КАК ЗАЩИТИТЬ РУКОВОДИТЕЛЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УБЫТКИ КОМПАНИИ?

Практическое руководство

Есть ли риск привлечения к ответственности руководителя компании при совершении тех или иных действий? Можно ли избежать этих рисков? Как построить эффективную систему управления, позволяющую руководителю снять с себя излишние риски по российскому праву?

Если Вам хотя бы раз приходилось задумываться над этими вопросами, то наша книга попала по адресу. Мы обобщили и систематизировали требования законодательства и существующую судебную практику, при этом постарались максимально чётко осветить все актуальные вопросы и составить "руководство к действию" для топ-менеджмента, содержащее рекомендации, как именно нужно поступать при принятии тех или иных решений, чтобы минимизировать риск привлечения к ответственности.

Надеемся, что изложенная информация будет Вам полезна, а если у вас возникнут вопросы или комментарии, мы всегда рады обсудить их с вами.

Подготовлено юристами Nektorov, Saveliev & Partners (NSP)
при участии Клуба независимых директоров СКОЛКОВО.

nektorov, saveliev & partners

СКОЛКОВО Московская школа управления

КЛУБ НЕЗАВИСИМЫХ ДИРЕКТОРОВ СКОЛКОВО

Is there a risk of bringing the company's officer to responsibility for the performance of certain actions? Is it possible to avoid these risks? How to establish an effective managerial system that would allow the director to eliminate the risks in accordance with Russian law?

If you ever had to think about these questions at least once, our book got to the right place. We have summarized and put in order all the legal requirements and substantial court practice. In doing so, we endeavored to cover all key aspects as concisely as possible and to compose a "guide for action" for top management, that includes recommendations concerning the way to act while making various decisions to minimize the risk of being held liable.

We hope that the information will be useful for you, and should you have any questions or comments, we are always open to discuss them with you.

Prepared by Nektorov, Saveliev & Partners (NSP)
with the participation of the Skolkovo Club of Independent Directors.

nektorov, saveliev & partners

SKOLKOVO Moscow School of Management

SKOLKOVO INDEPENDENT DIRECTORS CLUB

ОГЛАВЛЕНИЕ

Список сокращений 6

Введение 7

1. За что и перед кем отвечает руководитель компании? 10
- 1.1. За что отвечают руководители? 10
- 1.2. Кто может быть привлечен к ответственности? 12
- 1.3. Какой временной период учитывается для целей определения статуса контролирующего лица? 17
- 1.4. По чьей инициативе руководитель может быть привлечён к ответственности? 17
- 1.5. Какие особенности следует учитывать при привлечении руководителей компании к ответственности за неисполнение публично-правовых обязанностей? 18
- 1.6. Как происходит распределение субсидиарной ответственности в случае привлечения к ответственности нескольких контролирующих лиц? 20
- 1.7. Что изменилось в регулировании субсидиарной ответственности контролирующих лиц в 2017 году? 20
- 1.8. Какие последствия наступают при привлечении к субсидиарной ответственности? 23
- 1.9. Выводы 24

2. Какие действия должен совершить разумный руководитель при принятии решения? 26
- 2.1. Какую информацию необходимо получить перед принятием решения? 26
  - 1) Что надо учесть при определении цены сделки? 26
  - 2) На что обратить внимание при независимой оценке сделки? 29
  - 3) Что надо учесть при выборе контрагента? 32
  - 4) Что и где необходимо проверить при выборе контрагента? 33
- 2.2. Какие действия предпринять, чтобы избежать конфликта интересов? 37
- 2.3. Что делать, если конфликта интересов не удалось избежать? 38
- 2.4. Нужны ли внутренние процедуры принятия решений в компании и можно ли их не соблюдать? 38
- 2.5. Выводы и рекомендации 41

3. Как построить систему управления и документооборота компании, чтобы минимизировать риск ответственности руководителя? 43
- 3.1. Что делать, чтобы не отвечать за действия всех работников компании? 43
  - 1) Создание подразделения по внутреннему контролю 43
  - 2) Распределение полномочий и должностных обязанностей 45
- 3.2. Какая внутренняя документация необходима в компании? 47
- 3.3. Какими соглашениями можно ограничить ответственность руководителя? 48
- 3.4. Выводы и рекомендации 52

4. Какие еще обстоятельства освобождают руководителя от ответственности за убытки компании? 54
- 4.1. Как можно использовать цель создания и деятельности компании для защиты от ответственности? 54
- 4.2. Освобождает ли от ответственности одобрение участниками / акционерами или коллегиальными органами управления компании? 56
- 4.3. Можно ли привлечь участника компании к солидарной ответственности с руководителем? 58
- 4.4. Учитывается ли связь с другими решениями при определении убыточности действий директора? 60
- 4.5. Какие специальные механизмы освобождения либо уменьшения ответственности контролирующего лица предусмотрены законом о банкротстве? 61
- 4.6. Выводы и рекомендации 62

