

Эволюция правового регулирования субсидиарной ответственности сделала данный способ защиты интересов кредиторов значительно эффективнее, превратив его в острый меч, карающий, как показывает практика, не только виновных. Статья поможет оценить перспективы привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности. Имеют ли обратную силу различные редакции Закона о банкротстве¹, когда оцениваются действия (бездействие) контролирующего должника лица? Какие новые обязанности появились у таких лиц? Какие возможности дает закон для привлечения к ответственности лиц, обладающих менее чем 50% голосов?

Нюансы привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности

Трудно переоценить значение института субсидиарной ответственности для защиты прав кредиторов. В 2017 г. использование данного инструмента наряду с оспариванием сделок впервые за последние несколько лет позволило улучшить средний процент удовлетворения требований кредиторов. Учитывая сложность и трудозатратность привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности, на стадии принятия решения о подаче заявления, а тем более при оценке перспектив возбуждения кредитором дела о банкротстве или об активной защите своих интересов, важно установить круг потенциальных ответчиков и разобраться в основаниях, которые могут быть положены в основу требований.

Применение «правильной» редакции Закона о банкротстве

Существенную сложность при предварительной оценке перспектив представляет отдаленность во времени действий (бездействия) контролирующих лиц от введения процедур, применяемых в делах



Юлия ЛИТОВЦЕВА,
юридическая компания
«Пепеляев Групп»,
партнер, руководи-
тель практики
банкротства и анти-
кризисной защиты
бизнеса, к.ю.н.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Юлия ЛИТОВЦЕВА

о банкротстве. С одной стороны, это затрудняет сбор доказательств и обоснование вины, причинно-следственной связи и иных обязательных оснований такой ответственности. С другой — требует применения при квалификации действий потенциальных ответчиков соответствующей редакции Закона о банкротстве. Задача переходит на еще более высокий уровень трудности, если действия одного и того же лица приходились на период применения различных редакций данного закона.

Еще одним камнем преткновения становится вопрос об обратной силе последующих редакций Закона о банкротстве. В отличие от многих нормативных актов данный закон носит комплексный характер, поскольку содержит одновременно нормы материального и процессуального права. При этом характер многих норм не столь очевиден (например, сроки обращения с заявлением о привлечении к субсидиарной ответственности). Между тем установление материальной или процессуальной природы новых норм исключительно важно для понимания их применимости к обстоятельствам, имевшим место до вступления соответствующей редакции Закона о банкротстве в силу.

Материально-правовые нормы о субсидиарной ответственности действуют с учетом общих правил действия закона во времени, установленных п. 1 ст. 4 ГК РФ, в соответствии с которыми акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие. Несомненно, что нормы, регламентирующие основания и условия ответственности, являются гражданско-правовыми.

В Постановлении Конституционного суда РФ от 15.02.2016 № 3-П разъяснено, что придание обратной силы закону — исключительный тип его действия во времени, использование которого относится к прерогативе законодателя. При этом либо в тексте закона содержится специальное указание о таком действии во времени, либо в правовом акте о порядке вступления закона в силу имеется подобная норма. Законодатель, реализуя свое исключительное право на придание закону обратной силы, учитывает специфику регулируемых правом общественных отношений.

Как подчеркнул КС РФ, обратная сила закона применяется преимущественно в отношениях, которые возникают между индивидом и государством в целом, и делается это в интересах индивида. С точки зрения института субсидиарной ответственности крайне важным представляется правовая позиция высшего суда: в отношениях, субъектами которых выступают физические и юридические

При привлечении к субсидиарной ответственности важно использовать «правильную» редакцию Закона о банкротстве, приходящуюся на период действий (бездействия) контролирующего должника лица.

Нюансы привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности

лица, обратная сила не применяется, поскольку интересы одной стороны правоотношения не могут быть принесены в жертву интересам другой, не нарушившей закон.

Аналогичный подход был сформулирован в п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 137, которым было разъяснено, что после вступления в силу новых норм, регулирующих положения о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности, основания для применения субсидиарной ответственности квалифицируются исходя из законодательства, действовавшего в тот момент, когда соответствующие обстоятельства имели место.

Казалось бы, все достаточно просто, но, как показывает практика, немало ошибок допускают как заявители, инициирующие привлечение контролирующих лиц к ответственности, так и суды.

