



На вопросы шеф-редактора журнала «Закон» Владимира Румака отвечает доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук Рустем Тимурович МИФТАХУТДИНОВ

## ПЛЕНУМ ЧЕТКО СКАЗАЛ, ЧТО СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРИМЕНЯЕТСЯ В ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ СЛУЧАЯХ

Родился 20 августа 1976 г. в Казани. В 1999 г. окончил юридический факультет Казанского государственного университета им. В.И. Ульянова-Ленина.

До прихода в судебную систему работал юрисконсультом. В 2001–2005 гг. — помощник судьи, начальник отдела анализа и обобщения судебной практики Арбитражного суда Республики Татарстан.

С 2005 по 2012 г. — судья Арбитражного суда Республики Татарстан. В 2012 г. назначен на должность судьи Высшего Арбитражного Суда РФ.

Стаж работы по юридической профессии более 15 лет. Имеет первый квалификационный класс судьи. Кандидат юридических наук. Занимается преподавательской деятельностью в высших учебных заведениях с 1999 г. Автор ряда публикаций по вопросам гражданского права и несостоятельности (банкротства).

Ныне — доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета (МГЮА) имени О.Е. Кутафина, судья ВАС РФ в отставке, арбитр МКАС при ТПП РФ, член Президиума Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража.

Принимал участие в подготовке разъяснений ВАС РФ и ВС РФ по вопросам банкротства, гражданского и корпоративного права.

— Рустем Тимурович, законодательство о банкротстве в последнее время динамично меняется, в первую очередь это касается норм о субсидиарной ответственности. На Ваш взгляд, стало ли оно более эффективным?

— Попробую ответить на Ваш вопрос кратко, потому что, если отвечать на него подробно, получится долгий монолог. Мне видится неточной сама постановка вопроса: совершенствование механизма привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности как таковое, равно как и механизм конкурсного оспаривания сделок, никак не может повлиять на направленность законодательства о банкротстве. Это два института, решающие схожие по своей сути задачи, но стоящие особняком вне зависимости от того, какая модель у нас присутствует: продолжниковская или прокредиторская. Если поставить перед собой цель охарактеризовать цели и задачи механизма при-



влечения к субсидиарной ответственности в нескольких словах, то можно провести шуточную аналогию с высказыванием известного персонажа В. Высоцкого: «Вор должен сидеть в тюрьме». Это означает, что достижение данной задачи никак не должно ставиться в зависимость от того, создаем ли мы должнику возможность защитить свой бизнес и выйти из кризиса или нет. Последнее никак не должно влиять на противоправное поведение контролирующих лиц и на их ответственность перед кредитором, т.е. институт должен в равной степени эффективно работать как в прокредиторской, так и в продолжниковской модели.

**— Тем не менее многие поправки, которые были внесены в прошлом году, воспринимаются именно как прокредиторские.**

— Я бы с этой оценкой не согласился, потому что те же должники завтра могут стать кредиторами. И если должник оказался в случайном банкротстве, потому что он проиграл игру под названием «бизнес», то, конечно, он не должен нести никакой субсидиарной ответственности. И мне представляется, что вся дискуссия о природе института субсидиарной ответственности при банкротстве должна была иссякнуть еще в 2012 г., после дела «Сутурина против „Веги“»<sup>1</sup>. Уже тогда стало очевидно, что никакая не субсидиарная (в смысле субстантивная, дополнительная) ответственность, а классический деликт. Потому что вред кредиторам был причинен в результате противоправного поведения. Как можно говорить, что если мы наказываем лицо за противоправное поведение, то мы нападаем на должника? Думаю, это неправильно.

**— Это если мы рассматриваем должника как определенную организационно обособленную общность.**

— В интересах которой должна строиться некая абстрактная продолжниковская модель, да. Поэтому тот, кто сегодня выступает на стороне должника, завтра может оказаться кредитором в другом деле. Кроме

того, должника могут контролировать разные лица, иногда бывает конфликт еще и между ними. Предположим, действия директора вышли из-под контроля участников, акционеров и причинили вред и ему самому. Здесь, конечно, субсидиарная ответственность будет защищать против такого делинквента интересы контролирующих лиц. Вопрос ведь в том, что представляет собой субсидиарная ответственность. Если еще буквально несколько лет назад об этом шли споры, то после дела «Сутурина против „Веги“», и уже тем более после Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 53<sup>2</sup>, где Суд сказал, что положения главы 59 Гражданского кодекса применяются к институту контролирующего должника лиц, не должно быть никаких сомнений в том, что речь идет именно об ответственности за деликт, за правонарушение. Нельзя говорить, что вокруг условного должника сжимается кольцо или что развивается прокредиторская модель. Главное отличие продолжниковской модели от прокредиторской заключается в том, кому принадлежит право принятия решения о судьбе должника. Насколько контролирующие должника лица свободны войти в процесс, чтобы отстаивать свою точку зрения и доказывать суду какие-то обстоятельства, которые они считают важными? В этой части наш закон объективно прокредиторский, но не потому, что мы развиваем субсидиарную ответственность и институт оспаривания сделок, а потому, что основное решение о судьбе должника и его активов (если мы говорим о должнике — юридическом лице, то это в первую очередь некое имущество, которое живет в обороте своей жизнью) принимается кредиторами. Уже в п. 1 ст. 75 Закона о банкротстве<sup>3</sup> заложено, что решение о введении последующих процедур принимается судом на основании решения первого собрания кредиторов. Это во-первых. А во-вторых, если мы берем банкротство юридических лиц, должник еще ограничен в своих правах, потому что участники, акционеры не могут свободно войти в банкротный процесс, в обособленные споры. У них есть некий абстрактный представитель, которого, кстати, не всегда удается избрать, особенно если внутри общества возник корпоративный конфликт. Но и то та-

<sup>1</sup> Дело № A40-82872/10-70-400 по иску конкурсного управляющего ООО «Торговый Дом „Вега“» к бывшему руководителю М.А. Сутурину.

