



СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ: НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ

29 июля 2017 г. Президент РФ подписал Закон № 266-ФЗ¹, который среди прочего внес существенные поправки в законодательство о банкротстве в части ответственности контролирующих лиц.

Как эти поправки повлияют на баланс корпоративных интересов и интересов кредиторов? Слово нашим экспертам.



ИРИНА ШИТКИНА

управляющий партнер
компании «Шиткина
и партнеры»,
профессор кафедры
предпринимательского
права МГУ им. М.В.
Ломоносова, доктор
юридических наук

— Динамичность изменений норм об ответственности контролирующих лиц в процессе банкротства вызывает удивление даже у издававших виды и привыкших к турбулентности российского законодательства специалистов.

Интересно, что предыдущие поправки в Закон о банкротстве² в части регулирования ответственности контролирующих лиц вступили в силу только 1 июля 2017 г. и должны были применяться к требованиям, заявленным после этой даты³. При этом согласно п. 3 ст. 4 Закона № 266-ФЗ, если заявления о привлечении к субсидиарной ответственности, предусмотренной ст. 10 (в редакции, действовавшей до вступления в силу Закона № 266-ФЗ, т.е. до 30 июля), поданы после 1 июля 2017 г., их рассмотрение производится по правилам Закона о банкротстве в редакции нового Закона № 266-ФЗ.

Закон № 266-ФЗ — это уже четвертый блок поправок в Закон о банкротстве, направленных на регулирование субсидиарной ответственности контролирующих лиц⁴.

В чем же выразились существенные изменения, каковы основные тенденции?

Утратила силу ст. 10 Закона о банкротстве, регулирующая ответственность контролирующих лиц при банкротстве юридических лиц. Теперь вместо нее появилась отдельная глава III.2 «Ответственность руководителя должника и

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».

² Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

³ См.: Федеральный закон от 28.12.2016 № 488-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁴ О генезисе института ответственности контролирующих лиц при банкротстве см.: Шиткина И.С. Ответственность контролирующих лиц при несостоятельности (банкротстве) должника // Хозяйство и право. 2017. № 8.



иных лиц в деле о банкротстве», в которой отныне содержится определение контролирующего лица, перемещенное из основных понятий, перечисленных в ст. 2 Закона о банкротстве. И хотя основной смысл понятия контролирующего лица сохранен — контролирующим по-прежнему признается лицо, которое может давать обязательные для исполнения должником указания или имеет возможность иным образом определять действия должника, — в его определении обозначились существенные изменения, **направленные на усиление ответственности контролирующих лиц.**

К числу таковых следует отнести возможность в судебном порядке признать лицо контролирующим *по основаниям иным, чем только те, которые непосредственно перечислены в самом Законе* (п. 5 ст. 61.10 Закона о банкротстве).

Перечень контролирующих лиц расширен и формально: теперь к их числу также относятся лица, которые признаются контролирующими в силу должностного положения (в частности, по причине замещения должности главного бухгалтера, финансового директора должника, а также иной должности, предоставляющей возможность определять действия должника).

В новой редакции Закона сохранилась презумпция контроля: при наличии указанных в Законе обстоятельств, пока не доказано иное, предполагается, что лицо являлось контролирующим должника лицом.

Ужесточился подход к исчислению срока, в течение которого лицо может быть признано контролирующим: если ранее Закон считал таковым лицо, имеющее либо имевшее в течение менее чем трех лет *до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом* право давать обязательные для исполнения должником указания или иным образом определять действия должника, то сейчас контролирующим признается физическое или юридическое лицо, имеющее либо имевшее право *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. При этом сокрытие должником, и/или контролирующим должника лицом, и/или иными заинтересованными по отношению к ним лицами признаков неплатежеспособности и/или недостаточности имущества не влияет на определение даты возникновения признаков банкротства для целей определения контролирующего лица.

Правовые последствия установления контроля, предусмотренные Законом о банкротстве в редакции Закона № 266-ФЗ, в отношении контролирующих лиц аналогичны ранее действующему законодательству и предполагают:

— субсидиарную ответственность за невозможность полного погашения требований кредиторов, если такая невозможность наступила вследствие дей-

ствий (бездействия) контролирующего должника лица (ст. 61.11 Закона о банкротстве);

— субсидиарную ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника (ст. 61.12 Закона о банкротстве);

— ответственность за убытки, причиненные руководителем должника или учредителем (участником) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия, членами органов управления должника, членами ликвидационной комиссии (ликвидатором) или иными контролирующими должника лицами: указанные лица обязаны возместить убытки, причиненные в результате нарушения положений Закона (ст. 61.13 Закона о банкротстве).

Закон предоставляет право контролирующим лицам *доказать фактическое отсутствие контроля*: согласно п. 9 ст. 61.11 арбитражный суд вправе уменьшить размер или полностью освободить от субсидиарной ответственности лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности, если это лицо докажет, что оно при исполнении функций органов управления или учредителя (участника) юридического лица *фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица (осуществляло функции органа управления номинально)*.

