

ВВЕДЕНИЕ

Тенденции субсидиарной ответственности

Сегодня институт субсидиарной ответственности приобрел неслыханную популярность. Такое внимание вызвано не громкими заявлениями юристов и государственных органов, а весьма наглядной статистикой.

Посудите сами: после модернизации механизма субсидиарной ответственности в 2017 г. ежегодно в арбитражные суды стало поступать от 5000 и больше заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности.

Из них почти половину суды удовлетворяют. Переводя на деньги — это около 300 млрд руб., которые каждый год взыскивают с руководителей, учредителей и других контролирующих лиц. Средний размер взысканных сумм на человека составляет сейчас 150 млн руб., но практике известны случаи взыскания и 1 млрд руб. с одного человека. Просто невероятные суммы для физического лица, и тем не менее это факт, официальное решение суда, за которым последует исполнительный лист и тотальный арест всего имущества гражданина. Полагаем, ради таких сумм стоит задуматься о том, что такое субсидиарная ответственность.

Несомненно, количество подаваемых ежегодно заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности и размер взысканных сумм будут только расти.

Кредиторы почувствовали, насколько эффективен механизм новой «субсидиарки». Они понимают, что это единственный их шанс взыскать хотя бы часть своих денег. А потому пользуются этим инструментом все активнее. Сейчас практически ни одно банкротное дело не обходится без заявления о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц.

С каждым годом процент отказов во взыскании денег с руководителей и учредителей становится все меньше. Кредиторы и арбитражные управляющие изучают судебную практику, лучше собирают доказательства и не допускают ошибок. Да и суды к кредиторам более благосклонны, нежели к должникам.

Несмотря на то, что с 2017 г. в части субсидиарной ответственности в Закон о банкротстве не вносилось никаких существенных изменений, то, как применялась «субсидиарка» тогда и как применяется сейчас, это, как говорится, две большие разницы.

Немалый вклад в практику применения механизма субсидиарной ответственности за последние годы внес Верховный Суд РФ. После пере-

смотра множества дел появились прецеденты привлечения к субсидиарной ответственности детей контролирующих лиц, жен, родственников, наследников, а также членов совета директоров, фирмы и их руководство, которые помогли вывести имущество, и других соучастников.

Чтобы попасть под субсидиарную ответственность, необязательно лично участвовать в доведении фирмы до банкротства и извлекать из этого выгоду. Достаточно просто помочь человеку спрятать имущество от кредиторов, и вот уже вы в одной лодке с терпящими бедствие руководителем или учредителем фирмы-должника.

Да что там говорить, «субсидиарку» можно получить просто за то, что ничего не делал, когда надо было. В практике появились случаи привлечения к ответственности «пассивных» учредителей, которые просто доверились своим компаньонам и совсем не следили за делами фирмы.

Не меньшее значение имеет появление «внебанкротной» субсидиарной ответственности: для подачи заявления и привлечения к ней не нужно даже дела о банкротстве.

На фоне роста применения субсидиарной ответственности в процедурах банкротства актуальным становится учет рисков, связанных с ней, при ведении бизнеса.

Цель книги – повышение доступности информации о субсидиарной ответственности, которая прошла длительный путь реформирования.

С 1995 г. этот правовой институт претерпел пять существенных изменений. Каждый этап реформирования сопровождался усилением роли субсидиарной ответственности и ростом количества привлеченных директоров и владельцев бизнеса.

Далеко не все успели вовремя отреагировать на изменившиеся правила ведения бизнеса, вызванные различными реформами, и огромное количество решений судов о привлечении к субсидиарной ответственности является бесспорным тому доказательством. Знали бы те бизнесмены заранее, чем все закончится, наверняка бы принимали другие решения. Однако многие не верили в действенность нового механизма субсидиарной ответственности, считали его очередной популистской идеей и лишь отмахивались от предупреждений юристов. Как оказалось, зря.

Прочтя эту книгу, в которой собрано максимальное количество практической информации, каждый сделает важные выводы. Одно лишь можно утверждать точно: все старые схемы ведения бизнеса больше не работают. Их быстро раскрывают и устраняют саму возможность использования на законодательном уровне.

На смену схемам приходит превентивное антикризисное управление, направленное на раннее выявление рисков и формирование экономической модели ведения бизнеса в соответствии с требованиями законодательства.

Только ваша активная позиция вкупе со знаниями о том, как сейчас работает субсидиарная ответственность, помогут вам успешно вести бизнес и не нажить в связи с этим проблем.

