**Банкротить по-русски: Кто виноват**

Дмитрий Кошелев, Управляющая компания «Парфёнов и партнёры» (г. Тюмень)

**Особенности национальной охоты**

Вы доверяете аналитикам инвестиционной компании «Атон»?

Если да, то такой факт: они считают, что поглощения компаний являются естественной реакцией на изменчивость рынка, а оттого нужны всем фирмам для приспособления к меняющейся экономике. Но если вы и не верите «Атону», тоже ничего страшного: так считают вовсе не только они.

А раз экономика в России не то чтобы изменчива, а даже капризна, тема поглощений здесь забудется не скоро.

Умудрённая десятилетиями опыта западная экономическая мысль разработала три акционерных инструмента борьбы за корпоративный контроль:

тендерное предложение,

скупка акций на фондовом рынке,

схватка за доверенности.

Свежий и незашоренный взгляд отечественного бизнеса внёс в копилку знаний административно-судебные инструменты борьбы за капитал, главным из которых является банкротство.

Более того, последний инструмент объявлен частью государственной политики. Концепция управления государственным имуществом и приватизации в РФ, утверждённая российским Правительством 9 сентября 1999 г., не стесняясь говорит, что «банкротство - один из способов перераспределения собственности от неэффективных собственников к эффективным. Вопрос о банкротстве - это вопрос в большей степени инвестиционно - имущественный, чем фискальный. ...участие государства как кредитора в процедурах банкротства должно быть направлено на... привлечение эффективных собственников.»

**Нехороший закон**

И неудивительно то, сколько плохих вещей наговорили про Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 8 января 1998 года!

Наиболее распространена (прежде всего среди юристов) такая вот претензия: новый Закон отказался от проверенного «принципа неплатёжеспособности» в пользу «принципа неоплатности», что породило лавину банкротств. Ведь новый принцип позволяет признать банкротами 80-90 % российских компаний (это по общему паническому мнению; согласно же уточнению главного «программиста» страны Германа Грефа - только 40 %, что есть две большие разницы).

Это так, да не так.

Во-первых, волна банкротств покатилась ещё в 1995 году, задолго до принятия нынешнего Закона, и всё это время только последовательно поднималась. Вот как выглядит статистика:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Год | Рассмотрено дел | Рост | Признаны банкротами | Рост |
| 1993 | 100 | - | 50 | - |
| 1994 | 240 | в 1,4 раза | информации нет | ? |
| 1995 | 1108 | в 4,6 раза (!) | 469 | ? |
| 1996 | 3 740 | в 3,4 раза | 1 035 | в 2,2 раза |
| 1997 | 5 687 | в 1,5 раза | 2 269 | в 2,2 раза |
| 1998 | 12 781 | в 2,2 раза | 4 747 | в 2,1 раза |
| 1999 | 15 583 | в 1,2 раза | 8 299 | в 1,7 раза |
| 2000 | 24 874 | в 1,6 раза | 15 143 | в 1,8 раза |

В общем, за 10 месяцев 2001 года в России зарегистрировано 34 тыс. банкротств, то есть через эту процедуру прошёл 1 % компаний. В США и ФРГ ежегодно подвергаются банкротству 3-5 % компаний; за десятилетие 1981-1990 годов темпы банкротства в Штатах составляли в среднем 66 630 компаний в год. Так что наши показатели космическими вовсе не являются. Вероятнее, всего лишь продолжается освоение нового для послесоветской экономики института.

Действительно проблема в том, что у нас банкротят организации с большой суммой активов: сейчас общий размер конкурсной массы по всей России исчисляется триллионом рублей. Но и при таком объёме даже кредиторы первой очереди официально возвращают только 15 с половиной копеек с каждого рубля долгов, и это вторая проблема.

Ладно, ведь даже в правительственной Концепции мы прочитали, что задача банкротства – не деньги получить, а «правильно» собственность поделить. И неудивительно поэтому, что волну банкротств гонит государство. В 2000 году государственные органы подали 64 % заявлений о признании банкротом, в первом полугодии 2001 года - 73 %. По информации Сергея Беляева, первого руководителя ФСФО, на долю частных кредиторов приходится лишь четверть заявлений. И это - во-вторых.

