. P. 197 etc. ; Zwieten K. Goode on Principles of Corporate Insolvency Law. 5th Student Ed. Sweet & Maxwell. 2019. P. 39.

Применительно к макроэкономическому эффекту отметим, что активы, вовлеченные в испытывающий финансовые трудности бизнес, при ликвидационном решении в любом случае будут перераспределены в иные хозяйствующие единицы, что свидетельствует скорее о нейтральности названного эффекта. Иными словами, активы не пропадают, а перераспределяются. Следует, кажется, исходить из того, что такое перераспределение происходит из менее в более эффективную конфигурацию их использования. С учетом последнего соображения спасение бизнеса может иметь даже отрицательный макроэкономический эффект, если не принимать во внимание иные значимые обстоятельства.

Так, в ряде случаев спасение уже имеющейся конфигурации бизнеса снизит издержки на вовлечение активов в иные конфигурации и простаивание таких активов. Кроме того, может быть учтен интерес владельцев бизнеса, который может быть восстановлен до платежеспособного состояния, а также интерес кредиторов, потенциально получающих значительно больше после восстановления платежеспособности бизнеса нежели при его ликвидации.

Учет этих интересов может привести к выводу об обоснованности введения в отношении конкретного бизнеса реабилитационной процедуры вместо ликвидационной.

Следует, однако, понимать, что платежеспособность не любого бизнеса может быть восстановлена. Кроме того, скорость его восстановления должна быть сопоставима с нормативными сроками реабилитационной процедуры, имея в виду интерес кредиторов в получении удовлетворения в обозримом будущем.

Под спасением бизнеса мы понимаем такое **восстановление положительного денежного потока** (входящий поток за вычетом исходящего) соответствующего бизнеса, при котором его объем достаточен для накопления средств на расчеты с реестровыми кредиторами до окончания нормативной продолжительности реабилитации. Отсюда следует, что кандидатом на реабилитацию может быть не любой бизнес, а только тот, свойства которого позволяют достичь названных показателей в приведенные сроки. Представляется, что достижение баланса в вопросах применения процедур спасения бизнеса возможно за счет введения обязательности положительного заключения относительно возможности восстановления положительного денежного потока от представителей предпринимательского сообщества (с ответственностью за заведомо недостоверное заключение).

Названное решение созвучно и с зарубежными подходами. Так, как сообщается в докладе Института Европейского права «Спасение бизнеса в банкротном праве» применительно к приостановлению (мораторию) как инструменту внесудебной

реструктуризации (workout), вне формального производства приостановление является инструментом, который не должен иметь целью поддержку убыточных предприятий, а скорее должен способствовать реструктуризации финансового долга жизнеспособных должников, но имеющих сверхзадолженность (финансовые затруднения). Такие должники должны иметь положительный операционный денежный поток, что означает, что они могут вызывать интерес третьих сторон (кредиторов) для финансирования своих будущих потребностей в оборотном капитале в процессе внесудебной реструктуризации². То же мы встречаем и в иных источниках³. Хотя данная позиция выражена в отношении внесудебных реструктуризаций, представляется, что она принципиально применима и к вопросам судебного ограничения прав кредиторов в пользу должников по мотиву необходимости предоставления возможности восстановления платежеспособности.

Ранее мы уже поддерживали соответствующую позицию по тому мотиву, что проблема восстановления платежеспособности в большинстве своем не является решаемой по причине таких качеств соответствующего бизнеса, которые в текущей экономической конфигурации не позволяют соответствующему бизнесу быть прибыльным по определению⁴.

Далее необходимо уточнить **роль права** и, соответственно, юристов в реабилитации бизнеса: здесь право может лишь создать режим для успешного антикризисного предпринимательства, но не решать предпринимательские задачи. В конечном счете речь идет об извлечении из конкретно взятого бизнеса прибыли, что относится к предпринимательству, а не юриспруденции.

Применительно к режиму, обеспечивающему спасение бизнеса, следует отметить, что оно в большинстве случаев предполагает двухэтапный **мораторий**: на период выработки плана спасения (stay) и на период его реализации.

Что касается **инструментов спасения**, то представляется, что они сильно зависят от ситуации и могут включать и реструктуризацию долгов, и реструктуризацию бизнеса.

Детализированные решения в части спасения предполагают ответы на множество специфических вопросов спасения бизнеса: очередность удовлетворения требований о возврате финансирования, предоставленного под спасение, объем принуждения (scamdown) кредиторов, условия принуждения, инструменты спасения и т.п.

Представляется, что банки должны принуждаться к участию в спасении по общему правилу: извлечение дохода из процентной ставки предполагает принятие на себя риска

² Rescue of Business in Insolvency Law // European Law Institute. P. 228. Para. 374.

³ Zwieten K. Goode on Principles of Corporate Insolvency Law. 5th Student Ed. Sweet & Maxwell. 2019. P. 574.

⁴ Суворов Е.Д. Внесудебная реструктуризация (workout): к вопросу об институционализации модели в России // Реформирование института несостоятельности (банкротства) в современной России: проблемы правовой эффективности: монография, коллектив авторов / МГУ имени М.В. Ломоносова. М.: Юстицинформ, 2020.

несостоятельности заемщика, вызванного такой ставкой. В этой связи следует предполагать, что несостоятельность вызвана уровнем платы за капитал и участие банка в спасении (в виде принуждения), но обратное может быть доказано.