Нужно постоянно держать руку на пульсе: практика по субсидиарной ответственности меняется настолько быстро и неожиданно, что даже среди арбитражных судов нет единого понимания, как ее применять. И количество дел, отправленных Верховным Судом РФ на пересмотр, яркое тому подтверждение.

Субсидиарная ответственность – добро или зло?

На форумах и конференциях часто жаркую дискуссию вызывает вопрос: субсидиарная ответственность – это добро или зло?

Думаю, те бизнесмены, которые столкнулись в процедурах банкротства своего предприятия с субсидиарной ответственностью, в один голос заявят, что субсидиарная ответственность – это удар по бизнесу.

С другой стороны, давайте не забывать, что те же самые бизнесмены также порой выступают в роли кредиторов. В этом случае субсидиарная ответственность часто становится единственным способом вернуть свои деньги за поставленный товар, например.

Наверное, каждый из вас встречался с недобросовестными должниками, которые любыми правдами и неправдами старались избежать возврата долга. При этом они прятались за «номинальными» директорами, ограниченной ответственностью, бросали пустые фирмы, «сливали» их в регионы. Вот именно против таких недобросовестных должников и направлены реформы субсидиарной ответственности.

Если представить весы, на одной чаше которых – интересы кредиторов, а на другой – интересы организаций-банкротов, то, скорее всего, они будут в равновесном положении.

Поэтому субсидиарная ответственность – это не добро и не зло, а реальность, которую нужно принять, тщательно изучить и жить с ней.

Каждому должнику, как и кредитору, предоставлено право защищать свои интересы, а результат зависит от качества аргументации и от того, насколько внимательно вы подошли к доказыванию своей невиновности.

Именно поэтому яркой тенденцией в сфере банкротства сейчас является появление интеллектуально-аналитических продуктов, например, таких как «Карты риска привлечения к субсидиарной ответственности». В ситуации, когда #схемыбольшенеработают, подобные решения становятся единственным ориентиром, помогающим своевременно защитить свои интересы при проявлении кризисных явлений в компании.

Надеюсь, что эта информация с подробными примерами, практикой и советами поможет вам принимать верные бизнес-решения.

Раздел I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1. ТЕНДЕНЦИИ СОВРЕМЕННОГО МЕНЕДЖМЕНТА, ИЛИ ЧТО ДОЛЖНЫ ЗНАТЬ ДИРЕКТОР И УЧРЕДИТЕЛЬ

Количество обязанностей директора и учредителя постоянно растет, а ответственность становится строже.

Если вы думаете, что ООО лучше ИП, потому что предполагает ограниченную ответственность, то вы ошибаетесь. На самом деле, если кредиторы докажут, что банкротство вашей компании произошло в результате действий или бездействия менеджмента, то отвечать вам придется по всем долгам без ограничений.

Мы привыкли считать, что для директора важно стратегическое развитие фирмы, пути получения прибыли и процветание его компании. Для этого он изучает рынок, следит за предпочтениями клиентов, ищет выгодные предложения и нанимает специалистов. Обо всех остальных вопросах — юридических, бухгалтерских и других — должны заботиться специалисты, которых директор принял на работу. Но так было раньше.

Теперь директор должен сам обдумывать каждое решение с юридической и экономической сторон, потому что ответственность за фирму ляжет на него, а не на его работников.

Субсидиарная ответственность — крайне опасная вещь. Нет никаких пределов: все непогашенные долги компании придется погасить директору. Это могут быть 20 тыс. руб., а могут быть и 200 млн.

Чтобы директора не разорила его ответственная должность, он должен быть и бухгалтером, и юристом, и специалистом по налогам в одном лице. Обновленный Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) предусматривает следующие случаи, в которых директор признается виновным в банкротстве, и должен нести субсидиарную ответственность:

- при совершении сделок, повлекших уменьшение активов фирмы (сомнительные сделки и сделки с предпочтением, в результате которых фирма теряет способность рассчитаться по долгам);

- при ненадлежащем ведении бухгалтерского учета, необеспечении сохранности бухгалтерских документов;
- при обнаружении по итогам налоговой проверки нарушений и доначислении налогов на сумму, превышающую 50% всех требований кредиторов третьей очереди;
- в случаях утери (либо искажения) корпоративных документов фирмы (протоколы, решения собраний учредителей, изменения в устав, регистрационные документы, аудиторские заключения и пр.) или при необеспечении их сохранности;
- если своевременно не вносились изменения в ЕГРЮЛ и ЕФРСФДЮЛ;
- при нарушении сроков подачи в суд заявления о банкротстве.

