

От моратория к субсидиарной ответственности : как свернуть с этого пути

03.03.2023

СТАТЬИ

Мораторий вносит в «стратегию» банкротства свои коррективы. Теперь действия должника нужно оценивать с учетом временного промежутка: до введения моратория, во время, а также по окончании его действия. О четырех возможных сценариях поведения должников, риске привлечения к субсидиарной ответственности и способах его минимизации читайте в статье Николая Покрышкина.

Первоначальный мораторий на банкротство, действовавший с 6 апреля по 6 октября 2020 г., был превентивной мерой. К моменту его введения многие компании из пострадавших от пандемии отраслей еще не успели стать несостоятельными. Вполне платежеспособными оставались и стратегические / системообразующие предприятия, также получившие защиту от требований кредиторов. Таким образом, риски были переложены с финансово устойчивых компаний на их контрагентов (поставщиков, подрядчиков и клиентов) — зачастую гораздо менее устойчивых субъектов бизнеса, лишившихся возможности добиться принудительного исполнения обязательств перед собой.

Однако к осени 2020 г. «маятник» начал движение в обратную сторону. Постановлением Правительства РФ от 01.10.2020 № 1587 мораторий на банкротство был продлен до 7 января 2021 г. Однако в списке лиц остались только пострадавшие от COVID 19 отрасли, стратегические и системообразующие предприятия были исключены из него. Мораторий на банкротство вернулся к своей первоначальной цели — защите только тех субъектов,

которые действительно пострадали от ограничений, введенных в связи с COVID 19.

Последующая «ревизия» подхода к поведению подмораторных должников наступит в делах об их банкротстве, а именно в спорах о субсидиарной ответственности менеджмента и участников, когда суды будут решать, вправе ли они были

пользоваться мораторной защитой (и не повлекло ли это за собой дополнительных убытков для общества / кредиторов), если, например, несостоятельность возникла еще до введения моратория либо менеджмент понимал, что преимущества моратория в любом случае не позволят должнику сохранить / восстановить платежеспособность (но при этом затронут права кредиторов).

Универсального решения данной проблемы нет, и риски контролирующих лиц зависят от конкретных сценариев. Рассмотрим основные из них.

СЦЕНАРИЙ А. ДОЛЖНИК НЕ ИМЕЛ ПРИЗНАКОВ БАНКРОТСТВА В ПЕРИОД МОРАТОРИЯ, НО НЕ ОТКАЗАЛСЯ ВОСПОЛЬЗОВАТЬСЯ ПРЕИМУЩЕСТВОМ ЕГО ВВЕДЕНИЯ

Это наиболее безопасный для контролирующего должника лица (далее — КДЛ) сценарий, поскольку такая модель поведения (не отказываться от преимуществ моратория) предусмотрена законодателем по умолчанию в ст. 9.1 Закона о банкротстве, то есть этот выбор не является отклонением от стандарта разумного поведения. Более того, даже если платежеспособный должник будет безосновательно пользоваться мораторием и это повлечет за собой убытки для его контрагентов (невозможность принудительного взыскания с него в течение длительного времени), то для самого должника в этом нет явного вреда, особенно такого, который

стал бы причиной появления признаков банкротства по завершении моратория. А значит, нет и прямого основания для взыскания с КДЛ убытков или субсидиарной ответственности в пользу должника / его конкурсной массы.

После прекращения действия моратория кредиторы могут попытаться взыскать убытки, вызванные мораторием, с самого должника. Но их шанс на успех не слишком велик, так как в решении должника и его КДЛ не отказываться от действия моратория нет элемента противоправности. Действительно, сам законодатель наделил подмораторных должников таким статусом по формальному критерию принадлежности к отрасли / списку, не обязав отказаться от статуса в каком либо случае (например, если должник реально не пострадал от COVID 19 или пострадал, но остался платежеспособным). Возложение такой обязанности ретроспективно (уже по завершении моратория) и без четких нормативных критериев (лишь на уровне оценок в судебной практике) было бы явно несправедливым решением и еще большим перегибом, нежели раздача преимуществ моратория целым отраслям без оглядки на реальное положение конкретных компаний.