5. Заключение 63

Чек-лист руководителя при принятии решения 64

Услуги NSP 66

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

АО	Акционерное общество
АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ЕГРЮЛ	Единый государственный реестр юридических лиц
ЕИО	Единоличный исполнительный орган
Закон о банкротстве	Федеральный закон от 26.10.2002 №127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"
Закон об АО	Федеральный закон от 26.12.1995 №208-ФЗ "Об акционерных обществах"
Закон об ООО	Федеральный закон от 08.02.1998 №14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"
Закон об оценочной деятельности	Федеральный закон от 29.07.1998 №135-ФЗ "Об оценочной деятельности в Российской Федерации"
КЛ	Контролирующее лицо
КоАП РФ	Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях
НК РФ	Налоговый кодекс Российской Федерации
ООО	Общество с ограниченной ответственностью
Постановление №62	Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.13 №62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица"
Постановление №25	Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 №25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ"
Постановление №53	Постановление Пленума Верховного суда РФ от 21.12.2017 №53 "О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве"
СРО	Саморегулируемая организация
УПК РФ	Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

ВВЕДЕНИЕ

Органы и члены органов юридического лица, будь то генеральный директор, член правления или совета директоров, обязаны действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица. Эта обязанность и ответственность за её нарушение предусмотрены действующим законодательством[1]. Но что же конкретно включено в содержание добросовестных и разумных действий? Что надо предпринять руководителю, чтобы избежать ответственности за неразумность или недобросовестность?

Ответ на этот вопрос отсутствует в тексте норм законов. Вместе с тем актуальность этих вопросов подтверждается данными судебной статистики, которые свидетельствуют, что с каждым годом увеличивается как количество дел, связанных с привлечением к ответственности руководства компаний, так и размер предъявляемых требований в каждом конкретном деле.

КОЛИЧЕСТВО ДЕЛ, СВЯЗАННЫХ С ПРИВЛЕЧЕНИЕМ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ДИРЕКТОРОВ (БЕЗ УЧЁТА ДЕЛ О БАНКРОТСТВЕ)

1 — П. 3 ст.53, ст. 53.1 ГК РФ, ст. 44 Закона об ООО, ст. 71 Закона об АО, ст. 10 Закона о банкротстве и др.

В отношении содержания обязанностей руководителя компании, необходимо упомянуть, что отечественный правовой институт ответственности директоров в значительной мере заимствован из англо-американского права, согласно которому члены органов управления при принятии решения должны соблюдать фидуциарные обязанности (fiduciary duties). Эти фидуциарные обязанности закреплены в корпоративном законодательстве и в учредительных документах компании. Ключевыми из них считаются: обязанность проявлять разумную заботливость (duty of care) и обязанность соблюдать лояльность (duty of loyalty). В российском праве их аналогами выступают, соответственно, обязанности разумности и добросовестности.

Обязанность лояльности подразумевает не только экономическую незаинтересованность и отсутствие личных выгод у руководителя от принимаемых им решений, но и общую объективность процесса принятия решений, отсутствие какого-либо внешнего влияния на волю руководителя.

Обязанность проявлять разумную заботливость подразумевает, что руководитель должен собрать всю разумно необходимую информацию для принятия решения и изучить её, сделав выводы в соответствии с принципами разумности и осмотрительности.

В российском правопорядке наиболее определённое содержание обязанности руководства компании действовать “разумно и добросовестно” находится в Постановлении №62. Это постановление можно назвать настоящей инструкцией по взысканию убытков с генерального директора: до его принятия шансы удовлетворения таких исков были ничтожны, хотя закон прямо предусматривал возможность их подачи и до Постановления №62. Напротив, за прошедшие 4 года после принятия Постановления №62 было принято более 2 тысяч судебных актов по делам о привлечении к ответственности руководителей компаний (см. данные статистики выше).

Постановление №62 является одновременно и основным руководством к тому, какие действия необходимо предпринять руководителю, чтобы избежать ответственности, и инструкцией по привлечению к ответственности руководителей в нашем правопорядке.

Ключевые разъяснения по вопросам привлечения руководителей компании к субсидиарной ответственности в делах о банкротстве даны в

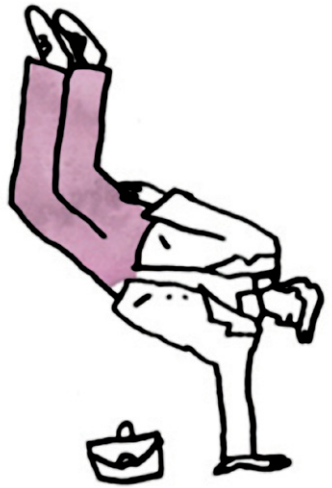
Постановлении №53.