<sup>2</sup> Постановление Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

кой субъект, если следовать букве Закона о банкротстве, даже не является лицом, участвующим в деле, а обладает непонятным статусом — лицо, участвующее в процессе по делу о банкротстве. Так что, повторюсь, прокредиторская модель держится на этих двух основных столпах, а вовсе не на том, что мы развиваем субсидиарную ответственность.

Я соглашусь со многими, кто говорит, что главное отличие субсидиарной ответственности при банкротстве от иных деликтов состоит в том, что в рамках этого вида деликта для истца облегчено доказывание.

Но речь-то идет о доказывании не вины, а в основном причинно-следственной связи, самого сложного элемента. Мы с вами живем в парадигме классического генерального деликта, воспринятого нашей правовой системой у французов. Ж. Дома, вдохновленный трудами Г. Гроция, сформировал подход, что если есть вред, то он должен быть возмещен, и обозначил все основные элементы этого генерального деликта: противоправность, факт вреда, вина и причинно-следственная связь между противоправностью и фактом вреда. И такой элемент, как причинно-следственная связь, действительно самый сложный с точки зрения доказывания. И, судя по всему, наш законодатель просто подсмотрел у другого схожего института — института конкурсного оспаривания — механизмы доказывания того, что сложно доказать. Такая параллель с институтом оспаривания сделок, совершенных во вред интересам кредиторов, здесь очевидно напрашивается. Законодатель же понимает, что при оспаривании сделки как совершенной преимущественно с целью причинения вреда интересам кредиторов доказать эту цель очень сложно, ведь в договоре никто и никогда не напишет, что он заключен с целью причинения вреда интересам кредиторов. А раз так, то и был найден такой выход: взять какие-то основные триггеры, некие общие параметры и включить их в презумпции, предполагающие, что такая цель имеет место. А дальше, по мере развития субсидиарной ответственности, законодатель увидел, что и здесь причиняется вред, тоже есть деликт и при этом сложнее всего доказать причинно-следственную связь. И было решено помочь участникам банкротного процесса с ее доказыванием.

— Да, но в случае привлечения к ответственности заметно страдает принцип ограниченной ответ-

ственности. Кроме того, значительно ограничивается самостоятельность принятия решений, и в этом плане гражданский оборот может столкнуться с очень ощутимыми рисками, которые могут быть несопоставимы с потенциально предотвращенными злоупотреблениями. Именно поэтому появившиеся в законодательстве новые презумпции кажутся опасными.

— Все зависит от того, как посмотреть на эти презумпции. К сожалению, практика показывает, что они были вынужденной необходимостью, потому что, скажем так, недобросовестные лица, использующие конструкцию должника, научились прикрываться этой ограниченной ответственностью, использовать фигуру номинального директора и маскироваться под нормальную «игру в бизнес». И еще они научились недостаточно капитализировать на законных основаниях активы компании. В таких условиях говорить, что лучше никак с этим не бороться, пожалуй, было бы неправильно.

— Может быть, просто борьба ведется негодными средствами? Предпринимается попытка бороться с правонарушениями, часть из которых даже представляет собой состав преступления, частноправовыми способами?

— Я думаю, такое решение можно в какой-то степени назвать осознанным. Жаль это признавать, но пока что общий уровень культуры ведения бизнеса, построения экономических связей достаточно невысок, и если сразу начать бороться со всеми злоупотреблениями, как Вы верно отметили, с помощью уголовно-правовой юрисдикции, то бизнесом уже некому будет заниматься. И тот подход, который избран нашим законодателем сегодня, на мой взгляд, довольнозвешен и сбалансирован. Он отучает вести бизнес посредством создания фирмы с уставным капиталом в 10 тыс. руб. и последующего обмана контрагентов с уходом в банкротство. Такой вот «бизнес по-русски» был распространен еще в 1990-е гг., в том числе по причине неразвитости института юридического лица.

— Что значит неразвитости?

— То, что наше юридическое лицо получилось неким уродцем. Мы взяли романо-германскую, в первую оче-



редь немецкую, конструкцию общества с ограниченной ответственностью, а доктрину уставного капитала перенесли из англосаксонского правопорядка, прежде всего американского с его компанией одного доллара. И получили ООО с уставным капиталом 10 тыс. — явную аномалию, притом что из англосаксонского права мы не стали брать ни контроль над таким лицом, ни нормы о капитализации активов. Но в Америке-то для компаний одного доллара сразу вводятся механизмы контроля, есть презумпции, что любая передача средств компании расценивается как обособление активов.

||| Не важно, на каком праве ты передал компании имущество, но если передал — то это уже не твое имущество, а имущество юридического лица. Есть у нас такое? Нет, у нас только-только начала развиваться тема субординации займов и субординации требований, возникающих из участия.