При этом Закон *мотивирует номинальных руководителей к раскрытию информации о фактических бенефициарах*. Так, лицо, привлекаемое к ответственности, может быть освобождено от нее, если благодаря предоставленным им сведениям будет установлено фактически контролировавшее должника лицо и/или обнаружено скрывавшееся им имущество должника и/или контролирующего должника лица.

Бремя доказывания отсутствия вины также возлагается на контролирующее должника лицо. В случае, когда в результате действий (бездействия) такого лица полностью погасить требования кредиторов невозможно, оно не несет субсидиарной ответственности, если докажет, что его вина в невозможности полного погашения требований кредиторов отсутствует.

Контролирующее лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности, если оно действовало согласно обычным условиям гражданского оборота, добросовестно и разумно в интересах должника, его учредителей (участников), не нарушая при этом имущественные права кредиторов, и если оно докажет, что его действия совершены для предотвращения еще большего ущерба интересам кредиторов.

Обеспечивая интересы контролирующего лица, Закон устанавливает, что размер субсидиарной ответственности контролирующего должника лица подлежит соответствующему уменьшению, если им будет доказано, что размер вреда, причиненного имущественным правам кредиторов по вине этого лица, существенно меньше размера требований, подлежащих удовлетворению за счет этого контролирующего должника лица.



Новеллой Закона № 266-ФЗ является норма, направленная на **привлечение виновных лиц к имущественной ответственности за фиктивное банкротство**. Согласно п. 2 ст. 61.13 Закона о банкротстве в новой редакции, если заявление должника подано им в арбитражный суд при наличии у него возможности удовлетворить требования кредиторов в полном объеме либо должник не принял меры по оспариванию необоснованных требований заявителя или предъявленных кредиторами требований в деле о банкротстве, должник, руководитель должника и иные контролирующие должника лица несут перед кредиторами ответственность за убытки, причиненные возбуждением производства по делу о банкротстве или необоснованным признанием (неоспариванием) требований кредиторов.

Правила о взыскании убытков с виновных лиц применяются также в случае, если должник не оспорил необоснованные требования кредиторов, предъявленные до или после возбуждения дела о банкротстве, вне производства по делу о банкротстве.

Говоря **об обеспечении баланса интересов кредиторов и акционеров (участников), собственников юридического лица**, следует отметить, что для отечественного банкротного (впрочем, не только банкротного, но и в целом гражданского) законодательства характерен прокредиторский подход к правовому регулированию. Защита имущественного оборота (читай — защита кредиторов юридического лица) иногда превращается в самоцель, фетиш. А ведь за фасадом юридического лица находятся его учредители (участники), законно использующие «оболочку» юридического лица, в том числе с целью легитимного ограничения своей ответственности при осуществлении предпринимательской деятельности.

Новеллы, внесенные в Закон о банкротстве Законом № 266-ФЗ, **расширяют возможности кредиторов, предоставляя им выбор способа защиты своих интересов** и наделяя их правом распорядиться требованием о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц следующим образом:

- 1) взыскать задолженность в рамках процедуры, применяемой в деле о банкротстве;
- 2) продать свое требование по правилам п. 2 ст. 140 Закона о банкротстве;
- 3) уступить другому кредитору часть своего требования в размере требования этого кредитора.

Закон о банкротстве в новой редакции (ст. 61.21) предполагает **возможность заключения соглашения** между кредиторами и контролируемыми лицами, привлекаемыми к ответственности при единогласном одобрении его условий (в том числе о предоставлении отступного, обмене требований на доли в уставном капитале, акции, конвертируемые в акции облигации или иные ценные бумаги, новации обязательства и т.п.) всеми лицами на стороне лица, подавшего заявление о привлечении к ответственности.

По согласию отдельного кредитора, выраженному в письменной форме, соглашение может содержать положения о прекращении обязательств ответчика путем прощения всего долга или его части и/или понижения очередности исполнения требований такого кредитора.

Опциональность в защите интересов кредиторов, а также возможность для контролирующих лиц заключить соглашение с кредиторами стоит только приветствовать: в данном случае достижение целей правового регулирования становится более реальным и будет обеспечено гораздо более экономичным способом.



**РУСТЕМ
МИФТАХУТДИНОВ**

доцент кафедры
предпринимательского
и корпоративного права
Университета
им. О.Е. Кутафина
(МГЮА), судья ВАС РФ
в отставке, кандидат
юридических наук

— Безусловно, институту субсидиарной ответственности при банкротстве (то, что этот правовой институт сформировался, сомнений не вызывает) уже давно было тесно в рамках одной статьи 10 Закона о банкротстве, и появление отдельной главы было только вопросом времени. 29 июля 2017 г. в Закон была включена третья по счету третья глава — III.2. Уже сама ее нумерация подтверждает то, что правила о субсидиарной ответственности при банкротстве представляют собой еще один элемент защиты интересов кредиторов, наряду с главой III.1, посвященной институту конкурсного оспаривания сделок должника.