Закон № 266-ФЗ¹, которым была введена гл. III.2 Закона о банкротстве, говорит о том, что рассмотрение заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности по ст. 10 данного Закона, поданных с 01.07.2017, производится по правилам редакции, вступившей в силу с 30.07.2017. Подобная формулировка означает ее относимость исключительно к процессуальным нормам, порядку рассмотрения таких заявлений.

Однако вскоре после принятия упомянутого закона появилось Письмо ФНС России от 16.08.2018 № СА-4-18/16148@ с разъяснениями о порядке применения новой редакции Закона о банкротстве. Письмо содержит безапелляционное утверждение-указание региональным налоговым органам, что *материально-правовые нормы гл. III.2 должны применяться с даты вступления в силу Закона № 266-ФЗ*.

Увы, как бы ни хотелось кредиторам исходить из более жестких новых норм, регулирующих субсидиарную ответственность, ссылаясь в том числе на позицию уполномоченного органа, это не соответствует установленным ст. 4 ГК РФ и Законом № 266-ФЗ положениям о порядке применения норм.

Установление контролирующего должника лица

Как показывает опыт, сложности с действием Закона о банкротстве во времени возникают уже на этапе установления круга потенциальных ответчиков, исходя из понятия контролирующего лица. Ранее оно содержалось в ст. 2 названного Закона, а затем претерпело изменения и в настоящее время закреплено в ст. 61.10 в связи с принятием Закона № 266-ФЗ. Очевидно, что отсутствие статуса контро-

Очевидно, что отсутствие статуса контролирующего лица исключает возможность привлечения потенциального ответчика к субсидиарной ответственности, в связи с чем важно на как можно более раннем этапе «примерить» к нему установленные законом признаки.

¹ Федеральный закон от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

Юлия ЛИТОВЦЕВА

лирующего лица исключает возможность привлечения потенциального ответчика к субсидиарной ответственности, в связи с чем важно на как можно более раннем этапе «примерить» к нему установленные законом признаки.

Попробуем разобраться в нюансах.

В соответствии с абз. 34 п. 2 Закона о банкротстве в редакциях Федеральных законов от 28.04.2009 № 73-ФЗ и от 28.06.2013 № 134-ФЗ контролирующее должника лицо — это лицо, имеющее либо имевшее *в течение менее чем двух лет до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом* право давать должнику обязательные указания или имеющее возможность иным образом определять его действия. В частности, таковым может быть признано лицо, которое имело право распоряжаться 50 и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью.

Правда, в судебной практике довелось столкнуться с беспрецедентным по своему правовому нигилизму подходом судов, которые привлекли к субсидиарной ответственности акционеров, обладавших менее 50% акций, за избрание генеральных директоров, привлеченных к субсидиарной ответственности за неблагоприятные финансовые операции. Суды признали акционеров контролирующими лицами и сделали вывод об их виновности, несмотря на подлежащие применению ст. 2 (в прежней редакции) и 10 Закона о банкротстве, мотивировав свой подход тем, что избрание таких руководителей сделало возможным совершение последними действий, повлекших за собой банкротство! При этом ни одна из инстанций не озаботилась отсутствием в деле хотя бы одного доказательства того, что привлекаемые к ответственности руководители должника действительно были избраны этими акционерами, несмотря на утверждения участников, что они не были ни на одном из якобы проведенных общих собраний в соответствующий период.

Согласно ст. 61.10 Закона о банкротстве в действующей редакции, по общему правилу, под контролирующим должника лицом понимается лицо, имеющее либо имевшее *не более чем за три года, предшествующие возникновению признаков банкротства, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом* право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, в том числе по совершению сделок и определению их условий.

Нюансы привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности

Кроме того, в соответствии с действующим подп. 2 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве участник корпорации является контролирующим лицом, если он *и аффилированные с ним лица¹ вправе распоряжаться 50 и более процентами голосующих акций (долей, паев) должника либо имеют в совокупности 50 и более процентов голосов* при принятии решений общим собранием либо если их голосов достаточно для назначения (избрания) руководителя должника.

Как разъяснено в Постановлении Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующего должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее — Постановление № 53), презюмируется, что лицо, отвечающее одному из указанных критериев, признается контролирующим наряду с аффилированными с ним лицами.