Долгое время считалось нормальным, что при уставном капитале в 10 тыс. основные средства перечисляются обществу на основании договора займа или инвестиций, которые рассматриваются как возвратные и потом конкурируют с кредиторами. Получается, учредители «поиграли в бизнес», причем так, чтобы ничем не рисковать, и поделили риски с обычными кредиторами, которые в их бизнес не играли. Но ведь предпринимательская деятельность — это деятельность, осуществляемая на свой страх и риск в целях систематического получения прибыли. То есть рисковая деятельность, которая требует от менеджмента принятия достаточно рискованных решений. Но вот эта аномальная конструкция юридического лица изначально позволила рисковать, фактически не рискуя. И теперь, когда стали говорить, что надо наказывать за явное мошенничество — если понимать этот термин в более широком смысле, не только как уголовно-правовой состав, — то сразу посыпались обвинения в нападках на ограниченность ответственности. Хорошо, давайте тогда определимся: а что вы понимаете под ограниченной ответственностью? То, что вы можете создать компанию с уставным капиталом в 10 тыс. руб., инвестировать в нее как хотите, а потом спокойно забрать все вложения, не рискуя, конкурируя с другими кредиторами? Но в такой модели явно закралась ошибка. Поэтому мне кажется вполне разумным, что законодатель не стал говорить: «Всё, с

июля 2017 г. начнем всех привлекать к уголовной ответственности за такие злоупотребления». Иначе завтра как минимум половина бизнесменов оказались бы в местах лишения свободы. Предложено более адекватное решение.

**— Сейчас как раз наблюдается тенденция к декриминализации нарушений в предпринимательской сфере.**

— Конечно, особенно на фоне того, что от первых лиц звучит призыв «не кошмарить бизнес». В уголовно-правовой сфере, надо признать, тоже не все гладко, там есть свои проблемы, о которых много говорится с высоких трибун. Но гражданско-правовая ответственность, на мой взгляд, это довольно гибкий механизм, который предлагает вести бизнес по-честному, так, чтобы не обманывать своих кредиторов, потому что за обман и вообще противоправные действия может наступить субсидиарная ответственность.

В этом отношении, конечно, нельзя не похвалить разъяснения Верховного Суда РФ в Постановлении № 53, которые оказались (а) весьма своевременными и (б) очень важными. Я бы хотел обратить внимание на два важнейших пункта этого Постановления: п. 1, в котором закреплено общее важное правило об исключительности, о том, что при привлечении к субсидиарной ответственности надо учитывать тот самый риск, который заложен при принятии бизнес-решения; и п. 18, который по-простому говорит, что нельзя наказывать за нормальные риски, возникающие и принятые на себя в рамках рискованной предпринимательской деятельности. Правда, в свете этого разъяснения возникает главный вопрос: как оценить, нормальный это предпринимательский риск или нет? Пленум в этой части отсылает к прежним разъяснениям, посвященным корпоративным вопросам. Скорее всего, имелось в виду Постановление Пленума ВАС РФ об ответственности директора<sup>4</sup>, в котором ВАС РФ пытался найти этот тонкий баланс между нормальным и ненормальным предпринимательским риском. Но, не имея четкого ответа, этот вопрос ставит перед судами очень сложную задачу.

<sup>4</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица».

Пленум нам как бы говорит: «Нормальный предпринимательский риск — это риск, на который бы пошел средний бизнесмен в подобной ситуации».

То есть в идеале мы должны привести в суд условно 10 бизнесменов, ведущих свою деятельность в той же сфере и разбирающихся в этом же виде хозяйствования, и спросить их: «Бизнесмен Иванов вел бизнес вот так. Это нормально? Он нормально рисковал? Вы также рисковали, или он в данном случае рисковал недопустимо?»

**— А может дать ответ на эти вопросы экономическая экспертиза?**

— Сомневаюсь. Конечно, экспертиза не окажется лишним доказательством, но кто ее будет делать? Скорее всего, экономист. То есть человек, который сам подобные действия не совершает и сам не рискует. Он может быть неплохим экспертом и неплохим экономистом, но, мне видится, ему будет очень сложно оценить именно нормальность риска, поскольку, каким бы специалистом в экономике он ни был, он вряд ли сделает это лучше, чем сам бизнесмен. Я уже это говорил на разных конференциях и круглых столах, но повторю и сейчас: вполне мог бы получить признание такой вид доказательств, как экономическое заключение, или бизнес-заключение, но данное именно бизнесменом, работающим в конкретной сфере. Не важно, кем он будет, — акционером, контролирующим должника лицом или директором. Сейчас, например, все чаще используется так называемое *legal opinion*, заключение юриста по правовым вопросам. Аналогично и сами бизнесмены должны развивать такой вид доказательств, как заключение эксперта, предпринимателя. И мне кажется, что и сами предприниматели заинтересованы в этом.

Кстати, в дореволюционной России, когда именно так оценивалось банкротство — случайное оно или не случайное, злостное или не злостное, умышленное или не умышленное, спаси бизнес или нет, — в рамках палаты промышленников собирались уважаемые бизнесмены и оценивали этих банкротов на предмет рисков. Думаю, современные объединения предпринимателей, те же РСПП и ТПП РФ, могли бы вспомнить об этом дореволюционном опыте.

То есть сам бизнес должен выдвинуть инициативу: раз вам нужно знать, как бы рискнул средний бизнесмен в такой ситуации, то мы готовы представить вам мнения средних бизнесменов. Конечно, будет конкуренция мнений, потому что контролирующее лицо может представить позицию одних бизнесменов, кредиторы — других, но в любом случае суду разобраться в этих вопросах самостоятельно, без активной роли сторон, будет очень сложно.

**— Хорошо, но тогда мы исключаем из оценки простую человеческую ошибку.**

— На это Пленум четко отвечает: ответственность должна наступать только при наличии вины в форме умысла либо грубой неосторожности. Представьте себе такую ситуацию: приходят к производителю двое крепких ребят и говорят: «Мы вчера создали ООО с уставным капиталом в 10 тыс. руб., хотим купить вашу продукцию в два раза дороже рынка, но без предоплаты. Поверьте нам на слово и отгрузите». Директор думает: «Вот как здорово, сейчас все запасы свои со склада продам в два раза дороже» — и отгружает им всю продукцию. А они скрываются в неизвестном направлении. Простая человеческая ошибка как раз останется в рамках обычной неосторожности.