С момента возникновения данного института в его адрес высказывается немало критики, суть которой сводится к опасности для конструкции юридического лица и, как следствие, экономического оборота. Однако очевидно, что этот институт возник в ходе реформы 2009 г. как реакция на отсутствие работающего механизма противодействия банальным злоупотреблениям со стороны собственников юридических лиц. До сих пор статистика дел о привлечении к уголовной ответственности по «банкротным» составам показывает, что вычленив уголовно-правовую составляющую в сложном комплексе гражданско-правовых отношений, связанных с ведением бизнеса, довольно сложно. Публикации, в которых анализируется практика взыскания убытков с лиц, занимающих должности в органах управления юридических лиц, показывают, что этот механизм также развивается очень медленно.

Свято место пусто не бывает, и для борьбы с явлением, упоминаемым в приписываемом Салтыкову-Щедрину афоризме о состоянии дел в России, появился институт субсидиарной ответственности. Ему сразу удалось восполнить вакуум, и статистика количества споров и взыскиваемых сумм свидетельствует, что эти показатели намного выше, чем при использовании такого средства защиты, как взыскание убытков. Но, к сожалению, те, чьей целью было удовлетворение неправомерного интереса за счет кредиторов, быстро научились противостоять этому средству. По статистике ФНС, исполнимость судебных актов не превышает 0,25%. Основные причины подобного положения дел видятся либо в отсутствии активов у причинителей вреда кредиторам к моменту их привлечения к ответственности, либо в невозможности установления конечных бенефициаров и создании пула так называемых номинальных директоров и учредителей.



Именно борьбе с данными явлениями посвящены концептуальные новеллы. Среди предлагаемых средств: возможность рассмотрения обеспечительных мер в судебном заседании с вызовом заинтересованных лиц, что должно повысить процент удовлетворяемости подобных заявлений (п. 5 ст. 61.16 Закона о банкротстве), возможность освобождения «номинального директора» от ответственности в случае содействия раскрытию истинного контролирующего лица и помощи в возврате активов (п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве). Помочь в разграничении номинального и фактического контролирующего лица призвана норма о выгодоприобретателе от неправомерного поведения (подп. 3 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве), поскольку иные обстоятельства, связанные с доказыванием самого процесса контроля, по данной категории дел трудно установить.

В целом новеллы следует охарактеризовать положительно, поскольку они, во-первых, систематизировали соответствующие правила, установили правила доказывания соответствующих элементов правонарушений и обстоятельств, связанных с привлечением к ответственности; а во-вторых, ввели ряд общих норм, свидетельствующих о том, что институт субсидиарной ответственности не должен рассматриваться как инструмент, посягающий на конструкцию ограниченной ответственности как необходимой защиты добросовестного предпринимателя, деятельность которого в силу ГК РФ основана на риске. Об этом свидетельствует содержащееся в п. 10 ст. 61.11 Закона о банкротстве законоположение о том, что лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности, если оно действовало согласно обычным условиям гражданского оборота, добросовестно и разумно в интересах должника, его учредителей (участников), не нарушая при этом имущественные права кредиторов.

Дальнейшее развитие законодательства о субсидиарной ответственности должно, с одной стороны, остудить пыл тех, кто до сих пор считает возможным вести бизнес путем обмана своих контрагентов, а с другой стороны, защитить добросовестного предпринимателя.



ГРИГОРИЙ ЧЕРНЫШОВ

адвокат

— Думаю, мало у кого вызвал сомнения тот факт, что существовавшее ранее регулирование оснований и процедуры привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц требовало изменений. Необходимо было устранить фрагментарность прежнего регулирования.

Однако с сожалением приходится констатировать, что прежде, чем практика увидит положительный эффект внесенных изменений, потребуется их серьезная корректировка либо в законодательном порядке, либо в ходе их применения на практике. Почему-то есть ощущение, что в который раз нашим судам придется исправлять непродуманные, непроработанные нормы, исходящие от нашего законодателя. Вообще говоря, каждый раз при чтении очередных поправок к Закону о банкротстве складывается ощущение, что либо у этого Закона в принципе плохая карма, либо в системе участников законотворческого процесса есть заговор с целью делать его с каждым из-

менением только хуже, либо это лобби практикующих юристов — принять как можно менее проработанный с точки зрения юридической техники закон, чтобы прибавить работы практикам. В последнюю версию, будучи практикующим юристом, верить хотелось бы, но не верится. Наверное, карма...

Кому пришло в голову, например, считать каждого члена исполнительного органа должника контролирующим лицом? А если таких членов 10, 15, 20? Все равно каждый член исполнительного органа будет контролирующим лицом?

Кому пришло в голову создавать презумпцию, что полное погашение требований кредитора невозможно, если документы должника, хранение которых является обязательным, искажены? Почему применительно к документам бухгалтерского учета самого по себе их искажения мало для формирования указанной презумпции, а вот применительно к прочим документам такого искажения достаточно? В чем логика? Как же здесь быть с причинной связью? Разве можно признать причиной невозможности удовлетворения требований кредитора тот факт, что документы, хранение которых предусмотрено законом, искажены? Какой простор произвольному правоприменению открывают подобные нормы! Вообще нужно сказать, что обсуждаемые изменения полны «каучуковых» норм, содержание которых неизвестно. Например, что такое «существенно затруднено» применительно к проведению процедур банкротства (подп. 2 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве)? Помните, еще И.А. Покровский в своем бессмертном труде «Основные проблемы гражданского права», рассуждая о «каучуковых» нормах, правильно сказал, что их обилие говорит только о том, что законодатель уклонился от выполнения своих обязанностей⁵. Анализируя обсуждаемый Закон, следует полностью согласиться с этим. Фактически законодатель свою роль — создать четкие и понятные правила поведения — переложил на суды.

