

ВВЕДЕНИЕ

Тенденции субсидиарной ответственности

Проблема субсидиарной ответственности очень актуальна в настоящее время для многих бизнесменов. Такое внимание вызвано не громкими заявлениями юристов и государственных органов, а весьма наглядной статистикой.

Посудите сами: за 2017 г. количество заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности, поданных арбитражными управляющими, конкурсными кредиторами и уполномоченным органом увеличилось на 37%. Процент удовлетворенных заявлений увеличился за последние два года практически в 4 раза. В последнем квартале 2017 г. он достиг уровня 27%, а общий размер субсидиарной ответственности контролирующих лиц превысил 170 млрд руб.!

И эта тенденция сохраняется. К концу 2018 г. лично я ожидаю удвоения количества заявлений по «субсидиарке» и значительный рост сумм субсидиарной ответственности.

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

На фоне роста применения субсидиарной ответственности в процедурах банкротства актуальным становится учет рисков, связанных с ней, при ведении бизнеса, а также новые возможности для кредиторов, столкнувшихся с недобросовестными должниками.

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. Я уверен, что прочтя книгу, в которой собрано максимальное количество практической информации, каждый сделает важные выводы. Одно лишь можно утверждать точно: все старые схемы ведения бизнеса больше не рабо-

тают. Мы даже начали использовать хэштег #схемыбольшенеработают, который означает, что в бизнесе не получается постоянно применять одни и те же схемы и приемы. 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.

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.

Я уверен, что 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.

Однако любой закон имеет несовершенства, так как сложно прописать нормы права, которые будут подходить к любой без исключения ситуации.

Бывает, что к ответственности привлекаются добросовестные бизнесмены, поэтому не стоит забывать, что защита от субсидиарной ответственности — это задача заинтересованного лица.

Впрочем, то же правило действует и в отношении кредиторов. Каждому кредитору предоставлено право защищать свои интересы, а результат зависит от качества аргументации и от того, насколько внимательно кредитор подошел к доказыванию оснований субсидиарной ответственности.

Я как практикующий специалист, сопроводивший множество кейсов по субсидиарной ответственности, считаю, что возможность кре-

дителя или должника защитить свои интересы в суде как раз зависит от той аналитической работы, которая проводится до подачи заявления или подготовки отзыва.

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

Первоначально книга «Субсидиарная ответственность в Российской Федерации» была издана в 2017 г. Однако уже в том же году была проведена реформа, оказавшая ключевое влияние на усиление роли субсидиарной ответственности. Поэтому новое издание учитывает важные изменения и позволит вам узнать о последних тенденциях в этой сфере.

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.

#СХЕМЫ БОЛЬШЕНЕ РАБОТАЮТ

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 проверить 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.