**— Но разве приведенная Вами ситуация не может быть следствием ошибки?**

— Скорее, умысла или грубой неосторожности. Должны ли мы за это наказывать? Наверное, должны. Рациональный средний предприниматель, производитель так бы не поступил, он бы не стал отгружать продукцию первому встречному. Все равно, если речь идет о новом клиенте, с которым нет долгосрочных связей, нужно проводить какой-то минимальный *due diligence*, предъявлять хотя бы частичное требование предоплаты. Предприниматель должен проявить элементарное беспокойство о каких-то обеспечительных мерах, залогах, поручительстве и т.д. Хотя бы просто проверить своего контрагента! Если этого не сделано, то очевидно, что или он глуп, или у него есть интерес в таком поступке, в причинении вреда обществу, потому что, отгружая всю продукцию со склада, он доводит его до банкротства. Во втором случае ему придется отвечать за этот деликт, за такое неочевидное, явно небудмированное, неразумное решение. Если же проведен *due diligence* или сделка заключена с контрагентом, с



которым поддерживается длительная хозяйственная связь и который уже много лет получал продукцию на реализацию и оплачивал ее, но в силу каких-то причин не оплатил последний заказ — а заказ был настолько крупный, что его неоплата повлекла банкротство производителя, — то, скорее, директор не должен нести в этом случае ответственность, потому что он предпринял все основные меры, которые предпринял бы другой средний разумный бизнесмен.

**— Не секрет, что в разработке норм о субсидиарной ответственности при банкротстве активное участие принимали наши налоговые органы. В результате в законе появились презумпции о недостоверности бухгалтерской документации и о недостоверности данных ЕГРЮЛ, а также презумпция о том, что если больше 50% задолженности составляют налоговые платежи, то предполагается вина контролирующих лиц. По большому счету тем самым с помощью банкротных процедур решаются публично-правовые задачи, а интерес государства в сборе налогов, можно сказать, ставится в приоритет перед интересами основных кредиторов.**

— Не вижу в этом никакой проблемы. Презумпция недостоверности бухгалтерской и иной документации не такая уж и новая.

**— Сама Федеральная налоговая служба считает, что она новая.**

— Вы имеете в виду вышедшее по следам прошлогодних новелл информационное письмо<sup>5</sup>

**— Именно.**

— Да, но все равно это фактически вид сбоку на презумпцию непередачи документов и иной же документации. Очень часто, когда документы не передавались или передавались с искаженными сведениями, новый директор говорил: «Мне такие документы передал прежний руководитель». Или: «А мне самому эти документы не передали, у меня их нет». Так что эта якобы новая презумпция введена как раз для таких

вот директоров, которые «в танке». Хотя суды, в принципе, уже и без поправок научились с этим бороться: в том же деле «Сутурина против „Веги“» было впервые сказано, что непередача документов новым директором по причине того, что их ему не передал прежний руководитель, тоже должна наказываться. Как видите, то, что сегодня называется новой презумпцией, уже с 2012 г. существовало в судебной практике. Законодатель просто взял и перенес в закон судебную практику, как, кстати, он поступал и с другими моментами, которые получили свое развитие в практике.

Что же касается решения публично-правовых задач банкротными средствами, то налоговый орган, в отличие от того же банка или обычного контрагента, не может получить обеспечение, попросить залог или, скажем, поручительство. Если лишить его возможностей, вытекающих из публично-правовых функций, то налоговый орган окажется самым незащищенным кредитором. А поскольку природа не терпит таких явных перекосов, то баланс и стал выстраиваться предлагаемым образом.

||| Если налоговые органы не могут воспользоваться нормальными гражданско-правовыми методами защиты исполнения обязательств перед ними, потому что обязательства эти публично-правовые, то установим для них другие способы.

И то я бы не сказал, что налоговый орган обладает суперпреимуществом. О каком преимуществе по отношению к тем же банкам, у которых есть залог и которые могут вообще не волноваться, может идти речь?

Возьмем одну из самых сбалансированных моделей, которую многие называют продолжниковской, — модель, существующую в Соединенных Штатах. На американский правопорядок в части банкротства сегодня ориентируется весь мир. И это вполне заслуженно: на мой взгляд, то регулирование банкротства, которое придумали американцы, действительно является одним из самых эффективных, и не случайно все заимствуют эти правила. Но давайте посмотрим, как в США обстоит дело с налоговыми органами. И увидим: для налоговых органов там вообще установлен суперприоритет, сверхобеспечение по налогам. Подход такой: заплати налоги, а дальше банкроться сколько хочешь. То есть вся конкурсная масса с момента признания

<sup>5</sup> Письмо ФНС России от 16.08.2017 № СА-4/18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ».

должника банкротом обеспечивает налоги и платежи по налогам, потому что американская доктрина говорит: без налогов нет сильного государства, нет социальной сферы, нет обороноспособности и пр. Иначе говоря, если государство не собирает налоги, то оно не может исполнять свои публично-правовые функции как государство. Подчеркну: у них продолжниковская модель, но платежи по налогам все равно занимают первое место и уплачиваются раньше всех других, даже раньше зарплаты, но только в конкурсном производстве, — это создает стимул для реабилитации, где такого нет. В этом и есть баланс. Поэтому то, что сегодня происходит в отношении российской налоговой службы, — это не перевес в ее сторону, а как раз поиск баланса. Хочется надеяться, что он будет найден вместе с развитием защиты интересов должников при банкротстве.

На прошлом Петербургском Международном Юридическом Форуме налоговый орган озвучивал свою статистику по субсидиарной ответственности. Так вот, у них исполнемость решений составляет 0,25%, т.е. со всех решений о привлечении к субсидиарной ответственности налоговой орган получает только 0,25 копейки.

**— А у обычных кредиторов лучше?**

— К сожалению, ЕФРСБ раздельной статистики не ведет. Но я думаю, что если и лучше, то не намного.