Чтобы не попасть под субсидиарную ответственность, директор должен знать:

- способы проверки контрагента на добросовестность;
- случаи, в которых сделка может быть признана сомнительной или сделкой с предпочтением;
- виды бухгалтерских документов, которые должны составляться компанией, сроки и нормы их хранения;
- основные правила уплаты налогов, а также схемы получения прибыли, которые налоговые органы считают незаконными;
- порядок проведения корпоративных процедур (собрания учредителей, аудиторские проверки, выпуск ценных бумаг, изменение адреса, долей учредителей и др.), сопровождающие их документы, сроки и нормы хранения этих бумаг;
- сведения и случаи, обязательные для внесения в ЕГРЮЛ и ЕФРСФДЮЛ;
- формулы расчета размера чистых активов фирмы;
- признаки неплатежеспособности или недостаточности имущества и правила их определения;
- принципы чтения и особенности анализа бухгалтерской отчетности;
- случаи, в которых необходимо обращаться в суд с заявлением о банкротстве фирмы (сроки обращения);
- порядок проведения процедуры банкротства, обязанности и права директора, ожидающие его последствия;
- способы защиты от субсидиарной ответственности или же, наоборот, способы взыскания долгов через субсидиарную ответственность и другие инструменты.

Важно не просто один раз изучить и запомнить эту информацию, а постоянно следить за изменениями. Законы меняются быстро, а судебная практика — еще быстрее.

Пример из практики юридической компании «Рыков групп»

К нам обратился директор компании, занимающейся производством и реализацией строительных материалов. Руководство компании несколько раз менялось, а предыдущий директор передал не все бухгалтерские документы. У компании прошла выездная налоговая проверка, которая также обнаружила сделки с фирмами-однодневками и сделки с взаимозависимыми лицами. В результате налоговая инспекция доначислила налоги, пени и штрафы в общей сумме на 165 млн руб.

Мы восстановили документы бухучета, обжаловали решение налоговой проверки, а также подготовили и представили доказательства того, что компании-подрядчики не были фирмами-однодневками. Наши специалисты подготовили пояснения по сделкам с взаимозависимыми лицами и доказательства того, что данные сделки не были безвозмездными и входили в рамки обычной хозяйственной деятельности (скидки предоставлялись из-за крупных объемов поставки материалов).

Для учредителя важно, чтобы его компания получала прибыль. Если прибыль есть и она устраивает учредителя — к директору нет претензий. Но теперь учредители должны следить не только за прибылью.

Если директор пропустит момент появления признаков неплатежеспособности у фирмы и не подаст заявление о банкротстве, то учредитель должен созвать внеочередное собрание и принять меры по подаче этого заявления.

Поэтому учредители должны знать:

- признаки неплатежеспособности и недостаточности имущества фирмы и способы их определения;
- сроки и порядок подачи заявления о банкротстве в суд;
- уровень ответственности учредителя в случае банкротства фирмы.

Так же, как и директора, учредителя легко привлечь к субсидиарной ответственности. Поэтому учредитель, как и директор, должен знать, какие схемы ведения бизнеса сейчас вне закона.

#СХЕМЫБОЛЬШЕНЕРАБОТАЮТ

Окружающая бизнес правовая среда сильно поменялась. Государство старается защитить кредиторов. Произошли настолько масштаб-

ные изменения в законах, что самые популярные схемы, которыми пользовались бизнесмены, теперь не работают.

Вот примеры.

Схема 1: накопить долгов и закрыть фирму через банкротство

Раньше эта схема хорошо работала. Фирма открывалась, работала несколько лет и копила долги. Потом директор подавал заявление о банкротстве. Все, что было возможно, погашали за счет фирмы, а остальные долги списывались. И чаще всего у фирмы к моменту банкротства вообще не оставалось ничего, даже денег на саму процедуру. После ликвидации директор открывал новую фирму, иногда даже с таким же названием и по тому же адресу, и снова работал по этой схеме.

Но теперь подобное невозможно. Как только начинается банкротство компании, кто-нибудь из кредиторов или арбитражный управляющий подает заявление на «субсидиарку». И прежде чем простить вам долги, суд тщательно разберется: специально вы обанкротили фирму или нет.

Поэтому без юридического заключения о том, что банкротство не повлечет субсидиарной ответственности, входить в эту процедуру нельзя.

Схема 2: серая ликвидация

Что может быть проще, чем взять и бросить фирму с долгами? Не заморачиваться с процедурами банкротства и ликвидации? Фирма накопила долги. После чего реального директора меняют на номинального, которого просто невозможно найти.