Другое дело, что те же суммы (недополученные проценты за пользование денежными средствами и финансовые санкции, разница в изменении стоимости предмета обязательств, включая залоги и пр.) вполне могут быть взысканы с должника в пользу кредиторов в качестве неосновательного обогащения, поскольку наличия элемента противоправности в данном случае не требуется (в отличие от убытков), а неосновательность сбережения имущества на стороне подмораторного должника, который в действительности не пострадал от COVID 19, вполне может быть доказана. Именно в этом контексте допустима дискуссия по поводу того, является ли достаточным основанием для такого сбережения формальное попадание в подмораторный список или же требуется обосновать потери общества от COVID 19 (и если да, то в каких пределах эти потери будут считаться достаточными). Однако и в этом случае обязанность по возмещению неосновательного обогащения должником не может быть переложена на его КДЛ в связи с отсутствием противоправности в действиях по «не отказу» от моратория.

СЦЕНАРИЙ Б. НЕПЛАТЕЖЕСПОСОБНОСТЬ ДОЛЖНИКА НАСТУПИЛА ЕЩЕ ДО МОРАТОРИЯ, НО ОН ВОСПОЛЬЗОВАЛСЯ ЕГО ВВЕДЕНИЕМ

Данный сценарий несет в себе наибольшую, иногда скрытую для добросовестного лица, опасность. В чем же суть ситуации, когда лицо попало под мораторий, уже находясь в объективном банкротстве?

Во первых, мораторий направлен на защиту субъектов, пострадавших от пандемии. Эксплуатация института моратория (для продления агонии должника, который стал банкротом еще до наступления последствий вируса, особенно если эта агония повлекла за собой дальнейшее ухудшение его положения и, соответственно, ущемление прав кредиторов) может вылиться в признание КДЛ недобросовестным лицом, что существенно осложнит защиту от субсидиарной ответственности.

Во вторых, у КДЛ может сложиться ложное ощущение безопасности, так как подп. 1 п. 3 ст. 9.1

Закона о банкротстве приостанавливает обязанность подачи заявления о банкротстве, предусмотренную ст. 9 Закона о банкротстве.

Однако если после моратория будет возбуждено дело о банкротстве, то КДЛ могут быть привлечены к ответственности за неподачу заявления о банкротстве до моратория, так как данная обязанность возникла ранее. При этом возможен минимальный размер ответственности — за требования к должнику, которые возникли с момента, когда появилась обязанность подать заявление о банкротстве, до момента введения моратория (6 апреля 2020 г.), и максимальный (наиболее вероятный) — за предъявление к должнику требований, которые возникли с момента, когда появилась обязанность подать заявление о банкротстве, до возбуждения дела о банкротстве (включая размер обязательств перед всеми кредиторами, совместно с которыми велась деятельность во время моратория).

В третьих, безотносительно обязанности подать заявление о признании должника банкротом существует риск субсидиарной ответственности за ухудшение финансового состояния должника по подп. 2 п. 10 ст. 61.11 Закона о банкротстве.

В четвертых, стандарты определения момента объективного банкротства очень сильно размыты. Отсутствует судебная практика, которая однозначно указывала бы, какие критерии (совокупность критериев) и их значения являются достаточными для того, чтобы сделать вывод о наступлении объективного банкротства.

При определении неплатежеспособности среди прочего суды учитывают:

отклонение коэффициентов и иных критериев, определенных в Постановлении Правительства РФ от 25.06.2003 № 367 «Об утверждении Правил проведения арбитражным управляющим финансового анализа», на основании которых арбитражные управляющие готовят финансовый анализ обществ. При этом управляющие и эксперты ссылаются на общепризнанность стандарта определенных показателей, который являет

собой некий усредненный показатель в целом, не отражающий объективных значений для отдельных отраслей;

отрицательный показатель чистых активов, который отражает разницу между активами общества и его долгами;

иные сведения из бухгалтерских балансов; состав и качество активов общества; записи из книг покупок и книг продаж; заключения, анализирующие отраслевые особенности финансовых показателей (например, в сравнении с аналогичными компаниями); наличие картотек неисполненных обязательств в банках; исполнительное производство и пр.