Также отдельные вопросы, касающиеся порядка предъявления иска о привлечении к ответственности руководителей, разъяснены в Постановлении №25.

Мы обобщили имеющееся регулирование ответственности руководителей компаний и правоприменительную практику, чтобы разобраться в 2-х основных вопросах:

1) За что и перед кем отвечают руководители компаний?

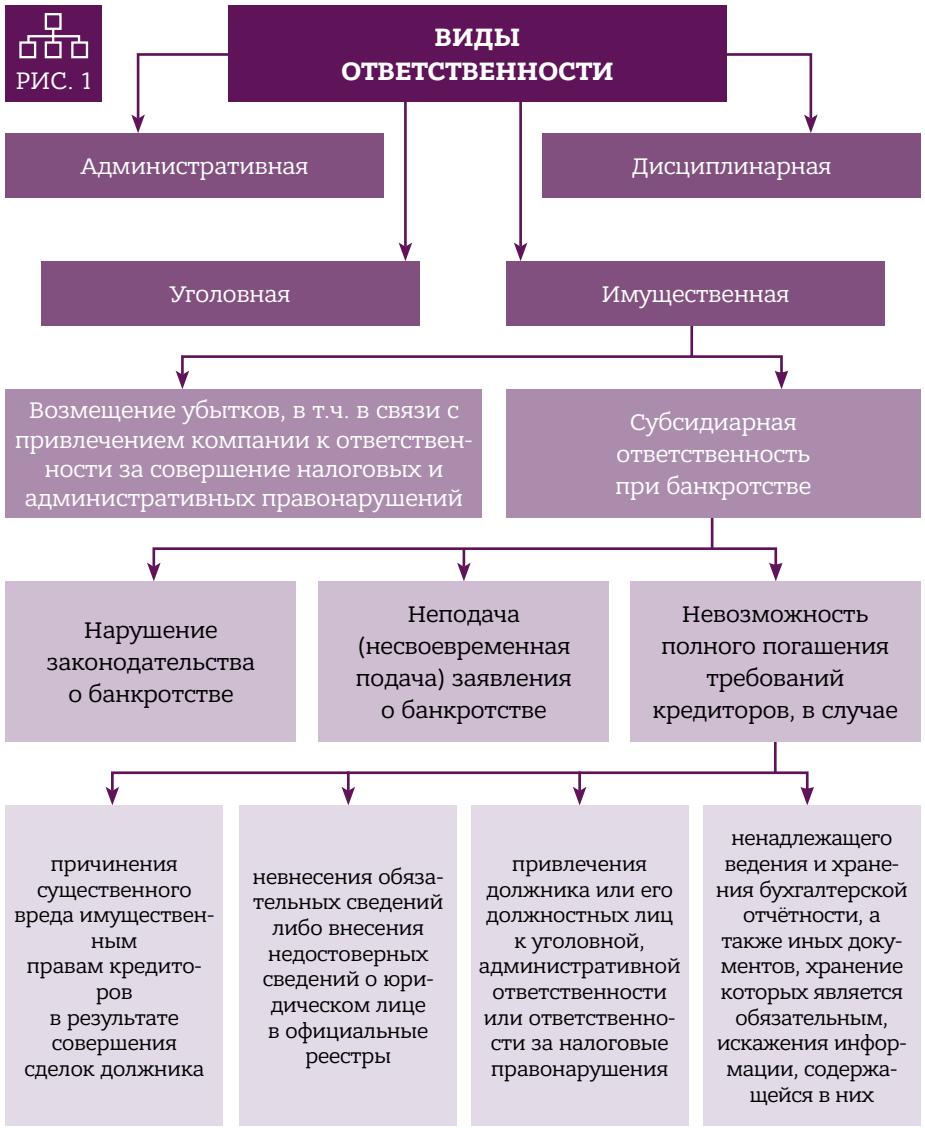
2) Что надо сделать руководителю компании, чтобы избежать ответственности?



1. ЗА ЧТО И ПЕРЕД КЕМ ОТВЕЧАЕТ РУКОВОДИТЕЛЬ КОМПАНИИ?

1.1. ЗА ЧТО ОТВЕЧАЮТ РУКОВОДИТЕЛИ?

РИС. 1



Особое внимание мы уделили вопросам имущественной ответственности руководителя компании. Однако соблюдение предлагаемых рекомендаций позволит избежать не только имущественного, но и любого другого вида ответственности, поскольку эти рекомендации направлены на достижение наибольшего соответствия стандарту разумного и добросовестного директора. А генеральный директор не может быть привлечён ни к уголовной, ни к административной, ни к дисциплинарной ответственности за разумные и добросовестные действия в интересах компании.