Это означает, что кредиторам теперь будет легче доказывать статус акционеров и участников, обладающих менее чем 50% голосов, как контролирующих лиц. Для этого необходимо при оценке круга потенциальных ответчиков анализировать взаимосвязи членов органов управления между собой и иными лицами.

Определение периода действий (бездействия) контролирующего должника лица

Нестандартные подходы выработаны судебной практикой применительно к такому, казалось бы, конкретному признаку контролирующего лица, как временной показатель, то есть период действий (бездействия) субъектов ответственности.

Оценивая значимость этого признака, в Определении от 16.05.2018 № 308-ЭС17-21222 по делу АО «Орбита» ВС РФ указал, что установление срока подозрительности направлено на исключение чрезмерной неопределенности в вопросе о правовом положении контролирующего лица, поскольку момент инициирования кредитором дела о банкротстве зависит, как правило, от воли самого кредитора и значительно отдален по времени от момента, когда привлекаемое к ответственности лицо перестало осуществлять контроль. При этом ВС РФ совершенно справедливо отметил, что контролирующее лицо имеет возможность отсрочить возбуждение производства по делу о несостоятельности должника с использованием законодательно установленных процедур, создав для кредитора препятствия в получении удовлетворения через процедуры банкротства.

С учетом действующего подп. 2 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве кредиторам теперь будет легче доказывать статус акционеров и участников, обладающих менее чем 50% голосов, как контролирующих лиц. Для этого необходимо анализировать взаимосвязи членов органов управления между собой и иными лицами.

¹ В частности, применительно к ст. 53.2 ГК РФ, ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», ст. 4 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

Юлия ЛИТОВЦЕВА

Нельзя не согласиться с тем, что такое поведение не должно освобождать от ответственности, несмотря на совершение виновных действий за пределами установленного в Законе о банкротстве периода. Соответственно кредиторы должны анализировать причины позднего инициирования дела о банкротстве и их связь с действиями контролирующих лиц, причем и при оценке сроков давности привлечения к ответственности.

Однако в указанном деле АО «Орбита» Верховный суд РФ вслед за нижестоящими судами абсолютно немотивированно не указал, в чем, собственно, заключались неправомерные действия руководителя должника, в вину которому было поставлено обращение в суд с иском об оспаривании решения налогового органа о доначислении более 1 млрд руб. налогов и с заявлением о применении обеспечительных мер в виде приостановления исполнения данного решения.

Напротив, анализ принятых по налоговому спору судебных актов показывает, что применимый в рассматриваемом случае двухлетний срок был пропущен по вине судебной системы, которая смогла правильно рассмотреть налоговый спор только после второго направления дела на новое рассмотрение. С точки зрения оценки добросовестности руководителя немаловажно то, что на первом круге рассмотрения сумма доначислений была снижена почти на 30%.

Более того, двухлетний срок как один из признаков наличия статуса контролирующего лица истек только через два месяца после вступления решения суда в силу, в течение которых налоговый орган не воспользовался правом на обращение с заявлением о банкротстве должника.

Но самым неожиданным в указанном деле является изобретенное ВС РФ право, которым злоупотребил руководитель должника: право не быть привлеченным к ответственности. Фактически ВС РФ поставил под сомнение само право на судебную защиту. Вряд ли аналогичный подход был бы возможен в случае, если бы инициатором этого процесса являлась коммерческая организация, а не Федеральная налоговая служба.

Для кредитных организаций важным практическим выводом из изложенного является то, что оспаривание решений налоговых органов, исполнение которых влечет за собой возникновение признаков банкротства, и приостановление их исполнения могут привести к лишению контролирующего лица «законодательного иммунитета», так же как и дезавуирование иных ограничительных сроков.

Кредиторы должны анализировать причины позднего инициирования дела о банкротстве и их связь с действиями контролирующих лиц, причем и при оценке сроков давности привлечения к ответственности.

Нюансы привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности

Привлечение номинальных руководителей должника к ответственности

Крайне непоследовательно формируется практика привлечения к субсидиарной ответственности номинальных руководителей. Пунктом 6 Постановления № 53 однозначно разъяснено, что, например, номинальный руководитель, полностью передоверивший управление другому лицу на основании доверенности либо принимавший ключевые решения по указанию или с явного согласия третьего лица (фактического руководителя), не утрачивает статус контролирующего лица. Подобное поведение не означает потерю возможности оказывать влияние на должника и не освобождает от обязанностей по выбору представителя и контролю за его действиями (бездействием), а также по обеспечению надлежащей работы системы управления юридическим лицом.