Таким образом, высок риск того, что часть показателей будет демонстрировать объективное банкротство до введения моратория, что станет сюрпризом для КДЛ должника и повлечет за собой неожиданное для них привлечение к субсидиарной ответственности.

В связи с этим КДЛ должника следует очень трезво оценить свои шансы на выведение общества из состояния объективного банкротства в пределах срока действия моратория. Если сделать это не удастся, то пребывание должника под мораторием может только усугубить ответственность КДЛ при последующем банкротстве. Возможно, лучшим решением будет сразу подать от имени должника заявление о добровольном банкротстве (ведь мораторий формально снимает с должника обязанность подать заявление о банкротстве со ст. 9, но не лишает его права подать такое заявление по ст. 8 Закона о банкротстве).

СЦЕНАРИЙ В. НЕПЛАТЕЖЕСПОСОБНОСТЬ ДОЛЖНИКА НАСТУПИЛА В СВЯЗИ С COVID-19 В ПЕРИОД ДЕЙСТВИЯ МОРАТОРИЯ

Иронично, что именно для этого сценария прежде всего был введен механизм моратория, и в то же время «правильный выбор» в нем наименее очевиден. С одной стороны, логично продолжать действовать под мораторием и пытаться восстановить платежеспособность

должника. Однако неудачные попытки восстановления могут повлечь за собой субсидиарную ответственность за ухудшение финансового состояния должника либо взыскание убытков. Кроме того, в случае возбуждения дела о банкротстве в течение трех месяцев по завершении моратория будет пролонгирован срок для оспаривания сделок по гл. III.1 Закона о банкротстве.

При этом недействительность сделок влечет за собой презумпцию вины КДЛ за невозможность полного погашения требований кредиторов (подп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве). Данный риск возможен в рамках всех рассмотренных сценариев, но наиболее актуален именно в данной ситуации (в отличие от сценария Б, где ключевым основанием ответственности является неподача заявления о банкротстве).

В то же время отказ от продолжения деятельности в такой ситуации (добровольная подача заявления о банкротстве в порядке ст. 8 Закона о банкротстве или сворачивание бизнеса) может повысить риск субсидиарной ответственности КДЛ, если кредиторы докажут, что в рамках моратория общество могло восстановить свою платежеспособность, а подача заявления либо прекращение управления обществом исключили такую возможность.

СЦЕНАРИЙ Г. ДОЛЖНИК ОТКАЗАЛСЯ ОТ ПРЕИМУЩЕСТВ МОРАТОРИЯ, ПОСКОЛЬКУ БЫЛ УВЕРЕН В СВОЕМ ФИНАНСОВОМ ПОЛОЖЕНИИ, НО ПОЗДНЕЕ ОКАЗАЛСЯ БАНКРОТОМ

Отказ от преимуществ моратория является адекватным и безопасным решением для финансово устойчивых организаций. Так, при введении моратория на первый срок от него отказались компании:

«Роснефть», «Газпром нефть», «МТС», НЛМК, «НОВАТЭК», X5 Retail Group, «Интер РАО», «Вымпелком». В некоторых случаях без отказа от действия моратория должникам затруднительно продолжать деятельность с контрагентами, получать дополнительное финансирование и избегать нарушения ковенантов по действующим обязательствам. В такой ситуации отказ от преимуществ моратория выглядит как необходимый шаг для

спасения должника. Однако компаниям, которые испытывают финансовые трудности или ожидают существенного снижения показателей, стоит критически оценить данную опцию, поскольку она не является стандартной по умолчанию в рамках ст. 9.1 Закона о банкротстве. Это весьма рискованный ход менеджмента / участников (с точки зрения их личной ответственности в случае будущего банкротства), разумность и добросовестность которого стоит заранее обосновать на случай потенциальных разбирательств.