Или, например, зачем было закреплять правило, что презюмируется невозможность полного погашения требований кредиторов, если в ЕГРЮЛ на дату возбуждения дела о банкротстве внесены недостоверные сведения о юридическом лице? Ведь такие сведения могут быть незначительными либо быть внесены много лет назад. И вдруг — презумпция, что они являются причиной невозможности удовлетворения требований кредиторов в банкротстве.

А кто сможет разъяснить вот этот пассаж (п. 3 ст. 61.11 Закона о банкротстве): «Положения подпункта 1 пункта 2 настоящей статьи применяются независимо от того, были ли предусмотренные данным подпунктом сделки признаны судом недействительными, если заявление о признании сделки недействительной не подавалось»? Ведь понятно же, что если заявление о признании сделки недействительной не подавалось, то такая сделка и недействительной быть признана не могла.

Или вот еще (последний пример, хотя их можно было бы приводить бесконечно): «Арбитражный суд вправе уменьшить размер или полностью освободить

⁵ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2009.



от субсидиарной ответственности лицо... если это лицо докажет, что оно при исполнении функций органов управления... юридического лица фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица» (п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве). В каких случаях суд вправе полностью освободить от ответственности, а в каких — снизить ее размер? Законодатель предпочел не высказываться по этому вопросу. Правильно, зачем? Ведь чем непонятнее, тем лучше... Интересна формулировка «суд вправе». Понимать ли это так, что в публичных правоотношениях право — это обязанность, либо речь идет об установлении дискреционного полномочия суда? Вообще о какой ответственности можно вести речь, если лицо не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица? Как такое лицо можно считать контролирующим? Однако даже если лицо докажет, что оно не контролировало деятельность юридического лица, то его, по мысли нашего законодателя, от ответственности освободить нельзя только в силу этого (хотя, думаю, в любом солидном учебнике гражданского права в главе про причинную связь можно прочесть обратное), — данное лицо должно еще изобличить фактически контролирующее лицо или найти сокрытое имущество!

Остается задаться вопросом: а в чьих интересах внесены подобные непродуманные, непроработанные с точки зрения юридической техники поправки? Едва ли их можно считать внесенными в интересах бизнеса, будь то крупный, средний или мелкий бизнес. А вот, например, налоговые органы от таких изменений только выиграют. Ведь не секрет, что в нашей современной практике все сомнения (в том числе содержание «каучуковых» норм) обычно толкуются в интересах государства в целом и налоговых органов в частности. Конечно, отдельные представители крупного бизнеса, приобретшие квазигосударственные функции, также будут в плюсе от такого рода поправок.



ЮЛИЯ ЛИТОВЦЕВА

руководитель практики банкротства и антикризисной защиты бизнеса «Пепеляев Групп», кандидат юридических наук

— С одной стороны, попытку законодателя стимулировать собственников бизнеса в должной мере контролировать деятельность принадлежащих им компаний можно приветствовать, но, с другой стороны, новые правила игры не всегда реалистичны. Например, в большинстве случаев совершенно неисполнима норма об обязанности контролирующего должника лиц потребовать проведения досрочного заседания уполномоченного органа управления для принятия решения об обращении с заявлением о банкротстве должника в течение 10 дней с даты необращения руководителя с таким заявлением. Однако ответственность за данное нарушение предусмотрена, и условия ее наступления вполне реальные.

В некоторых случаях, усиливая защиту кредиторов за счет корпоративных интересов, законодатель допускает явные перекосы. Это можно объяснить лишь желанием любыми средствами достигнуть поставленных целей, за которыми вполне явно просматриваются интересы бюджета.

Ярким примером является возможность наложения в рамках рассмотрения заявления о субсидиарной ответственности контролирующего лица

ареста или иных обеспечительных мер на имущество, принадлежащее юридическим лицам, в отношении которых контролирующее должника лицо обладает 50 и более процентами голосующих акций (долей) либо имело право назначать (избирать) руководителя (п. 5 ст. 61.16 Закона о банкротстве).

Очевидно, что в обычной ситуации взыскание по обязательствам такого контролирующего лица было бы обращено на принадлежащие ему акции (доли) в иных компаниях. В Законе о банкротстве нет не только механизма непосредственного обращения взыскания на имущество, принадлежащее третьим по отношению к привлекаемому к ответственности лицам, но и процессуального порядка рассмотрения таких притязаний на чужое имущество. Для реализации подобного сценария, успешно применяемого налоговыми органами в порядке ст. 45 НК РФ, как минимум необходимо установить, что активы должника были выведены в пользу иной компании.