Рассмотрим возможные случаи привлечения руководителя к имущественной ответственности в виде возмещения убытков компании. Постановление №62 регламентирует следующие типичные ситуации, в которых допустимо взыскание убытков с генерального директора.

ТИПИЧНЫЕ СИТУАЦИИ ВЗЫСКАНИЯ УБЫТКОВ С ГД

РИС. 2

НЕДОБРОСОВЕСТНЫЕ ДЕЙСТВИЯ

- Конфликт интересов
- Сокрытие информации о сделке, повлекшее убытки

Совершение сделки…

- …с лицом, заведомо неспособным исполнить обязательство
- …на заведомо невыгодных условиях
- …без надлежащего одобрения

НЕВЫПОЛНЕНИЕ КОМПАНИЕЙ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ

- Привлечение компании к публично-правовой ответственности по причине недобросовестного/неразумного поведения ГД

НЕНАДЛЕЖАЩАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ СИСТЕМЫ УПРАВЛЕНИЯ

- Недобросовестный/неразумный выбор работников/контрагентов
- Ненадлежащий контроль за действиями работников

НЕРАЗУМНЫЕ ДЕЙСТВИЯ

- Принятие решения без учёта известной и имеющей значение для сделки информации
- Неполучение требуемой информации
- Несоблюдение внутренних процедур (например, несогласование с бухгалтерией)

1.2. КТО МОЖЕТ БЫТЬ ПРИВЛЕЧЁН К ОТВЕТСТВЕННОСТИ?

РИС. 3

Для определения круга лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности, полезно обратиться к специальным нормам Закона о банкротстве, раскрывающим содержание института контролирующих лиц.

Изменения, внесённые в Закон о банкротстве, призваны облегчить процесс доказывания и установления статуса контролирующего лица. Так, ч.4 ст.61.10 Закона о банкротстве установлены 3 опровержимые презумпции для определения статуса контролирующего лица:

- такое лицо являлось руководителем должника или управляющей организации должника, членом исполнительного органа должника, ликвидатором должника, членом ликвидационной комиссии;

- имело право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться 50% и более голосующих акций акционерного общества, или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной ответственностью, или более чем половиной голосов в общем собрании участников юридического лица либо имело право назначать (избирать) руководителя должника;

- извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения руководителей компании.

Новые положения Закона о банкротстве вводят также опровержимую презумпцию, согласно которой лицо может быть признано контролирующим в силу занимаемой должности (ex officio). Такими лицами являются бухгалтер, финансовый директор, лица, осуществляющие корпоративный контроль над должником (например, руководители материнской компании)[2].

ПРИМЕЧАНИЕ. Прослеживается последовательная тенденция к расширению перечня лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности. С одной стороны, подобная тенденция положительна для кредиторов и уполномоченных органов в связи с повышением шансов удовлетворения и исполнения их требований. С другой стороны, привлечение широкого круга лиц к ответственности за долги компании нивелирует все преимущества корпоративной модели организации бизнеса, в первую очередь сводится к нулю ограничение ответственности участников корпорации и сковывается предпринимательская инициатива.

Может ли быть привлечён к ответственности бенефициар, мажоритарный участник (акционер)?

Привлечь к ответственности за убытки, причинённые компании недобросовестными и неразумными действиями, можно лиц, имеющих фактическую возможность определять действия компании, в том числе возможность давать указания членам органов управления.

Согласно Закону о банкротстве[3] контролирующим лицом является тот, кто обладает:

- правом давать обязательные для исполнения должником указания; *или*

- возможностью иным образом определять действия должника, в том числе по совершению сделок и определению их условий.

2 — П.3 ч.2 ст.61.10 Закона о банкротстве.
3 — Ст.61.10 Закона о банкротстве.

На данный момент случаев привлечения контролирующих лиц к ответственности за убытки компании не так много, пока они имеют место только в рамках процесса банкротства компании либо в рамках взыскания налоговых недоимок в связи с совершением компанией налоговых правонарушений. При этом сумма взыскиваемых убытков с контролирующих лиц порой достигает колоссальных размеров[4].

Однако в новой редакции Закона о банкротстве предусмотрено, что убытки с контролирующих лиц могут быть взысканы и в том случае, если они не были покрыты размером субсидиарной ответственности[5].

ВАЖНО! Привлечение контролирующих лиц к субсидиарной ответственности рассматривается как исключительная мера восстановления нарушенных прав[6].

Однако в новой редакции Закона о банкротстве предусмотрено, что убытки с контролирующих лиц могут быть взысканы и в том случае, если они не были покрыты размером субсидиарной ответственности.

Понятие "контролирующее лицо" достаточно широко и включает в себе не только лиц, которые очевидно могут давать обязательные для общества указания (мажоритарные участники / акционеры), но и лиц, которые, несмотря на отсутствие формальных правомочий руководить компанией, фактически обладают контролем над её деятельностью. Следует учитывать, что суд может признать лицо контролирующим по любым иным основаниям[7]. Суд устанавливает, насколько значительным было влияние контролирующего лица на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника[8].