В-третьих: а чем раньше было лучше? Ничем: на 1 июля 1997 г. задолженность фирм в консолидированный бюджет государства составляла 159,7 трлн. неденоминированных рублей, а размер задолженности по зарплате равнялся 54 трлн. рублей. Либерализация законодательства о банкротстве должна была дисциплинировать рынок.

В-четвёртых, наивно полагать, что идеальное законодательство о банкротстве уберегло бы экономику от поглощений. Автор нынешнего закона Павел Бунич, председатель Комитета по собственности Второй (если считать с 1994 года; если же с 1906 года, то Шестой) Государственной Думы, всерьёз считал результат своего труда просто совершенством. Даже говорят, что российский Закон взяла за образец Голландия.

Но сегодня общее отношение к Закону о банкротстве лучше всего выразил журнал «Эксперт»: «Худший закон России» - так называется концептуальная статья двух Александров, Привалова и Волкова (№ 39 за 2001 год).

... Времена действительно меняются, и законы меняются вместе с ними. Закон о приватизации, второе любимое творение Павла Бунича, заменён недавно новым. Настала очередь закона о банкротстве.

**Проект**

Распоряжением Правительства России от 24 декабря прошлого года на рассмотрение в Госдуму внесён, кажется, окончательный проект нового Закона о банкротстве, назначенный к рассмотрению в первом чтении на 6 марта. Желающие могут ознакомиться с ним в Интернете на сайте "Банкротство в России" (www.bankr.ru).

В пояснительной записке к проекту обозначены следующие принципиальные новшества:

1) обеспечение интересов кредиторов - уравнивание прав государства как кредитора с остальными кредиторами, усиление защиты права залога, детализация процедур;

2) защита прав добросовестных собственников (учредителей, участников) организации-должника

через установление новой реорганизационной процедуры финансового оздоровления, через введение процедуры наблюдения исключительно после проверки требований кредитора в специальном судебном заседании,

через внесение требований кредиторов в реестр только на основании судебного акта,

через возможность участия в процессе о банкротстве представителей учредителей (участников) должника,

через признание допустимой дополнительной эмиссии акций в ходе внешнего управления при условии согласия собственника должника;

3) изменение статуса и процедуры регулирования деятельности арбитражного управляющего путём создания контроля со стороны саморегулируемых организаций управляющих, страхования их ответственности, изменения порядка назначения.

Пояснительная записка подсказывает и вывод, к которому обязан прийти благодарный читатель: меры, предусмотренные новым законом, позволят надёжно защитить права кредиторов, собственников и в конечном итоге повысить инвестиционную привлекательность российской экономики.

Вот мы и оценим это, попытавшись смоделировать будущие процессы. Анализ любой игры начинается с характеристики участников, и мы пойдём классической дорогой.

**Кому быть должником**

В процессе банкротства кредиторов может быть много, но должник всегда один. Он - ключевая фигура, с него и начнём. Как стать должником?

Сколько ни критиковали принцип неоплатности, а он для должников - юридических лиц остаётся, хоть и с большой оговоркой. Юридическое лицо может стать должником в случае просрочки исполнения денежных обязательств на 3 месяца. Правда, совокупная сумма этих обязательств в отношении юридических лиц повышена с 500 минимальных размеров оплаты труда до 1 000 (на сегодня это 100 тыс. рублей).

Такой подход видится более оправданным, чем возврат к принципу неплатёжеспособности. Это подробно объясняет самый известный ныне из русских дореволюционных юристов Габриэль Феликсович Шершеневич в «Курсе торгового права». Обычно копия хуже оригинала, поэтому нет смысла пересказывать. Пожалуй, остановлюсь на том, что произошло в течение 100 лет с момента написания книги: практика банкротств показывает сплошь и рядом, что оценка активов в отчётности должников завышена, отчего характеристики платёжеспособности обычно выглядят неоправданно оптимистичными. Как ни странно, это характерно и для США, которые уж никак не могут пожаловаться на неурегулированность бухучёта.

Думаю, задача в том, чтобы адекватно отразить в законе внешние признаки состояния неплатёжеспособности, а именно минимальную сумму неудовлеторённых денежных требований. Скажем, Соединённые Штаты остановились на сумме 5 тыс. долларов, а это приблизительно 150 тыс. рублей, и законопроект немного к такому порогу приблизился. В любом случае все называемые величины будут спорными, ведь точная оценка параметров экономики, география которой охватывает 11 часовых поясов, достаточно сложна.