**— Но ведь это статистика до вступления в силу новелл 2017 г. Сейчас цифры должны быть совсем другими.**

— Да, но один год — это не тот срок, когда уже можно какие-то итоги подводить, тем более Постановление Пленума № 53 появилось только в декабре, с момента его принятия еще и года не прошло. При этом у меня создается ощущение, что многие юристы, арбитражные управляющие по университетской привычке пролистнули принципы и общие положения — мол, это вода, надо скорее читать нормы. И вот все пролистнули первые строки в Постановлении и в итоге не заметили (или пока не заметили) главного: Пленум четко сказал, что субсидиарная ответственность применяется в исключительных случаях. В итоге арбитражные управляющие восприняли реформу как то, что надо пачками подавать заявления о привлечении к ответ-

ственности, — по моей оценке, количество таких заявлений выросло на 15–20% после реформы. Хотя Верховный Суд говорит: должна быть исключительность. То есть это должно быть действительно исключительной мерой, применяемой там, где очевидно мошенничество, злоупотребление.

Сами налоговые органы с высоких трибун говорят, что не надо всех подряд наказывать за обычный предпринимательский риск. Но управляющие на местах, видимо, все равно боятся, как бы чего не вышло, как бы их самих не привлекли к ответственности за то, что они это заявление не подали. А ведь цель реформы была обратная, уж точно не пугать нормальных принимающих на себя риски бизнесменов субсидиарной ответственностью.

Не случайно Верховный Суд указывает на это дважды — в п. 1 и 18 Постановления № 53, предлагая наказывать только тех, кто действительно скользил. Но пока, к сожалению, мы наблюдаем обратный эффект. Я его называю эффектом пролистывания первых статей закона. Тот же самый эффект проявляется и в судах, и процент удовлетворяемости подобных исков растет.

**— Может быть, рост удовлетворяемости происходит как раз за счет того, что процессуально стало проще доказывать. На это накладывается и проблема отсутствия у контролирующих лиц процессуальных возможностей защититься от требований против должника, которые впоследствии предъявляются им в порядке субсидиарной ответственности.**

— К сожалению, ни законодатель, ни, следовательно, судебная практика не воспринимают относительность судебных актов. Помните знаменитое дело Высшего Арбитражного Суда «Васильев и Нестеренко против ФНС»<sup>6</sup>, где эта проблема прозвучала впервые? Лицо было участником общества, потом из него вышло, но пыталось бороться с требованиями кредитора, считая их необоснованными, порочными. А суды не давали ему этой возможности, потому что оно не было лицом, участвующим в деле. Да, такая проблема есть.

<sup>6</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 22.04.2014 № 12278/13 по делу № А19-625/2012.



Я уже говорил, что у нас участник, обычный акционер, не является лицом, участвующим в деле. Наверное, тут как раз нужны законодательные изменения, расширяющие права и полномочия учредителей, акционеров, включая бывших, в делах о банкротстве. Если судебные акты затрагивают их интересы, надо пускать в процесс.

**— Толкованием не решить эту проблему?**

— Мне видится, сегодня это сделать сложно.

**— Если, например, ограничить действие преюдиции или дать акционерам возможность возражать по некоторым основаниям?**

— Боюсь, что это будет очень смелое толкование.

**— То есть, пока не будет законодательного акта, практика будет несправедлива.**

— «Несправедлива» не совсем верное слово. Она будет, вероятно, формальна.

Да, у нас есть решение по делу «Сутурин против „Веги“», но Высший Арбитражный Суд предложил в нем использовать довольно сложную конструкцию предварительного фильтра: докажи, что у тебя серьезный интерес, и мы пустим тебя в процесс. Суды не восприняли этот кейс как руководство к действию.

Поэтому сегодня было бы эффективнее доработать законопроект, который принят в первом чтении<sup>7</sup>. Если он будет двигаться в сторону совершенствования реабилитационных процедур, то в него можно будет добавить положения о расширении прав участников, акционеров в делах о банкротстве. Это вполне в духе реабилитационной направленности.

**— Проблема еще и в том, что законодатель и суды очень широко определяют круг лиц, которых можно назвать контролирующими.**

<sup>7</sup> Проект федерального закона № 239932-7 «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части процедуры реструктуризации долгов в делах о банкротстве юридических лиц».

— Это сознательное решение законодателей, и очень хорошо, что Верховный Суд увидел это и подчеркнул. Более того, Суд даже употребил термин «соучастие», который у нас активно используется в той же уголовно-правовой юрисдикции. Ведь если мы говорим, что субсидиарная ответственность — это наказание за вред, причиненный кредиторам, за мошеннический вывод активов, то надо понимать, что этот бенефициар, контролирующее лицо, — это не какой-то там злодей из комиксов, который обладает сверхъестественными способностями и в одиночку может совершить эти действия. Как правило, у него есть команда, членов которой Верховный Суд называет соучастниками. Это все те лица, без которых деликт бы не совершился, — родственники, собственники директора, финансовый директор, бухгалтер. Соучастником может быть даже водитель, если он, например, помогал выносить мебель из здания и перевозить ее на дачу к директору. Раскрыв это всё через институт соучастия, Верховный Суд говорит (и в этом заключается очень важное отличие от уголовного деликта): в гражданском праве кредиторам не важна степень участия каждого соучастника. Все они будут отвечать солидарно. А в том, какая у кого была роль внутри этого соучастия, пусть они разбираются сами, между собой.