В то же время скидка с долга в большинстве случаев должна быть исключением, иначе сложно это именовать именно восстановлением платежеспособности и спасением бизнеса. Иными словами, скидка с долга в рамках процедур спасения бизнеса должна быть скорее исключением, основанным на уникальных особенностях образования соответствующего долга, не являющихся типичными в соответствующих видах бизнеса. К примеру, такая скидка могла бы предоставляться, если обязательство возникло в результате чрезвычайного и непредвиденного стечения обстоятельств, то есть когда невозможность несения ответственности по этому обязательству не свидетельствует о болезни бизнеса, который как и прежде может нести операционные расходы. Более лояльно следует подходить к скидке с дополнительных обязательств в виде ответственности за нарушение обязательств: ответственность могла бы устраняться, к примеру, в случае безвиновной ответственности.

Принудительная конвертация долга в капитал (как для бенефициаров должника, так и для кредиторов) может быть элементом спасения бизнеса, если кредитор фактически участвовал в извлечении прибыли от деятельности должника (для кредиторов), либо несостоятельность вызвана неразумными действиями бенефициаров должника (для последних).

Что касается второго нашего соображения, направленного на *деабсолютизацию режима спасения*, то надо понимать, что спасение бизнеса всегда есть ограничение общего правила о конкурсе, где и реализуется распределение риска несостоятельности. Спасение бизнеса, осуществляемое для должника (без изъятия бизнеса под контроль кредиторов), всегда есть возражение (эксцепция) такого должника и может связывать кредиторов, ожидающих исполнения обязательства, при наличии заслуживающих защиты предпосылок: сам по себе интерес должника в сохранении бизнеса под своим контролем не является такой предпосылкой, то есть должник не имеет права требовать сохранения неплатежеспособного бизнеса в его владении, так как уже нарушает интересы кредиторов. Аргумент о несении риска несостоятельности кредиторами сам оказывается «несостоятельным»: такой риск кредиторы несут в рамках конкурса по определению, но они не могут принуждаться к выбору способа несения риска (через немедленную ликвидацию или через мораторий и последующие расчеты). Основанием для принудительного ограничения права кредиторов на конкурс (именно так, кредиторы вправе претендовать на ликвидационный конкурс в отношении имущества должника) является сочетание интереса должника с интересами общества в той

мере, в какой затруднения бизнеса должника носят временный характер и могут быть устранены с полным расчетом с кредиторами в обозримой перспективе (устанавливается законодателем в виде срока реабилитационных процедур). Кроме того, интерес подавляющего большинства кредиторов в несении риска несостоятельности через мораторий и последующие расчеты может быть противопоставлен миноритарной просьбе осуществить немедленную ликвидацию, миноритарий не может теперь мешать большинству реализовать свой интерес, если правда, такое спасение возможно; в противном случае это уже является неоправданным ограничением прав миноритария. Таким образом, спасение бизнеса с сохранением владения им за должником будет выбором в случае, когда оно возможно и одновременно соблюдается одно из следующих условий:

- 1) спасение этого бизнеса отвечает интересам общества, а должник просит об этом;
- 2) спасение бизнеса было выбрано большинством кредиторов и должник просит об этом.

Иными словами, юристы готовы обеспечить потенциально платежеспособным бизнесам мораторий на исполнение обязательств в течение периода реабилитации, но не должны обосновывать сохранение «больных» бизнесов за счет кредиторов только потому, что это интересно должнику. Именно последнее происходит, когда ошибочно именуют скидку с долга необходимым инструментом реабилитации.

В свою очередь, спасение бизнеса при его изъятии в пользу кредиторов будет возможным выбором в случае, когда оно возможно и одновременно при наличии одного из следующих условий:

- 1) спасение этого бизнеса отвечает интересам общества;
- 2) спасение бизнеса было выбрано большинством кредиторов.

Соотношение понятий в сфере проблематики спасения бизнеса

Следует также определиться с соотношением понятий:

- реструктуризация долгов;
- реструктуризация бизнеса;
- реабилитация бизнеса;
- реабилитация должника.

Как представляется, реструктуризация долгов означает изменение условий исполнения существующих обязательств должника, включая, но не ограничиваясь изменение срока,

способа, предмета исполнения, сторон обязательства, добавление или устранение условий обязательства, изменение объема обязательства.

Реструктуризация бизнеса представляет собой изменение структуры ведения дела, включая, но не ограничиваясь, изменение производственных и сбытовых цепочек, перепрофилирование, изменение ценовой политики и т.п.

Реабилитация бизнеса - восстановление денежного потока от данного бизнеса до положительного уровня, то есть позволяющего рассчитываться по обязательствам, возникающим для ведения этого бизнеса.

Реабилитация должника - сохранение субъекта, которому принадлежал неплатежеспособный бизнес, после расчетов с кредиторами.

Успешная реструктуризация долгов всегда ведет к реабилитации должника, но может быть не связана с реструктуризацией бизнеса и не сопровождаться реабилитацией бизнеса. Иными словами, реструктуризация долгов может сопровождаться не спасением, а гибелью бизнеса (при продаже его по частям, а не в качестве going-concern).

Реструктуризацию долгов следует также соотнести с *мировым соглашением*. Строго говоря, мировое соглашение есть одна из легальных форм достижения соглашения в отношении обязательств должника и является процедурой реструктуризации долгов. Это подтверждается возможным содержанием мирового соглашения (скидка с долга, отступное, конвертация долга в капитал и т.п.) (п. 1 ст. 156 Закона о банкротстве).

В рамках мирового соглашения так же, как и в рамках западных аналогов допустимо принуждение (сram-down) кредиторов: речь идет, хотя и не о сложной структуре голосования по классам, тем не менее принципе принуждения большинством меньшинства (п. 2 ст. 150 Закона о банкротстве).

При таком подходе видно, что включение все новых процедур реструктуризации долгов есть ни что иное, как мультиплицирование режимов, в рамках которых будет решаться одно и то же - составляющее существо названных режимов - изменение условий исполнения обязательств должником в условиях невозможности их исполнения без такого изменения.