И всё же проект отвешивает поклон в сторону должников: для возбуждения дела о несостоятельности принимаются во внимание требования, которые признаны должником не ранее чем за месяц до подачи заявления о банкротстве. Либо те требования, что подтверждены вступившим в силу решением суда или иным исполнительным документом (пункт 3 статьи 5).

Отдельно о задолженности по обязательным платежам: прямо в проекте о необходимости её подтверждения не говориться. Тем не менее не надо думать, будто государство оставило себе лазейку, а остальных кредиторов хочет заставить идти сначала в исковое производство. Заявление государственного органа о признании банкротом подаётся вместе с доказательствами принятия мер к получению задолженности по обязательным платежам в установленном порядке (пункт 2 статьи 44 проекта), что предусмотрено и действующим законом.

Существует опасение, что в борьбе с недобросовестными кредиторами можно «перегнуть палку». Всё-таки убытки от банкротства чаще несут кредиторы. Как говорил тот же незабвенный Шершеневич, сострадание к должникам представляется совершенно несоответствующим новейшим экономическим условиям.

Опыт утверждает, что при числе кредиторов не менее двух процедура банкротства предпочтительнее иска. Ведь при банкротстве установлены общепризнанные приоритеты удовлетворения требований кредиторов, которые при одновременном течении нескольких исполнительных производств (особенно если их ведут разные службы судебных приставов) могут нарушаться.

Абсолютно нетрудно представить тот случай, когда кредиторская задолженность будет искусственно увеличена за счёт требований аффилированных должнику лиц, и их исполнительные документы стараниями должника получат преимущество. В общем, усилиями профессионалов практика применения самого лучшего закона может стать причудливой.

Поэтому в некоторых зарубежных странах (Германия, США) при определении возможности обращения кредитора с заявлением о принудительном банкротстве акцент совершенно обоснованно смещён в пользу установления минимально необходимого количества кредиторов. Так что в этом плане наша страна вновь решилась на эксперимент.

Тем более что в проекте закона подтверждены существующие и сегодня защитные механизмы против недобросовестных кредиторов. Если арбитражный суд примет решение об отказе в признании должника банкротом в связи с отсутствием признаков банкротства на момент рассмотрения требований заявителя, то судебные расходы вместе с расходами на выплату вознаграждения арбитражным управляющим относятся на кредиторов, обратившихся с заявлением (статья 64).

Полагаю также, что через последующий иск о возмещении убытков, причинённых злоупотреблением правом, должник может компенсировать за счёт кредитора и расходы на судебное представительство, и всё остальное.

Кто вообще может стать должником? Например, в США банкротом могут объявить муниципалитет, помним мы и попытку "Гута-банка" обанкротить Московскую область. А МВФ разрабатывает сейчас процедуру банкротства целых государств.

Но революционных изменений нет. Желающим банкротить муниципальные образования и субъекты Федерации лучше обратиться к публичному праву, в частности, к статьям 105 и 112 Бюджетного кодекса РФ.

Ну а в частном праве, как и теперь, в орбиту банкротства сможет попасть любая коммерческая организация (кроме казённых предприятий) и граждане, в том числе зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Перечень расширился за счёт некоммерческих организаций, среди которых нельзя будет банкротить только государственные и муниципальные учреждения.

**Чем должнику жить хорошо**

Основных изменений в статусе должника два. Во-первых, проект стремится возложить на менеджмент и собственников юридического лица обязанность по поддержанию его финансового благополучия. Во-вторых, проект наделяет руководство и собственников необходимыми для выполнения этой обязанности возможностями.

Как и действующим законом, проектом предусмотрено, что учредители (участники) обязаны принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций, осуществлять досудебное финансовое оздоровление должника.

Замечательно, однако сложность заключается в создании для собственников и менеджмента достаточных стимулов. То и было в римском праве! Законы XII таблиц разрешали неудовлетворённым кредиторам разрубить тело несостоятельного должника на части. Тит Ливий, человек осведомлённый, справедливо назвал эту норму «могучей основой взаимного доверия». Хотя, безусловно, случались эксцессы - но от них не застрахован ни один закон.