**— А если одно контролирующее лицо принимает решение погасить все долги за свой счет, как ему взыскивать с остальных? В этом случае солидаритет сохраняется?**

— Нет, если он, погасив долги, предъявит соучастникам регрессный иск, здесь уже будет учитываться конструкция вины. Это, кстати, тоже было сказано еще в деле «Сутурин против „Веги“»: если сопричинителей несколько, то размер возмещаемого вреда должен распределяться между ними пропорционально их, скажем так, действиям.

**— То есть долг могут взыскать с любого, а он потом может требовать пропорционального распределения взысканного между остальными?**

— В случае исполнения — да. И это тоже очень важный момент: надо разделять наличие судебного решения о взыскании и реальное взыскание. То есть, пока нет реального исполнения, можно взыскать с каждого всё. И раз уж Постановление № 53 отсылает нас к разъяснениям по корпоративному праву, то

Постановление ВАС РФ № 62 как раз и говорит, что можно множить иски, можно множить процессы. Главное не решение, а исполнение. Поэтому уже на стадии исполнения нужно следить, чтобы не было двойного взыскания.

**— В цепочке контролирующих лиц может появиться много физических лиц, людей, которые не являются бенефициарами должника.**

— Для таких случаев достаточно установить повышенный стандарт доказывания того, что лицо является соучастником. Не случайно ведь ст. 61.10 Закона о банкротстве говорит о том, кто может быть контролирующим лицом, а кто — презюмируется таковым. Презумпция контроля очень ограничена: ты либо акционер (участник), да еще с 50%, либо единоличный исполнительный орган, либо выгодоприобретатель. И есть так называемый тест финансовых потоков: если можно отследить, куда ушли финансы, то ты контролирующее лицо. Свойственники, родственники, бухгалтер, лица с доверенностями тоже могут быть контролирующими лицами, но в отношении них законодатель не вводит никаких презумпций. И Верховный Суд совершенно правильно и четко пишет, что занятие лицом должности бухгалтера или визирование договора еще не означает, что это лицо контролирующее. Сначала должен быть доказан контроль.

**— Контроль за принятием решений?**

— Контроль за принятием решений, во-первых, и контроль как помощь в совершении деликта, во-вторых. Допустим, доказано, что без подписи бухгалтера банк бы не перечислил средства. Если мы докажем и то, что бухгалтерставил эту подпись осознанно, понимая противоправные цели директора, тогда мы сможем сказать, что перед нами соучастник. Только тогда.

Законодательство не вводит никаких презумпций на этот счет, не требует считать лицо соучастником лишь потому, что оно занимает какую-то должность или является братом директора. Сначала надо доказать, что былговор, была группа лиц и был умысел. И я, конечно, понимаю, что чаще всего это можно доказать только в рамках уголовного, а не гражданского процесса.

**— Вот здесь налоговые органы находятся в лучшем положении, потому что у них есть больше возможностей взаимодействовать с органами следствия. И зачастую они вступают в процесс уже подготовленные.**

— Верно, но это касается не только налоговых органов. Я бы сказал, что в лучшем положении находится любой сильный кредитор, у которого есть собственная служба безопасности, в том числе банки.

**— Должно ли учитываться материальное положение контролирующих лиц при определении размера ответственности?**

— Однозначно нет. Хотя я понимаю, откуда возник этот вопрос — из Постановления КС РФ по делу Ахматеевой<sup>8</sup>, — и это тот аспект Постановления, который лично у меня как ученого вызвал больше всего вопросов. Насколько я помню, в главе 59 Гражданского кодекса действительно есть возможность такого толкования, какое дал Конституционный Суд, — что имущественное положение должно учитываться. Но ведь в то же время общая доктрина гражданского права говорит, что кредитору неважно, сколько денег у того, кто причинил ему, кредитору, вред — например, разбив витрину или помяв машину.

**— Да, но мы же не можем игнорировать толкование Конституционного Суда.**

— Не можем.

**— Насколько я понимаю, Федеральная налоговая служба пыталась ограничить его действие ситуациями, когда вред причиняется в результате преступления<sup>9</sup>.**

<sup>8</sup> Постановление КС РФ от 08.12.2017 № 39-П «По делу о проверке конституционности положений статей 15, 1064 и 1068 Гражданского кодекса Российской Федерации, подпункта 14 пункта 1 статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации, статьи 199.2 Уголовного кодекса Российской Федерации и части первой статьи 54 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи жалобами граждан Г.Г. Ахматеевой, С.И. Лысяка и А.Н. Сергеева».

<sup>9</sup> Письмо ФНС России от 09.01.2018 № СА-4-18/45@ «О направлении для использования в работе постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 08.12.2017 № 39-П».



— И я думаю, это разумно, потому что здесь Конституционный Суд несколько зашел в уголовно-правовую сферу, потому что речь действительно шла о преступлении. А в уголовной сфере имущественное положение, конечно, должно учитываться, например, при определении размера уголовного штрафа, поскольку, в отличие от гражданского права, уголовное право не ставит перед собой цели компенсировать конкретные имущественные нарушения. Его цель — в первую очередь защитить общественный интерес, общественные отношения в сфере собственности.

При назначении уголовно-правовых санкций важно обеспечить, чтобы подобные действия не совершались в дальнейшем. А гражданское право использует полную компенсацию ущерба — это та же самая доктрина генерального деликта. Поэтому, повторюсь, кредитору — владельцу магазина неважно, кто разбил его витрину, богатые хулиганы или малообеспеченные.