4 — Так, с контролирующих лиц (Гудков В.В. и Шурмина Н.В.) банка АКБ "Инвестиционный торговый банк", находящегося в процессе банкротства, в 2016 году было солидарно взыскано 3,66 млрд. рублей (см. решение Арбитражного суда города Москвы от 11.07.2016 по делу №А40-56167/16 (оставлено в силе вышестоящими инстанциями)). Такая же практика последние годы появилась и за пределами банковской сферы. См., например, постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда по делу №А60-1260/2009 от 27.02.2013, которым Максимов Н.В. был привлечён к субсидиарной ответственности более чем на 6,39 млрд. рублей.

5 — 1 Постановление №53.

6 — Ст.61.20 Закона о банкротстве.

7 — П.5 ст.61.10 Закона о банкротстве.

8 — Абз.3 п.3 Постановления №53.

РИС. 4

ПРИЗНАКИ ФАКТИЧЕСКОГО КОНТРОЛЯ НАД КОМПАНИЕЙ

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...Контроль лица над юридическим лицом выражается в системе владения и управления Банком, связанной с правом лица осуществлять контроль за принятием решений в Банке через многоуровневую структуру владения Банком, в том числе и с использованием оффшорных компаний, в существовании фактической системы личного согласования с контролирующим лицом основных решений Банка со стороны руководителей и органов управления Банка. Кроме того, о контроле лица над Банком свиде-

тельствуют наличие рабочего кабинета в Банке, участие в переговорах от имени Банка и позиционирование себя как бенефициара."

(Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2016 по делу №А40-56167/16, оставлено без изменений Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 26.12.2016)

"...Гудков В.В. продолжал руководить текущей хозяйственной деятельностью Банка, определять его финансово-экономическую политику, выступать от имени Банка в средствах массовой информации и публично осуществлять иные действия, подтверждающие фактическое сохранение его статуса в Банке как контролирующего Банк лица".

(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.12.2016 по делу №А40-56167/2016)

"Контроль Пугачева С.В. над компанией ОПК Траст Компани Лимитед, а через корпоративную структуру над Банком, подтверждается проспектом эмиссии Банка от 12.02.2010. В нем указано, что основным контролирующим лицом, но не бенефициарным владельцем компании "на основании оффшорного соглашения о доверительном управлении" является Пугачев С.В. В проспекте эмиссии Пугачев С.В. указан как "основное контролирующее лицо Межпромбанка.

В материалах дела имеются многочисленные доказательства существования в Банке системы согласования и принятия решений, в соответствии с которой без согласия Пугачева С.В. не могло быть принято ни одно решение в Банке. Это подтверждается, помимо прочего, свидетельскими показаниям работников Банка, объяснениями лиц, участвующих в деле, в т.ч. Диденко А.А. протоколами допроса."

(Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2015 делу №А40-119763/10, оставлено без изменений Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 01.10.2015)

1.3. КАКОЙ ВРЕМЕННОЙ ПЕРИОД УЧИТЫВАЕТСЯ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СТАТУСА КОНТРОЛИРУЮЩЕГО ЛИЦА?

Согласно разъяснениям Верховного суда РФ учитывается контроль, имевший место в период, предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства, независимо от того, скрывалось действительное финансовое состояние должника или нет, то есть принимается во внимание 3-летний период, предшествующий моменту, в который должник стал не способен в полном объёме удовлетворить требования кредиторов, в том числе об уплате обязательных платежей, из-за превышения совокупного размера обязательств над реальной стоимостью его активов.

ВАЖНО! Указанный вывод не исключает возможность привлечения контролирующего лица к иной ответственности за действия, совершённые за пределами 3-летнего периода

1.4. ПО ЧЬЕЙ ИНИЦИАТИВЕ РУКОВОДИТЕЛЬ МОЖЕТ БЫТЬ ПРИВЛЕЧЁН К ОТВЕТСТВЕННОСТИ?

Лица, прямо предусмотренные законом	Лица, чьё право подать иск может быть признано судом
→ Участники ООО / акционеры с пакетом не менее 1% долей участия / акций → Члены органов управления	→ Участники головной компании в отношении руководителя дочерней компании
NB: согласно Постановлению №25 все инициаторы иска против руководителя являются представителями общества в силу закона. Также теперь у истца есть обязанность уведомить через общество всех иных участников об инициировании иска.	Если дочерняя компания полностью контролируется головной компанией и интересы участников головной компании отождествляемы с интересами дочерней компании, можно пренебречь корпоративной структурой и удовлетворить требования[9].

9 — См. дело Кировского завода: постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 по делу №А56-1486/2010.