На практике аресты и иные обеспечительные меры, налагаемые на имущество компаний, входящих в одну группу с контролирующим должника лицом, по формальным признакам, указанным в п. 5 ст. 61.16 Закона о банкротстве, могут негативно отразиться или даже парализовать деятельность здоровых организаций, не извлекавших каких-либо выгод за счет активов должника. В свою очередь, это отрицательно скажется на цене реализации акций (долей), принадлежащих контролирующему должника лицу, и степени удовлетворения требований кредиторов за счет его активов.



ЕВГЕНИЙ СУВОРОВ

партнер Московского
адвокатского бюро
«Синум АДВ», старший
преподаватель
Университета
им. О.Е. Кутафина
(МГЮА), кандидат
юридических наук

— Поправки в правила о привлечении к субсидиарной ответственности являются очередным шагом на пути совершенствования данного института с учетом выявленных сложностей его применения, а также отдельных вопросов, возникших по итогам принятия предшествующего блока поправок (Федеральный закон от 28.12.2016 № 488-ФЗ). В этом смысле изменения можно только приветствовать.

В глаза бросается прокредиторская направленность комментируемых изменений: достаточно сказать хотя бы о расширении легального определения понятия контролирующего лица. Однако, как мне показалось, балансирующих элементов, защищающих интересы привлекаемых лиц (в большинстве случаев предпринимателей), недостает.

Именно по этой причине мне видятся определенные риски в связи с внесенными изменениями.

Как известно, существуют два самостоятельных основания для субсидиарной ответственности: доведение до банкротства (п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве в прежней редакции, ст. 61.11 Закона о банкротстве в новой редакции) и нераскрытие информации о неплатежеспособности (п. 2 ст. 10 Закона о банкротстве в прежней редакции, ст. 61.12 Закона о банкротстве в новой редакции).



Сейчас я остановлюсь только на первом основании, описав мое понимание его правовой природы и того, что из этого следует применительно к поправкам.

Законодатель (да и вообще правопорядок) признает институт ограниченной ответственности, который используется посредством создания юридического лица и наделения его определенной имущественной самостоятельностью. Общей предпосылкой для такого признания служит предположение, что имущественная обособленность обуславливает самостоятельную деятельность юридического лица, характеризующуюся направленностью на удовлетворение его интересов. В том случае, когда действия осуществляются в пользу иных лиц, нежели данное юридическое лицо, мы имеем дело с **отрицанием самостоятельности соответствующего юридического лица**. Оно действует через определенные органы лишь по форме, в то время как по существу это не его действия, а способ увода его имущества в пользу третьих лиц. Именно поэтому мы можем говорить о том, что такое лицо используется лишь как марионетка, нити от которой ведут к действительно выражающим волю лицам. В таком случае юридическое лицо как имущественная обособленность становится объектом, но не субъектом. **Оно не имеет самостоятельной воли, характеризующейся попечением об интересах юридического лица**, а выступает средством достижения целей, сформированных в волевом центре иных лиц.

Как раз этот момент и является основанием для **аналогичного отрицания самостоятельности** юридического лица и выявления лиц, воля которых стояла за его деятельностью. Коль скоро кредиторы в действительности имели дело с **объектом**, а субъектом было иное лицо, они могут предъявлять свои требования к такому иному лицу, воля которого имела значение в реальности. В определенном смысле перед кредиторами отвечает реальное самостоятельно действующее лицо. Поэтому должник как имущественная обособленность используется лишь как держатель соответствующей конкурсной массы, основное же требование обращается к истинному волевому субъекту.

Если принимать это во внимание, то следует отделять названные случаи (отклонения) от обычной (рыночной) несостоятельности должника. В корпоративном праве на этот счет есть доктрина *business judgement rule* (правило делового решения), позволяющая не возлагать убытки на директоров, действовавших в условиях предпринимательского риска добросовестно и разумно.

Представляется, что контролирующее лицо не может быть привлечено к субсидиарной ответственности по обязательствам должника, если в его действиях **отсутствовало отрицание самостоятельности такого лица**. А значит, ключевым здесь является не то, что действия такого лица привели к убыткам для должника, а то, что должник просто не принимался данным лицом во внимание как самостоятельная юридическая личность. Говорю это потому, что найти решения контролирующего лица, приведшие к убыткам для должника, можно в 90% случаев. В самом деле, если должник обанкро-

тился, значит, у него были убытки. Если мы говорим о юридическом лице, то эти убытки всегда сопровождались действиями тех или иных контролирующих лиц (директоров, участников, теперь и бухгалтеров и т.п.).

Вот этот момент мне показался недостаточно раскрытым.

В частности, в соответствии с п. 10 ст. 61.11 Закона о банкротстве контролирующее должника лицо, вследствие действий и (или) бездействия которого невозможно полностью погасить требования кредиторов, не несет субсидиарной ответственности, если докажет, что его вина в невозможности полного погашения требований кредиторов отсутствует.

Такое лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности, если оно действовало согласно обычным условиям гражданского оборота, добросовестно и разумно в интересах должника, его учредителей (участников), **не нарушая при этом имущественные права кредиторов**, и если докажет, что его действия совершены для предотвращения еще большего ущерба интересам кредиторов.