**— Насколько я знаю, при обсуждении проекта Постановления № 53 возникли серьезные споры о том, распространяются ли правила о субсидиарной ответственности при банкротстве на всю цепочку лиц в случае матрешечной модели единоличного исполнительного органа — управляющей компании. В итоге дали положительный ответ на этот вопрос. Считаете ли Вы это справедливым?**

— Тут опять все зависит от того, как читать Постановление. О чем нам говорит Верховный Суд? О возможности проследить связь, увидеть, что решение исходило сверху и дальше шло вниз по цепочке. Думаю, Верховный Суд просто отреагировал на тот запрос, который сделал законодатель, ведь изначально у этих положений было две цели. Первая — которая, как я уже сказал, прозвучала, но пока не нашла отклика, — сделать субсидиарную ответственность исключительным механизмом. Вторая — повысить исполняемость тех решений, где речь действительно идет о деликте, и, образно говоря, провести кредиторов сквозь те стены, которые выстроили недобросовестные должники из фигур номинального директора, из сложной структуры управления с делегированием полномочий по цепочке компании. Это ведь тоже форма злоупотребления — выстроить такую размытую структуру, чтобы кредитору было невозможно ни доказать ее, ни показать. И здесь мы приходим к необходимости ана-

лиза: насколько разумна структура управления через 10 управляющих компаний? Почему вам не подходят обычные отношения «мама — дочка»? Зачем вы создаете «внучек», «правнучек» и т.д.?

**— Это может быть часть бизнес-модели, тем более что обычно исполнительный орган не является бенефициаром и вряд ли с ним связан.**

— Но для этого есть разные презумпции. Презумпция директора, презумпция выгодоприобретателя.

**— И именно в этих случаях должны работать нормы о номинальном директоре, так?**

— Да. Если он докажет, что он ни при чем, поскольку выполнял только то, что ему говорили сверху, а сам он никаких выгод не получил, тогда его можно освободить от ответственности, при условии, что он будет содействовать «гражданскому следствию». Кстати, на Петербургском Форуме обсуждалось очень опасное, на мой взгляд, предложение — применять эту норму только тогда, когда речь идет не просто о содействии, а о результативном содействии, которое приводит к формированию конкурсной массы и удовлетворению требований кредиторов. Почему этот путь мне кажется опасным? Потому, что такой подход снизит желание номинальных директоров, соучастников, бухгалтеров сотрудничать со следствием. Если они не будут уверены, что их осведомленность поможет возврату актива, они просто не захотят лишний раз подставляться: зачем сотрудничать с правоприменителями, если освобождение от ответственности остается под вопросом, а отношения с реальными контролирующими лицами наверняка осложнятся? Конечно, лицо будет поставлено перед серьезным выбором.

Поэтому, раз уж мы перенимаем такие элементы из уголовного права, как сделка со следствием, надо ставить вопрос о защите свидетелей, если речь идет о возможности угроз, и о том, чтобы поощрять за любое сотрудничество. Основной аргумент противников такого подхода — тогда все начнут рассказывать по чуть-чуть, чтобы показать, что они вроде как сотрудничают, но это «чуть-чуть» никак не поможет удовлетворить интересы кредиторов. Но это уже другой весьма тонкий вопрос: как вывести на чистую воду это лицо, понять, все ли оно рассказало, во всем ли помогло? Система права потому и называется системой,

что нельзя решить этот момент только в суде, только в рамках субсидиарной ответственности. Здесь уже надо говорить о своевременности реформы всего процесса в целом, своевременности реформы профессионального представительства.

Хотим мы этого или нет, но реформа профессионального представительства поставит и вопрос об ответственности профессиональных представителей, насколько профессионально они участвуют в процессе. Потом к нам придет культура доказывания, за ней — культура перекрестного допроса, т.е. те механизмы, которые позволяют определить, всё ли нам рассказал наш участник процесса.

Мы предлагали дать арбитражному суду более широкий инструментарий воздействия на таких лиц, включая возможность для судей накладывать серьезные штрафы за ложь, если будет доказано, что допрашиваемый солгал; возможность принудительного привода свидетелей, контролирующих лиц в процесс, возможность административного наказания за злоупотребление процессуальными правами, нераскрытие информации и пр. Но наш законодатель пока не согласился с таким предложением, хотя все эти механизмы есть у обычного банкротного или гражданского судьи за рубежом.

**— В ситуации с конкуренцией банкротных процессов, в случае, когда, к примеру, привлекаемый к субсидиарной ответственности директор сам оказывается неплатежеспособным, возникает интересный вопрос: можно ли к физическим лицам или индивидуальным предпринимателям применять нормы о субсидиарной ответственности и если да, то как? Каким, на Ваш взгляд, должен быть ответ?**

— По-моему, у судов есть все основания, чтобы применять правила субсидиарной ответственности к физическим лицам не по аналогии, а напрямую. Давайте посмотрим: а кто это вообще — контролирующее лицо? Если сильно упростить, то это любое лицо, которое могло определять волю должника на совершение действий, причинивших вред кредитору. А теперь посмотрим, какие примеры приводит законодатель в п. 2 ст. 61.10 Закона о банкротстве в качестве примеров влияния на волю. Это нахождение в зависимом долж-

ностном положении, в отношениях родства, свойства. Кроме того, влияние на волю может оказываться путем принуждения, насилия и пр. Перечень открытый, так что суд может усмотреть любые другие возможности влияния.

Теперь давайте посмотрим, что такое субсидиарная ответственность. Она выросла из римского правового института, когда преступник убивает должника, взявшего заем, а кредитор требует от убийцы вернуть долг убитого. Вот что такое субсидиарная ответственность. И я, как ученый, не понимаю, чем воздействие на волю юридического лица в предлагаемой ситуации отличается от воздействия на волю физического лица. Почему, если люди вывезли в лес директора компании и, угрожая оружием, заставили его переписать активы, они будут нести субсидиарную ответственность, а если они проделали все то же самое с индивидуальным предпринимателем — нет? Они же воздействуют на волю? Воздействуют. Вред кредиторам причиняется? Причиняется.