ВАЖНО! По делам о возмещении вреда, причинённого компанией в результате совершения налогового преступления (неисполнение публично-правовой обязанности), правом на обращение в суд с исковым требованием о взыскании убытков наделены прокуроры (ч.3 ст.44 УПК РФ) и налоговые органы (пп.1 п.14 ст.31 НК РФ)[10]. Судебная практика свидетельствует о том, что подобные иски прокуроры и налоговые органы вправе подавать не только в уголовном, но и в гражданском процессе уже после завершения рассмотрения уголовного дела.

1.5. КАКИЕ ОСОБЕННОСТИ СЛЕДУЕТ УЧИТЫВАТЬ ПРИ ПРИВЛЕЧЕНИИ РУКОВОДИТЕЛЕЙ КОМПАНИИ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ?

Практика проникновения под корпоративный покров выработала относительно новый механизм привлечения руководителей компании к ответственности за совершение налоговых, административных и иных правонарушений, которые связаны с неисполнением компанией публично-правовых обязанностей. Речь идёт, в частности, о взыскании с таких руководителей или ответственных лиц (прежде всего, бухгалтеров) налоговой задолженности компании через обращение прокуроров и налоговых органов с иском о взыскании ущерба в порядке ст.1064 ГК РФ. При этом такие руководители сначала привлекаются к уголовной ответственности за совершение налоговых преступлений (например, ст.199, ст.199.2 УК РФ), а впоследствии приговор суда либо постановление о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям является достаточным доказательством виновности руководителя компании в возникших убытках. По данным спорам суды практически беспрекословно ориентировались на выводы "уголовного суда" и удовлетворяли исковые заявления. Очевидно, что подобная практика имела свои недостатки. Бывшие руководители компании и бухгалтеры обжаловали решения в вышестоящие судебные инстанции, однако суды общей юрисдикции не принимали во внимание их доводы.

Такая ситуация не могла остаться без внимания Конституционного суда РФ, в адрес которого поступило значительное количество жалоб. Результатом рассмотрения жалоб заявителей стало принятие Постановления Конституционного суда РФ №39-П от 08.12.2017[11]. Данное

10 — Пункт 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.12.2006 №64 "О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления".

Постановление имеет существенное практическое значение и является знаковым.

Конституционный суд РФ обратил внимание правоприменителей, что организация как юридическое лицо участвует в противоправном налоговом деянии опосредованно – через физических лиц, как правило, руководителя и бухгалтера. Действуя в собственных интересах, а также в интересах своей организации, они совершают правонарушение или преступление и несут административную либо уголовную ответственность. При этом субъекты налоговых преступлений, чьи противоправные действия привели к непоступлению налогов в бюджет, не освобождаются от обязанности возместить причинённый ими имущественный ущерб[12].

Факт прекращения по нереабилитирующим обстоятельствам уголовного дела в отношении этих лиц, так же как и обвинительный приговор за совершение налоговых преступлений, не может расцениваться судом как безусловно подтверждающий их виновность в причинении имущественного вреда.

Взыскание причинённого недоимками вреда с физических лиц, обвиняемых в совершении налогового преступления, возможно только после 1) внесения сведений в ЕГРЮЛ о прекращении деятельности компании или 2) признания её судом фактически недействующей. Здесь Конституционный суд РФ установил критерий исчерпания иных способов взыскания налоговой задолженности с организации перед привлечением к ответственности руководителя компании.

ВАЖНО! Данное ограничение не применяется, когда компания выступает лишь прикрытием для действий физического лица. Таким образом, за налоговыми органами сохраняется возможность взыскания задолженности в случае, если будет доказано, что организация является "пустой оболочкой", за которой стоит контролирующее лицо.

При определении ответственности физического лица суд вправе учитывать его имущественное положение, факт обогащения в результа-

11 — Постановление Конституционного суда №39-П от 08.12.2017 "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.Ахмадеевой, С.И.Лысяка и А.Н.Сергеева".

12 — В то же время, Конституционный суд РФ обратил внимание на недопустимость взыскания штрафов с контролирующих лиц за совершение налоговых правонарушений.

те совершения налогового преступления, степень вины, назначенное ему уголовное наказание, а также иные существенные обстоятельства дела.

1.6. КАК ПРОИСХОДИТ РАСПРЕДЕЛЕНИЕ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СЛУЧАЕ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ НЕСКОЛЬКИХ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ?

По общему правилу, если к ответственности будет привлечено несколько контролирующих лиц, то такую ответственность они несут по умолчанию в равной степени, то есть по принципу солидаритета[13]. При этом контролирующие лица могут самостоятельно в рамках отдельного спора решать вопрос о том, кто и в какой мере должен нести ответственность. Однако компетентному органу в подобной ситуации необходимо "...контролировать этот процесс и не допустить неосновательного возложения максимальной ответственности на ответчика, обладающего минимальным объёмом активов..."[14].