Другая разновидность схемы — через реорганизацию слить или присоединить обанкротившуюся фирму к какой-нибудь другой похожей компании. Таким образом, правопреемником становится другое юрлицо, руководители которого — те же «номиналы».

Раньше это была любимая схема налогоплательщиков, которым после выездной проверки начисляли огромные суммы. Руководители платить налоги не хотели. Они просто бросали свои фирмы и открывали новые. Налоговые органы пытались возбудить дело о банкротстве, но суд отказывал, так как у фирмы не было денег, чтобы оплатить процедуру. В результате налоговый долг повисал в воздухе.

Сейчас Закон о банкротстве разрешает кредиторам и налоговой подавать заявление о привлечении к субсидиарной ответственности, даже если возбудить процедуру банкротства не получилось (подп. 1 п. 12 ст. 61.11 Закона о банкротстве). То есть, если вы поставите дирек-

тором номинала (человека, который является директором только по документам, а на самом деле даже понятия не имеет, что такое «юрлицо»), это не избавит вас от долгов. Вы по-прежнему останетесь контролирующим лицом компании-банкрота, даже если после вас будет 10 номинальных директоров. А раз вы контролирующее лицо, значит, вас можно привлечь к ответственности.

Схема 3: заработать на неуплате налогов и бросить фирму

Налоговая отрезала почти все пути к этой схеме. Если кто-то и может сейчас манипулировать налоговыми платежами, так это большие компании, для которых схемы разрабатываются индивидуально: с использованием льгот, особенностей бизнеса и пробелов в законах. Для всех остальных компаний это очень дорого. Доступная всем схема с однодневками уже похоронена. Их раскрытие налоговиками отработано до автоматизма: даже вчерашний студент, придя на работу в инспекцию, через неделю сможет легко распознавать такие схемы. Работает система.

Суды в 99% случаев поддерживают налоговиков. Если вы попытаетесь бросить фирму с налоговыми долгами или перекинуть бизнес на другую компанию, то ничего не выйдет.

Налоговая может:

- взыскать налоги с фирмы, на которую вы перевели бизнес (п. 2 ст. 45 НК РФ);
- взыскать налоги лично с вас в порядке субсидиарной ответственности через банкротство или вне банкротства (ст. 61.11 Закона о банкротства);
- взыскать налоги лично с вас, через гражданский иск в уголовном деле по налоговому преступлению (Постановление КС РФ от 8 декабря 2017 г. № 39-П).

Схема 4: не погашать зарплату работникам

Несмотря на то что при банкротстве выплата зарплаты по очереди стоит раньше, чем выплата долгов остальным кредиторам, работники долгое время были беззащитны перед банкротством. Если у фирмы нет денег, то не важен порядок очереди, платить все равно нечем. Сами работники не могли напрямую пойти в суд и подать заявление на директора о привлечении к субсидиарной ответственности.

Сейчас все поменялось:

- работники могут сами подать заявление о «субсидиарке» (п. 1 ст. 61.14 Закона о банкротстве);

- директора за невыплату зарплаты могут привлечь к уголовной ответственности (ст. 145.1 УК РФ).

Схема 5: вывод активов фирмы

Это продажа имущества компании, увод денег самому себе, родственникам или другим взаимозависимым лицам. Чтобы такая продажа не бросалась в глаза, тем, кто будет смотреть документы фирмы, раньше проводили несколько сделок с участием фирм-однодневок. Но последний покупатель формально не был связан ни с компанией-продавцом, ни с однодневками. Обычно такая компания выглядит как добросовестный приобретатель, поэтому претензий к ней нет, и имущество уже невозможно было вернуть.

Сейчас провернуть такое очень сложно. Любую сделку может оспорить арбитражный управляющий, если (ст. 61.2 Закона о банкротстве; п. 8 Постановление Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63):

- цена продажи имущества была ниже рыночной;
- на момент продажи вы знали, что покупатель не сможет расплатиться;
- на момент продажи покупатель знал, что сделка подорвет ваше финансовое положение;
- вы продали имущество, стоимость которого больше 20% стоимости всех активов;
- вы уничтожили документы по этой сделке;
- формальная продажа: вы продолжали пользоваться имуществом после его продажи.

Совершение таких сделок является основанием для привлечения к субсидиарной ответственности (пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве).