Еще один аргумент в пользу того, что это должно работать и в отношении граждан, — зеркальность двух сред защиты — института оспаривания сделок с целью причинения вреда и института субсидиарной ответственности. Если мы можем оспорить сделки в отношении предпринимателя, почему мы не можем поставить вопрос о субсидиарной ответственности?

|| Так что у меня нет никаких сомнений в том, что, исходя из сути субсидиарной ответственности как ответственности за деликт, ее можно применить к индивидуальному предпринимателю и к обычному физическому лицу.

**— А как быть с возможностью применения субсидиарной ответственности вне банкротных процедур? Здесь, как мне кажется, нужно определиться с двумя ключевыми моментами: как суд будет устанавливать требования и как долго это может продолжаться? Первый вопрос оказался весьма дискуссионным, но Верховный Суд в итоге решил пойти по пути просуженных требований. Удачное решение, на Ваш взгляд?**

— Больше удачное, чем неудачное, потому что оно проще для судов и проще для правопримениеля. Но у него, конечно, есть и свои минусы, которые связаны



с тем, что кто-то не успел предъявить свои требования, — под просуженными мы же понимаем требования, установленные в делах о банкротстве? Но дело о банкротстве может прекратиться раньше введения следующей процедуры, например наблюдения. Поэтому, мне кажется, это разъяснение не стоит применять буквально, нужно исходить из того, на каком этапе прекратился процесс и была ли у кредиторов физическая возможность предъявить требования, судиться или нет. Допустим, должника признали банкротом по заявлению налогового органа и прекратили процедуру банкротства в связи с отсутствием финансирования. В такой ситуации у кредиторов вообще не было возможности прийти и просудиться, так почему мы должны их не пускать в процесс? Я бы сказал, что решение само по себе, как некое общее правило, удачное, но удачно оно только для тех случаев, когда как минимум прошла полноценная процедура наблюдения. Тогда — да, такой подход стимулирует кредиторов вовремя заявляться. Но в то же время должны быть исключения, позволяющие учесть возможность кредитора доказать, что он не мог заявить свои требования. Если — самый утрированный пример из учебника — кредитор лежал в коме, почему мы должны ему, пришедшему наконец в сознание, сказать: «Ну, извини. Мы тебе не даем права на иск при субсидиарной ответственности». С другой стороны, в том же п. 52 Постановления № 53 разъяснено, что вправе присоединиться кредиторы должника, обладающие правом на обращение с таким же заявлением (п. 1–4 ст. 61.14 Закона о банкротстве), среди которых и конкурсные кредиторы. Поэтому возможно еще одно толкование: конкурсным кредиторам вообще не нужен судебный акт, а в части судебного акта речь идет об иных кредиторах.

**— Думаете, практика подкорректирует принятые решения?**

— Да, особенно если законодательство будет развиваться. Например, уже сегодня законопроект о реструктуризации долгов<sup>10</sup> предлагает отменить наблюдение как общую процедуру. Кроме того, сейчас активно обсуждается инициатива — и, кстати, Верховный Суд ее поддерживает — разгрузить суды от

<sup>10</sup> Проект федерального закона № 239932-7 «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части процедуры реструктуризации долгов в делах о банкротстве юридических лиц».

просуживания требования, вернуть прежнюю модель, когда требования устанавливаются арбитражным управляющим. Я думаю, что это разъяснение постепенно сойдет на нет, потому что исчезнут случаи, когда требования устанавливаются.

Большая проблема состоит в том, что законодатель, а вслед за ним и Верховный Суд отсылают к конструкции групповых исков, которая, по-моему, не критиковалась только ленивым процессуалистом. Да и статистика свидетельствует о том, что правила о групповых исках очень редко работают. То есть количество дел, рассмотренных по этим специальным правилам, ничтожно мало.

Минюст России сейчас при содействии представителей Верховного Суда активно разрабатывает изменения в ГПК и АПК в части положений о групповых исках. Хочется надеяться, что когда общие огрехи будут устранены — а они касаются, например, вхождения в процесс, информированности, — то множество вопросов отпадут, и конструкция уже не будет такой неудобной, какой она является сегодня.

**— Правильно я понимаю, что сейчас тот, кто не успел присоединиться к процессу, тот, что называется, остается не у дел?**

— Да, если ты несознательно не присоединился. Но здесь надо похвалить законодателя за то, что он устранил путаницу с исковой давностью, привел все сроки в соответствие с Гражданским кодексом: три года с момента, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении прав, и десять лет с момента delicta.

Правда, тут нельзя не вспомнить Постановление № 219/12<sup>11</sup>, в котором Президиум ВАС РФ сформулировал позицию, что право на иск возникает только в тот момент, когда мы можем определить размер деликта. Это решение очень понравилось судам, возможно, потому, что оно отодвигает момент рассмотрения иска, и сегодня, насколько я отслеживаю практику, суды очень активно применяют этот подход к тем деликтам, которые были совершены в период

<sup>11</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 07.06.2012 № 219/12.

действия этой правовой позиции. И даже более того: к тем деликтам, которые совершались до ее появления. И вот здесь я как раз убежден, что эта правовая позиция не должна применяться.

### — Почему?

Хотя бы потому, что здесь очевидна коллизия правовых позиций самого же Президиума ВАС. В деле «Смартс против Сигмы»<sup>12</sup> Суд говорит: «Если вы не

знаете размер убытков, обращайтесь в суд», но уже через год, в таком же деле, заявляет: «Если вы не знаете размер убытков, подождите, пока вы его узнаете». Кроме этой, есть и другие несостыковки. И законодатель очень оперативно на них отреагировал принятием Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ, сказав, что не нужна нам никакая растянутая неопределенная давность. А уже с принятием Федерального закона от 29.07.2017 № 266-ФЗ привел правила о давности в соответствие с ГК РФ.

---

<sup>12</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56-44387/2006.