В дореволюционной России, как и во всех странах Европы в то время, существовала уголовная ответственность как за неосторожное банкротство (так называемое простое банкротство, предусматривавшее наказанием не более 2 лет тюрьмы), так и за умышленное (так называемое злостное банкротство, наказанием за которое во многих странах была каторга).

Нынешние статьи 195 и 196 Уголовного кодекса РФ предусматривают ответственность только за злостное банкротство, да и то в размерах, которые во времена Шершеневича сопровождали банкротство неосторожное. И новый Кодекс об административных правонарушениях здесь ничего не добавил.

Гражданско-правовые последствия - возложение на собственников и менеджмент субсидиарной ответственности по обязательствам должника - возникают тоже только при злостном банкротстве, которое сейчас именуется преднамеренным банкротством (пункт 2 статьи 10 проекта и действующего Закона).

Законопроект не стремится установить ответственность за неосторожное банкротство. Авторы проекта выбрали свою дорогу, попытавшись построить мостик к признанию любого банкротства преднамеренным и создать тем самым для руководителей и собственников надлежащие стимулы по сохранению платёжеспособности организаций.

Обязанность руководителя компании обратиться в арбитражный суд с заявлением должника о банкротстве дополнена достаточно широким основанием: если при обращении взыскания на имущество имеются основания полагать, что такое взыскание существенно осложнит или сделает невозможным хозяйственную деятельность должника. Чем отличается «существенно» от «несущественно», я не знаю. Наверное, суд - тоже. Видимо, этим знанием должен обладать руководитель, и потому отстаивать его перед судом, то есть нести бремя доказывания будет именно он.

Теперь на руководителя должника возложат ещё и обязанность направлять участникам (учредителям) организации сведения о появлении признаков банкротства. А ещё - обяжут предложить собственникам провести общее собрание участников по вопросам целесообразности проведения допэмиссии акций, а также обращения к первому собранию кредиторов с идеей введения процедуры финансового оздоровления. Соответственно (как и действующим законом) проектом предусмотрено, что собственники должника обязаны принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций, осуществлять досудебное финансовое оздоровление.

Так что легко станет выявить, в каком звене цепочки произошёл сбой, и возложить на это звено (руководителя или собственника должника) субсидиарную гражданско-правовую ответственность по долгам, а также уголовную ответственность за доведение до банкротства (статьи 195, 196 или 201 Уголовного кодекса РФ). Это и будет теперь стимулом для «поддержания в форме» участников рынка.

И вообще, очень сильно выглядит фраза из законопроекта о том, что конкурсный управляющий должен ежемесячно отчитываться перед собранием или комитетом кредиторов о привлечении к субсидиарной и солидарной ответственности третьих лиц, которые в соответствии с законодательством несут субсидиарную и солидарную ответственность по обязательствам должника в связи с доведением его до банкротства.

**Что может, собственно, должник**

Законопроект не только обременяет владельцев организаций обязанностями по сохранению бизнеса, но и даёт добросовестным собственникам соответствующие гарантии.

Главная гарантия является корректировкой принципа неоплатности. И сегодня существуют правило о том, что рассмотрение дела о банкротстве в заседании арбитражного суда может быть отложено на срок не более 2 месяцев (пункт 2 статьи 47 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)").

Что изменится теперь? Определены условия, с которыми связано отложение дела: когда у должника имеется достаточно ликвидного имущества для погашения всех заявленных требований кредиторов. При рассмотрении ходатайства об отложении разбирательства арбитражный суд вправе назначить экспертизу, в том числе по собственной инициативе. Цель отложения - должнику дают до 7 месяцев с даты подачи заявления о признании банкротом для погашения требований кредиторов.

То есть фактически принцип неоплатности уступит место смешанной системе, как в Германии. Ведь фокус в том, что если должник уложится в предоставленный ему срок все издержки по делу будут возложены на кредитора, подавшего заявление о признании банкротом, о чём говорилось выше.