Сейчас мне сложно прогнозировать, например, что будет пониматься в практике под нарушением имущественных прав кредиторов. Если за основу будет принято широкое толкование, то рассчитывать на правило делового решения (обычные условия оборота) как на эксцепцию против требования о привлечении к субсидиарной ответственности я бы не стал.

Также смущает п. 12 ст. 61.11 Закона о банкротстве, согласно которому допускается привлечение к субсидиарной ответственности контролирующего лица, действия которого не привели к банкротству должника, но существенно ухудшили его финансовое положение. В целом это развитие правовой позиции, изложенной в Определении ВС РФ от 21.04.2016 № 302-ЭС14-1472, правда, там речь шла о том, что действия контролирующего лица сделали неизбежным банкротство и без того испытывающего финансовые трудности должника. Не думаю, впрочем, что проблема существенного ухудшения финансового положения должника должна решаться с использованием института субсидиарной ответственности, так как нет главной предпосылки для него — причинно-следственной связи между действиями принимающих решения лиц и несостоятельностью имущественной массы. Проблема причинения убытков неплатежеспособному должнику, как мне кажется, должна решаться традиционным образом — через взыскание убытков с причинителя (ст. 61.20 Закона о банкротстве), а не через институт субсидиарной ответственности.

Надеюсь, что данные комментарии станут предложением к дальнейшему совершенствованию института субсидиарной ответственности, в том числе на уровне судебной практики.

**ПАВЕЛ БУЛАТОВ**

советник московского
офиса международной
юридической фирмы
«Уайт энд Кейс»

— Изменения в Закон о банкротстве действительно существенные. Мне хотелось бы остановиться на вопросе о порядке применения этих изменений во взаимосвязи с требованиями ч. 1 ст. 54 Конституции РФ, не допускающей обратное действие закона, устанавливающего или отягчающего ответственность.

Согласно п. 3 ст. 4 Закона № 266-ФЗ новые нормы применяются в отношении заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности, которые поданы после 1 июля 2017 г. Ряд норм, например о возможности обращения с заявлениями о привлечении к субсидиарной ответственности и о взыскании убытков после завершения или прекращения производства по делу о банкротстве, применяются, если производство по делу о банкротстве было завершено после 1 сентября 2017 г. Таким образом, применение новых норм к действиям контролирующих лиц, совершенных до даты вступления изменений в силу, не исключено.

При этом многие новеллы могут рассматриваться как отягчающие ответственность контролирующих лиц. Среди них — изменение понятия контролирующего лица, расширяющее круг лиц, которые могут быть привлечены к ответственности. Теперь к ответственности может быть привлечено лицо, осуществлявшее контроль над должником в течение трех лет, предшествующих возникновению признаков банкротства (а не в течение двух лет до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, как было ранее). Также введены новые презумпции того, что лицо является контролирующим, в частности в том случае, если оно извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения уполномоченных действовать от имени должника лиц.

В схожей ситуации при вступлении в силу новой редакции положений о субсидиарной ответственности в 2009 г. Президиум ВАС РФ разъяснил, что новая редакция применяется, если обстоятельства, являющиеся основанием для привлечения контролирующих лиц к такой ответственности (например, дача указаний должнику, одобрение или совершение сделки от имени должника), имели место после дня вступления в силу изменений. В ином случае применению подлежали положения Закона в редакции, действовавшей до вступления изменений в силу, независимо от даты возбуждения производства по делу о банкротстве⁶.

Исходя из этого представляется, что в целях соблюдения ч. 1 ст. 54 Конституции принятые в 2017 г. положения Закона о банкротстве необходимо применять с учетом данных в 2009 г. разъяснений ВАС РФ, которые были направлены на недопущение распространения изменений в Законе, отягчающих ответственность контролирующих лиц, на их действия, совершенные до вступления соответствующих изменений в силу⁷.

⁶ См.: п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 137.

⁷ Аналогичный вопрос неизбежно возникнет и при применении норм Федеральных законов от 23.06.2016 № 222-ФЗ (ред. от 28.12.2016) и от 28.12.2016 № 488-ФЗ, также касающихся ответственности контролирующих лиц.



ИГОРЬ ЯСТРЖЕМБСКИЙ

советник юридической
компании
«Щекин и партнеры»

— В целом специалисты уже высказались в поддержку новой главы III.2 Закона о банкротстве. По-видимому, за такой поддержкой скрывается простая мысль: в настоящее время институт субсидиарной ответственности работает плохо, и норм о субсидиарной ответственности в Законе о банкротстве мало. В новой редакции этот институт описан более детально, и ситуация станет лучше, потому что чем подробнее прописан закон, тем легче и определеннее его применение.

В Законе № 266-ФЗ, безусловно, есть нормы, которые можно только приветствовать, например норма об освобождении от субсидиарной ответственности номинального контролирующего лица, если это лицо укажет на реальное контролирующее лицо. По сути, это положение приближает субсидиарную ответственность к ответственности за умысел.