1.7. ЧТО ИЗМЕНИЛОСЬ В РЕГУЛИРОВАНИИ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ В 2017 ГОДУ?

В 2017 году законодательство о субсидиарной ответственности претерпело значительные изменения, направленные, с одной стороны, на упорядочивание и систематизацию законодательства, с учётом правоприменительной и судебной практики, с другой стороны, на ужесточение субсидиарной ответственности и расширение возможных составов такой ответственности. Значительные изменения были внесены Федеральным законом от 28.12.2016 №488-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ" и Федеральным законом от 29.07.2017 №266-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях"

Следует учитывать, что положения Закона от 29.07.2017 №266-ФЗ имеют обратную силу, и заявления о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности, поданные с 01.07.2017, рассматриваются по новым правилам.

13 — П.8 ст.61.11, п.1 ст.61.12 Закона о банкротстве.

14 — Письмо ФНС России от 16.08.2017 N СА-4-18/16148@.

Изменения затронули многочисленные аспекты привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности. Остановимся на наиболее значимых новеллах:

→ Помимо возможностей привлечения к ответственности в рамках дела о банкротстве, кредиторы получили возможность привлекать к субсидиарной ответственности контролирующих лиц после исключения компании из ЕГРЮЛ как недействующей, если указанные лица действовали недобросовестно или неразумно.

→ Заявление о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц несостоятельного должника может быть подано:

- как до, так и после завершения конкурсного производства;

- после прекращения производства по делу о банкротстве в связи с отсутствием средств.

Законом о банкротстве предусмотрены специальные сроки исковой давности. По общему правилу, срок для подачи заявления составляет 3 года со дня, когда заявитель (как правило, арбитражный управляющий или независимый кредитор) узнал / должен был узнать о наличии оснований для привлечения лица к субсидиарной ответственности, но не позднее 3 лет со дня признания должника банкротом / прекращения производства по делу / возвращения уполномоченному органу заявления о признании должника банкротом. Указанный срок может быть восстановлен по уважительным причинам. В любом случае заявление о привлечении лица к субсидиарной ответственности не может быть подано позднее 10 лет со дня возникновения оснований для подачи заявления (объективный срок исковой давности).

Срок исковой давности арбитражному управляющему, кредиторам, являющимся юридическими лицами или предпринимателями, может быть восстановлен лишь в исключительных случаях, когда они действительно были лишены возможности своевременно обратиться в суд по не зависящим от них причинам.

ВАЖНО! Предельный объективный срок исковой давности не может быть восстановлен.

→ Заявление о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц после окончания конкурсного производства может быть подано:

- кредиторами, чьи требования включены в реестр требований;

- кредиторами, чьи требования признаны обоснованными, но подлежащими погашению после требований реестровых кредиторов;

- заявителем по делу о банкротстве в случае прекращения производства по делу о банкротстве до введения процедуры, применяемой в деле о банкротстве;

- уполномоченным органом в случае возвращения заявления о признании должника банкротом.

Предусмотрено право заявителя, чьи требования не были удовлетворены в полном объёме в рамках дела о банкротстве, на обращение в арбитражный суд с требованием о привлечении лица к субсидиарной ответственности вне рамок дела о банкротстве[15] [16].

Отметим также, что 21.12.2016 вступил в силу Федеральный закон от 23.06.2016 №215-ФЗ, устанавливающий обязанность компаний располагать информацией о своих бенефициарных владельцах, принимать меры по установлению информации о бенефициарных владельцах и предоставлять её по запросу налоговых и иных уполномоченных органов.

Бенефициарными владельцами являются физические лица, которые в конечном счёте прямо или косвенно (через третьих лиц) владеют (имеет преобладающее участие более 25%) юридическим лицом либо имеют возможность контролировать его действия.

Нарушение юридическим лицом указанных обязанностей влечёт наложение административного штрафа в размере от 100 000 до 500 000 рублей.

15 — Ст.61.19 Закона о банкротстве.

16 — Предъявляя иск о привлечении лица к субсидиарной ответственности, кредитор, инициировавший процедуру привлечения контролирующего должностного лица вне рамок дела о банкротстве, выступает в интересах всех кредиторов, и иные кредиторы вправе присоединиться к иску. Подобные требования подлежат рассмотрению по правилам рассмотрения групповых исков (глава 28.2 АПК РФ).

1.8. КАКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ НАСТУПАЮТ ПРИ ПРИВЛЕЧЕНИИ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ?

Обращение взыскания на имущество контролирующего лица

Основными последствиями привлечения к субсидиарной ответственности является взыскание с контролирующих лиц денежных средств, составляющих размер неудовлетворённых требований кредиторов должника в рамках дела о банкротстве, и взыскание убытков в общем порядке.