Тем не менее, в деле о банкротстве ООО КБ «Монолит» (№ А40-35432/14) суды двух инстанций (Определение от 21.02.2018 и Постановление от 07.06.2018) освободили от ответственности председателя правления банка (!) со ссылкой на то, что он выдал доверенность фактическому руководителю, выехал за рубеж и не участвовал в управлении должником. Представляется, что данная практика является ошибочной и будет исправлена кассационным судом, поскольку лицо, действующее подобным образом, не просто недобросовестно, а прямо нарушает положения ст. 53.1 ГК РФ, обязывающие руководителя обеспечить надлежащую работу системы управления юридическим лицом.

С учетом изложенного кредиторам при оценке перспектив привлечения к ответственности номинальных руководителей необходимо учитывать возможность возражений, основанных на такого рода судебной практике.

Новые обязанности контролирующих должника лиц

Еще одним аспектом, на который необходимо обращать внимание, является наличие в применимом к конкретной ситуации законодательстве о банкротстве соответствующей обязанности, неисполнение которой влечет субсидиарную ответственность.

Например, с 30.07.2017 у органов управления и участников должника появились дополнительные обязанности. Первый блок новых обязанностей связан с минимизацией негативных последствий банкротства компании, в том числе для кредиторов. Руководитель теперь обязан включать в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц (Федресурс) сведения о наличии

Применительно к бездействию руководителей и участников общества, выразившемуся в неисполнении обязанностей, возникших с 30.07.2017, кредиторы могут рассчитывать на привлечение контролирующих лиц к ответственности по новым основаниям.

Юлия ЛИТОВЦЕВА

признаков банкротства или обстоятельств, предусмотренных ст. 8 или 9 Закона о банкротстве, в течение 10 дней с даты, когда ему стало или должно было стать известно об их возникновении (п. 1 ст. 30 Закона о банкротстве). Кроме того, теперь руководитель обязан в разумный срок предпринять все зависящие от него меры, направленные на предупреждение банкротства должника. Органы управления, а также участники и иные контролирующие должника лица со дня, когда они узнали или должны были узнать о наличии указанных обстоятельств, обязаны поступать с учетом интересов кредиторов, в частности не допускать действий (бездействия), которые могут заведомо ухудшить финансовое положение должника.

Второй блок обязанностей направлен на раннее инициирование банкротства в случае бездействия единоличного исполнительного органа. Ранее соответствующие обязанности возлагались исключительно на руководителя должника согласно п. 2 ст. 10 Закона о банкротстве. В настоящее время в случае не обращения руководителя с заявлением о банкротстве должника в течение месяца с даты возникновения указанных оснований контролирующие лица обязаны потребовать провести досрочное заседание органа управления, уполномоченного на принятие решения о ликвидации должника (срок его проведения не может превышать 10 дней), для принятия решения об обращении с заявлением о банкротстве. Для стимулирования своевременного инициирования банкротства и минимизации ущерба кредиторам должника Закон о банкротстве предусматривает субсидиарную ответственность за непринятие названных мер.

Таким образом, применительно к бездействию руководителей и участников общества, выразившемуся в неисполнении перечисленных обязанностей и имевшему место после 30.07.2017, кредиторы могут рассчитывать на привлечение контролирующих лиц к ответственности по новым основаниям. В случае если бездействие длилось до вступления Закона № 266-ФЗ в силу, суд с высокой степенью вероятности откажет в привлечении участника к субсидиарной ответственности¹. 

¹ См., например, постановления Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.12.2017 по делу № А71-12172/2015, Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.08.2017 по делу № А32-2037/2015, Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.05.2016 по делу № А32-16467/2012, Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.01.2017 по делу № А76-23556/2017, Десятого арбитражного апелляционного суда от 19.09.2017 по делу № А41-3327/2016, Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2017 по делу № А41-3327/2016, Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 04.07.2017 по делу № А39-2166/2012, Арбитражного суда Московского округа от 25.01.2018 по делу № А40-83885/2014.