Нельзя однозначно сказать, хорошо это или плохо. Да, правила игры станут другими - но и злоупотребления станут другими. Не надо быть гением, чтобы заметить рост субъективного фактора при отложении дела, постоянного спутника оценочных значений, - ведь уже говорилось о проблеме реальной оценки активов. На самом деле не может быть идеальных правотворческих решений, просто потому, что пока ещё нет идеальной системы построения социальных прогнозов.

Если взглянуть на более мелкие, но не менее важные новшества, то, во-первых, собственники должника обретут процессуальные права. Ими наделяется фигура представителя учредителей (участников) должника - юридического лица, олицетворяющая основного собственника. Он будет вправе:

1) участвовать в собрании кредиторов без права голоса, выступать по вопросам повестки собрания;

2) участвовать в арбитражном процессе по делу о банкротстве;

3) обжаловать определение арбитражного суда об отстранении руководителя должника от должности, как и вообще определение о принятии мер по обеспечению требований кредиторов;

4) обжаловать в арбитражный суд любое действие арбитражного управляющего;

5) знакомиться с требованиями кредиторов, полученными в ходе внешнего управления и конкурсного производства, и заявлять по ним возражения (заявлять возражения на требования кредиторов в ходе наблюдения вправе сам должник).

Вообще любой учредитель (участник) должника получит права заявлять возражения по требованиям кредиторов, обжаловать результаты оценки имущества должника, осуществлённой конкурсным управляющим (п.4 ст.136 проекта).

Во-вторых, собственникам даются и особые процессуальные гарантии:

1) наблюдение вводится по результатам рассмотрения обоснованности требований заявителя к должнику. Эта гарантия уже предоставлена постановлением Конституционного суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П, но сейчас всё будет приведено в законе в удобную процессуальную форму;

2) требования кредиторов включаются в реестр только на основании определения арбитражного суда, а не в зависимости от усмотрения арбитражного управляющего;

3) срок на представление возражений по требованиям кредиторов увеличился в разы, но даже и при отсутствии возражений арбитражный суд проверяет обоснованность требований кредиторов и наличие оснований возникновения требований; определение о включении в реестр требований кредиторов может быть обжаловано;

В третьих, в интересах собственников должника введены следующие положения:

1) руководитель должника после вынесения определения о введении наблюдения обязан обратиться к участникам (учредителям) с предложением провести общее собрание для рассмотрения вопросов об обращении к первому собранию кредиторов с предложением о введении в отношении должника финансового оздоровления, о проведении дополнительной эмиссии акций;

2) предусмотрена процедура финансового оздоровления, в ходе которой органы управления должника сохраняют свои полномочия;

3) в ходе внешнего управления учредители (участники) в любое время до его окончания вправе восстановить платёжеспособность должника путём исполнения его обязательств, причём из разряда третьих лиц (статья 89 действующего Закона) собственники переходят в категорию лиц заинтересованных (статьи 117 и 121 проекта);

4) предусмотрены случаи возможного возврата из конкурсного производства во внешнее управление (статьи 57 и 152 законопроекта);

5) предусмотренные законом меры по восстановлению платёжеспособности должника в ходе внешнего управления дополнены правом акционеров ОАО ходатайствовать перед собранием кредиторов о разрешении увеличить уставный капитал путём выпуска дополнительных акций должника (статья 122 проекта).

На последнее нужно обратить особое внимание: Правительство наконец признало положительным опыт арбитражного управляющего Евгения Гуляева, восстановившего с помощью допэмиссии платёжеспособность Ленинградского металлического завода.

Конечно же, любое явление заключает в себе как положительные, так и отрицательные стороны. Так и законодательные новеллы не могут иметь исключительно знак «плюс». Скажем, статус минотарного собственника, предусмотренный законопроектом, вполне может быть использован для корпоративного шантажа.

Уже говорилось, что любой из учредителей (участников) будет вправе заявлять возражения по требованиям кредиторов, обжаловать результаты оценки имущества должника, осуществлённой конкурсным управляющим. Забегая вперёд, скажу, что любой учредитель (участник) получит право обжаловать любое действие арбитражного управляющего в дисциплинарный комитет саморегулируемой организации. Отказ саморегулируемой организации в удовлетворении жалобы может быть обжалован им в ФСФО, прокуратуру и суд. Поэтому стоит напомнить, что любой закон может стать могучим оружием при его системном изучении.