Схема 6: использовать «номинала»

Очень удобно прикрываться номинальным директором или учредителем. Особенно когда «номинала» невозможно найти (он бомж, алкоголик, лицо, ведущее асоциальный образ жизни). Настоящего директора никто не знает, ни в каких документах он не «светился», а с «номинала» нечего взять. Прежде суды только разводили руками: «номинала» привлечь к ответственности нельзя, ведь к выводу активов, обману кредиторов он не имеет отношения, он этого не делал. Он только согласился побыть директором.

Сейчас же (п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве; п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 г. № 53 (далее –

Постановление Пленума ВС РФ № 53) «номинал» должен сдать реального директора, иначе его самого привлекут к субсидиарной ответственности. А за чужие долги никто не хочет отвечать. Поэтому «номиналы» с большой охотой будут делиться сведениями о реальных владельцах фирмы.

Схема 7: подкуп арбитражного управляющего

Раньше подача заявления о субсидиарной ответственности была монопольным правом арбитражного управляющего. Захотел – подал, не захотел – не подал. Поэтому директор должника мог подкупить управляющего, чтобы тот под разными предлогами уклонился от подачи заявления.

Но теперь:

- если арбитражный управляющий не подает заявление, кредиторы могут подать его сами (п. 1 ст. 61.14 Закона о банкротстве);
- арбитражный управляющий заинтересован в том, чтобы подать заявление, поскольку размер его вознаграждения зависит от суммы взыскания по «субсидиарке» (п. 3.1 ст. 20.6 Закона о банкротстве);
- арбитражный управляющий вынужден подать заявление по «субсидиарке», иначе с него могут взыскать возникшие у кредиторов убытки из-за его бездействия (п. 4 ст. 20.4 Закона о банкротстве).

2. ДОКТРИНА «СНЯТИЯ КОРПОРАТИВНОЙ ВУАЛИ»

2.1. Что понимают под «корпоративной вуалью»

Всем известно, что юридические лица являются самостоятельными субъектами права. У них должно быть имущество, которым они согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации (далее – ГК РФ) отвечают по своим обязательствам (п. 1 ст. 56). Учредители и акционеры по общему правилу не отвечают своим личным имуществом по обязательствам юридического лица, равно как и юридическое лицо не отвечает по обязательствам своих участников (п. 2 ст. 56 ГК РФ).

С практической точки зрения автономность юридических лиц является важнейшим принципом экономики и права. Ограничение ответственности способствует снижению рисков инвесторов и, как следствие, вовлечению средств населения в экономику страны.

С другой стороны, главным принципом гражданского права является полное восстановление нарушенных прав потерпевшего¹. А значит, праву на получение прибыли должна соответствовать обязанность полного возмещения причиненных убытков. В этом отношении ограниченность ответственности юридических лиц при определенных обстоятельствах может нарушать баланс. По большому счету организация не может быть полностью самостоятельной. Так или иначе, воля юридического лица определяется личными интересами ее владельцев.

Нередко учредители используют созданные ими компании как прикрытие («фасад», «вуаль») для обхода законодательства и получения личных выгод. Например, для вывода активов за рубеж, уклонения от уплаты налогов, мошенничества. В таких случаях обычно говорят, что юридическое лицо не обладает самостоятельностью, а является как бы «продолжением» своего владельца (его *alter ego*).

Таким образом, прикрытие «корпоративной вуалью» означает создание юридического лица лишь для видимости с целью уклонения реальных выгодоприобретателей от ответственности. В этом случае компания фактически не осуществляет самостоятельной деятельности, а используется для достижения личных целей «теневых» субъектов.

2.2. Суть доктрины «снятия корпоративной вуали»

Доктрина «снятия корпоративной вуали» (*corporate veil*), или, как ее еще называют, доктрина «срывания корпоративных покровов», доктрина «проникновения за корпоративную вуаль» (далее — доктрина), возникла в американской судебной практике в начале XX в. и получила широкое применение. Ее суть состоит в том, что в целях защиты добросовестного кредитора при определенных обстоятельствах ограниченная ответственность юридического лица игнорируется, а причиненные организацией убытки взыскиваются с реальных владельцев бизнеса.

Однако четких параметров, при наличии которых можно однозначно сделать вывод о возможности «снятия корпоративной вуали», данная доктрина не выработала. Поэтому при разрешении подобных дел американские суды по своему усмотрению в каждом конкретном случае используют те или иные критерии. Например, факт доминирования участника над учрежденным им обществом и использование этого доминирования для обмана.

¹ Толстой Ю.К. Принципы гражданского права // Правоведение. 1992. № 2. С. 49–53.