Арбитражные управляющие, несомненно, порадуются невиданной щедрости законодателя, определившего им 30%-ное вознаграждение от фактически взысканных сумм. Вместе с тем ниоткуда не следует, что взыскание средств с субсидиарных должников — процесс более трудный, чем обычное наполнение конкурсной массы, и, соответственно, должен оплачиваться выше.

Одобрения заслуживает то, что наконец разрешена абсурдная ситуация, когда контролирующих лиц невозможно было привлечь к субсидиарной ответственности из-за прекращения или невозбуждения процедуры банкротства в силу отсутствия средств для финансирования такой процедуры.

В принципе верно, но, на мой взгляд, недостаточно конкретно сформулирована норма о том, что лицо, в отношении которого в рамках дела о банкротстве подано заявление о привлечении к ответственности, имеет права и несет обязанности лица, участвующего в деле о банкротстве. Неясно, каким именно образом и в каких пределах это лицо может оспаривать судебные акты, которые косвенно определяют объем его ответственности, например определения об установлении требований.

В то же время основные и уже много раз обсуждавшиеся проблемы этого института Закон № 266-ФЗ не решил. Я сейчас говорю о смешении сходных институтов: возмещения убытков, причиненных контролирующими лицами должнику, и субсидиарной ответственности контролирующих лиц перед кредиторами. По моему мнению, новая ст. 61.20 Закона о банкротстве, согласно которой при введении в отношении юридического лица процедур банкротства требования о возмещении убытков, причиненных контролирующими лицами, подлежат рассмотрению по правилам о субсидиарной ответственности, ясности в правоприменении не внесет, поскольку субсидиарная ответственность и убытки — это совершенно разные институты.

Кроме того, представляется, что Закон еще больше размывает понятие юридического лица, которое создается в том числе для того, чтобы добросовестные контролирующие лица могли избежать субсидиарной ответственности. Вообще, директора компании должны быть защищены от ответственности за рискованные, но добросовестные действия.



Возможно, законодателю имеет смысл сбалансировать новые нормы о жесткой субсидиарной ответственности введением института страхования от такой ответственности, по аналогии со страхованием ответственности арбитражных управляющих.



РОМАН ЗАЙЦЕВ

партнер международной
юридической фирмы
Dentons, кандидат
юридических наук

— Внесенные в Закон о банкротстве поправки продолжают общую линию законодателя, направленную на предотвращение недобросовестного использования института банкротства, борьбу со злоупотреблениями в данной сфере и предоставление кредиторам дополнительных гарантий защиты. В связи с этим изменения дополнительно высвечивают и без того явный прокредиторский подход к регулированию отношений несостоятельности в России, хотя, к сожалению, на практике это далеко не всегда означает реальное восстановление прав кредиторов, пострадавших от недобросовестных действий.

Принятыми поправками единая ст. 10 об ответственности должника и иных лиц в деле о банкротстве была развернута в довольно объемную главу. При этом обращает на себя внимание то, что предшествующие значительные изменения редакции данной статьи вносились немногим более полугода назад (Федеральный закон от 28.12.2016 № 488-ФЗ). В целом же с момента принятия Закон о банкротстве подвергался изменениям уже более 80 раз. Подобная нестабильность регулирования хотя и свидетельствует о постоянном совершенствовании законодательства, но одновременно демонстрирует наличие серьезных проблем в данной сфере и существенно осложняет правоприменительную деятельность, тем самым давая повод для критики.

Несмотря на значительный объем новелл, внесенные изменения имеют скорее эволюционный, нежели революционный характер. Развивая и закрепляя подходы, выработанные судебной практикой, устраняя имеющиеся пробелы и детально регламентируя сложные процессуальные вопросы рассмотрения споров о привлечении к ответственности при банкротстве, они являются большим шагом вперед в регламентации института банкротства в России. Однако помогут ли они преодолеть консервативное отношение судебной практики к привлечению к ответственности контролирующих должника лиц, в частности применительно к доказыванию причинно-следственной связи между их действиями и банкротством, — покажет лишь время. Необходимые правовые инструменты предусмотрены законом достаточно давно, тем не менее, по признанию практиков, реальное привлечение к субсидиарной ответственности в банкротстве всегда было крайне сложной задачей.

Вместе с тем детальная регламентация оснований привлечения к субсидиарной ответственности в банкротстве крайне важна не только с позиций защиты пострадавших кредиторов, но и с точки зрения предотвращения недобросовестных действий и принятия явно неправомερных управленческих решений. Представляется, что здесь на первый план выходит именно превентивная функция подробного законодательного регулирования. Даже угроза привлечения к субсидиарной ответственности в банкротстве способна оказать серьезное влияние на поведение субъектов предпринимательской деятельности. При

этом, будем надеяться, перекосов в практике удастся избежать и корпоративные интересы не будут приноситься в жертву интересам кредиторов.



РУСТАМ КУРМАЕВ

партнер юридической
фирмы «Гольцблат
БЛП», кандидат
юридических наук

— Изменения в Закон о банкротстве подтверждают общую тенденцию: законодатель продолжает выстраивать систему для исполнения одного из базовых требований, предъявляемых к участникам гражданских отношений, — добросовестности. Интересных изменений много, но, по моему мнению, особенно нужно выделить следующие.