Возможные негативные последствия:

отказ от моратория могут вменить КДЛ в качестве причины банкротства (доведения должника до банкротства / исключения возможности восстановления его платежеспособности);

возникает риск привлечения к административной (ч. 2 ст. 14.12 КоАП РФ) или даже к уголовной ответственности (ст. 196 УК РФ) за преднамеренное банкротство;

на КДЛ ложится риск убытков в размере финансовых санкций, которые при моратории не начислялись бы; исполненных обязательств, возникших до моратория; выывшего заложенного имущества (в размере части, которая причиталась бы конкурсной массе);

если общество после отказа от моратория начнет совершать сделки, которые были ограничены п. 3 ст. 9.1 Закона о банкротстве (выплату дивидендов, зачет и т. п.), и в последующем будет признано несостоятельным, отказ от моратория может быть квалифицирован как действия в обход закона (ст. 10 ГК РФ) для легитимизации вывода активов из общества, что приведет к признанию сделок ничтожными и резкому росту риска субсидиарной ответственности / убытков;

если на момент отказа от моратория общество уже имеет признаки банкротства, высок риск субсидиарной ответственности за неподачу заявления о банкротстве по ст. 9 Закона о банкротстве после отказа от моратория.

Таким образом, перед принятием столь рискованного решения рекомендуем подкрепить его как минимум:

независимым финансовым анализом наличия признаков банкротства на предполагаемую дату отказа от моратория (по различным методикам);

реалистичным альтернативным бизнес планом, раскрывающим варианты

функционирования общества под мораторием и вне его (с разумным обоснованием экономических преимуществ деятельности без моратория);

правовыми заключениями, дающими оценку действующим договорам общества и режиму моратория для них (включая нарушение заверений и гарантий, наступление предусмотренных договорами случаев неисполнения обязательств);

перепиской с контрагентами, подтверждающей затруднительность продолжения отношений с ними, необходимых для функционирования общества, в связи с действием моратория (и аналогичной внутренней перепиской с должностными лицами и сотрудниками общества, фиксирующей возникающие затруднения из-за моратория).

Дискуссионным остается вопрос о том, стоит ли подкреплять такой отказ корпоративным решением общего собрания участников / акционеров или решением совета директоров? Это может создать у генерального директора ошибочное ощущение снятия с него ответственности (он лишь исполнит решение вышестоящих органов общества). В действительности такого не произойдет в связи с самостоятельной ответственностью генерального директора за совершенные действия. В то же время это резко повысит риск ответственности для членов ОСУ / СД. Для удобства анализа рисков и выбора варианта дальнейших действий далее приведена таблица моделей поведения подмораторных должников. При выборе любого из приведенных сценариев подмораторным должникам рекомендуется совершить следующие шаги с целью минимизации рисков ответственности их КДЛ:

периодически проводить оценку финансового состояния общества, а также оценку экономической целесообразности и оспоримости по гл. III.1 Закона о банкротстве отдельных ключевых сделок для общества. Данные документы позволят создать доказательственную базу в противовес абстрактному и, как правило, поверхностному финансовому анализу арбитражных управляющих;

вести реестр текущих обязательств и соблюдать очередность п. 2 ст. 134 Закона о банкротстве. С учетом квазитекущего статуса мораторных кредиторов по сравнению с требованиями кредиторов, которые возникли до моратория и были заморожены до его окончания, напрашивается аналогия с текущими требованиями в банкротстве. Поэтому важно соблюдать последовательность погашения требований во избежание возникновения предпочтения (ст. 61.3 Закона о банкротстве);

поддерживать реально исполнимый объем текущих обязательств. Данный критерий очень важен, так как требования квазитекущих кредиторов уже не будут заморожены и, если допустить превышение объема требования над возможностью их исполнения, постмораторное банкротство неминуемо;

распределять исполнение обязательств перед разными кредиторами во времени. Данный подход не столько спасет от ответственности, сколько упростит поддержание исполнимого объема обязательств, а также минимизирует потенциальный риск возникновения предпочтительного отношения к кредиторам, сроки исполнения обязательств перед которыми совпадут;

уведомлять следующего текущего кредитора о состоявшейся просрочке исполнения предыдущему, согласовывать предоставление отсрочки исполнения. В этом заинтересованы обе стороны, поскольку сделка с нарушением очередности создает предпочтение в отношении кредитора и обязанность вернуть полученное, а для КДЛ чревата убытками и презумпцией субсидиарной ответственности.



Николай
Покрышкин

партнер адвокатского бюро г. Москвы «Кульков, Колотилков и
партнеры»