Во-первых, очень сильно расширено понятие «контролирующие должника лица», что направлено на максимальное ограничение возможностей для ухода от ответственности реальных бенефициаров должника, виновных в причинении ущерба кредиторам. Теперь суд по своему усмотрению сможет признавать тех или иных лиц контролирующими по тем основаниям, которые не указаны прямо в Законе (ст. 61.10), а именно — на основе анализа обстановки, обстоятельств заключения сделок, поведения должника и т.д. Наибольший интерес вызывает формулировка о том, что лицо признается контролирующим и тогда, когда оно «извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения» менеджмента банкрота. Представляется, что эта норма — прямая дорога к привлечению к ответственности компаний, которые вели бизнес с должником в убыток последнему либо оказались конечными выгодоприобретателями активов должника в результате цепочки сделок.

Во-вторых, с заявлением о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности уполномоченные лица вправе обратиться на любой стадии дела о банкротстве (ст. 61.14 Закона о банкротстве). Раньше и управляющему, и кредиторам нужно было дожидаться процедуры конкурсного производства, а к этому моменту могло пройти несколько лет, за которые активы бенефициара успешно выводились.

В-третьих, теперь прямо предусматривается право суда перераспределить бремя доказывания, и отныне в случаях непредставления лицом, привлекаемым к субсидиарной ответственности, отзыва по причинам, признанным арбитражным судом неуважительными, или явной неполноты возражений, суд вправе обязать привлекаемое к ответственности лицо самому доказывать свою невиновность и/или отсутствие оснований для привлечения его к субсидиарной ответственности (п. 4 ст. 61.16 Закона о банкротстве). Полагаю, что данное нововведение сильно облегчит рассмотрение соответствующей категории дел, поскольку до принятия изменений пассивная позиция воспринималась ответчиками как одна из основных стратегий защиты, что часто приводило к отказу в привлечении к субсидиарной ответственности.

В-четвертых, введен новый механизм, обеспечивающий сохранность активов контролирующих должника лиц. В настоящее время суду разрешено наложить арест не только на собственное имущество лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности, но и на активы подконтрольных ему лиц (п. 5 ст. 61.16 Закона о банкротстве).



Интересно и по-своему уникально также и то, что большинство нововведений фактически действуют с сегодняшнего дня и применяются к заявлениям, поданным после 1 июля 2017 г. (см. ст. 4 Закона № 266-ФЗ).



ДЕНИС АЛМАКАЕВ

старший юрист практики разрешения споров и расследований *Hogan Lovells*, адвокат (штат Нью-Йорк, США), *LLM*

Данные поправки — это серьезный шаг законодателя, направленный на защиту интересов кредиторов. Они существенно расширяют возможности привлечения к ответственности теневого бенефициара, которые формально не занимают каких-либо должностей в органах управления должника, однако в действительности полностью его контролируют. В их руках часто оказываются активы, незаконно выведенные из подконтрольных им юридических лиц — банкротов. В таких случаях привлечение фактических бенефициаров к ответственности становится едва ли не единственной возможностью удовлетворить требования кредиторов.

Отчасти законодатель кодифицировал ранее сложившиеся в судебной практике наработки (в том числе практику упраздненного Высшего Арбитражного Суда). Это относится, например, к вопросу о переложении бремени доказывания на ответчика при непредставлении отзыва. Однако поправки идут значительно дальше и предусматривают то, что по ранее действовавшему законодательству было бы сложно реализовать (например, норма об освобождении от ответственности номинального директора в случае представления сведений, изобличающих реального бенефициара).

Вместе с тем вряд ли стоит ожидать, что суды начнут массово привлекать фактических бенефициаров к ответственности. Сейчас суды подходят к этому вопросу достаточно осторожно и привлекают к ответственности только в тех случаях, когда каждый элемент, подлежащий доказыванию, установлен с большой степенью достоверности. При этом суды принимают во внимание в первую очередь письменные доказательства, в то время как показаниям свидетелей зачастую отводится роль второстепенных доказательств. Однако установить контроль теневого бенефициара над должником зачастую можно лишь с помощью свидетельских показаний — контролирующие лица не оставляют большого количества следов в виде письменных документов.

Кроме того, остается нерешенной одна из главных проблем — вопрос о сборе доказательств заявителем по такого рода требованиям. В российском процессуальном праве, в отличие от стран англосаксонской системы, нет процедуры полного раскрытия сторонами доказательств. Возможности частных лиц по сбору доказательств и опросу свидетелей существенно ограничены по сравнению, например, с возможностями, которые есть у правоохранительных органов, расследующих «банкротные» преступления. Отсюда и достаточно большой процент отказов по подобным заявлениям.

В любом случае наше законодательство движется по пути расширения арсенала средств по снятию корпоративной вуали. Юридические лица зачастую используются недобросовестными сторонами исключительно с целью совершения мошеннических действий и последующего ухода от ответственности. В такой ситуации данный тренд законодательного регулирования можно только приветствовать.