Дисквалификация

На случай неисполнения контролирующим лицом судебного акта о привлечении к субсидиарной ответственности законодатель Федеральным законом от 29.12.2015 №391-ФЗ внёс изменения в КоАП РФ (ч. 8 ст. 5.1. КоАП РФ), которые позволяют дисквалифицировать такое лицо на срок от 6-ти месяцев до 3-х лет. Дисквалификация означает лишение права замещать руководящие должности в организациях. Во всех судебных округах РФ сформирована практика дисквалификации руководителя компании, не компенсировавшего кредиторам причинённый ущерб[17] [18].

Специальные последствия для контролирующего лица кредитной организации

Дополнительные последствия привлечения к субсидиарной ответственности предусмотрены для контролирующих лиц кредитных организаций (с 28.01.2018):

→ запрет приобретать и / или получать в доверительное управление акции (доли в уставном капитале) иной кредитной организации, составляющие более чем 10% ее уставного капитала (10% и менее уставного капитала в случае приобретения акций (долей) кредитной организации в составе группы лиц, приобретающей более 10% акций (долей) кредитной организации), и / или устанавливать прямой либо косвенный (через третьих лиц) контроль в отношении акционеров (участников) кредитной организации, владеющих более 10% акций

17 — Ч. 8 ст. 5.1. КоАП РФ.

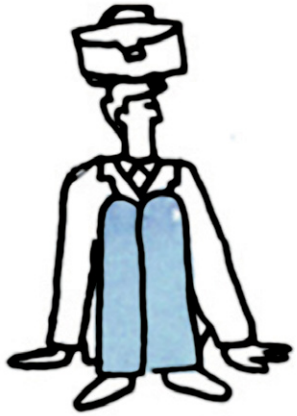
18 — См. дела №№А33-22545/2016, А14-14379/2016, А78-5452/2016, А21-4738/2016, А65-16309/2016, А76-15772/2016, А74-8855/2016, А32-11018/2016, А10-4173/2016, А50-3686/2016, А74-3257/2016, А08-2321/2016 и др.

(долей) кредитной организации (10% и менее акций (долей) кредитной организации в составе группы лиц, владеющей более 10% акций (долей) кредитной организации), в течение десяти лет со дня вступления в силу судебного акта о привлечении к такой ответственности;

- запрет осуществлять функции руководителя, главного бухгалтера или заместителя главного бухгалтера кредитной организации, руководителя или главного бухгалтера филиала кредитной организации, руководителя службы управления рисками, руководителя службы внутреннего аудита, руководителя службы внутреннего контроля кредитной организации, специального должностного лица, ответственного за реализацию правил внутреннего контроля в кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, или члена совета директоров (наблюдательного совета) кредитной организации в течение 10 лет со дня вступления в силу судебного акта о привлечении к такой ответственности.

1.9. ВЫВОДЫ

1. Руководитель компании несёт ответственность за совершение действий, которые можно разделить на 4 группы:
   - недобросовестные действия;
   - неразумные действия;
   - ненадлежащая организация системы управления;
   - невыполнение обществом публично-правовых обязанностей по причине недобросовестных или неразумных действий руководителя.
2. Помимо генерального директора или управляющей компании, риску быть привлечённым к ответственности подвержены:
   - лица, осуществляющие функции ЕИО (и.о. ЕИО, ликвидатор, внешний или конкурсный управляющий);
   - члены коллегиальных органов управления (правление или совет директоров, ликвидационная комиссия);
   - контролирующие лица (в том числе участники или акционеры).
3. Инициировать привлечение генерального директора к ответственности могут:
   - участники или акционеры, имеющие не менее 1% долей участия или акций;
   - члены органов управления;
   - участники головной компании в отношении руководителя дочерней компании.
4. Помимо взыскания с контролирующего лица денежных средств последствием привлечения к субсидиарной ответственности в случае неисполнения контролирующим лицом судебного акта о привлечении к ответственности может быть применение административного наказания в виде дисквалификации такого лица на срок от 6-ти месяцев до 3-х лет.



2. КАКИЕ ДЕЙСТВИЯ ДОЛЖЕН СОВЕРШИТЬ РАЗУМНЫЙ РУКОВОДИТЕЛЬ ПРИ ПРИНЯТИИ РЕШЕНИЯ?

2.1. КАКУЮ ИНФОРМАЦИЮ НЕОБХОДИМО ПОЛУЧИТЬ ПЕРЕД ПРИНЯТИЕМ РЕШЕНИЯ?

1. Что надо учесть при определении цены сделки?

При оценке разумности действий руководителя первое, на что обращают внимание суды, — это экономическая обоснованность принятого решения. Поскольку обязанности руководителя носят фидуциарный характер, он должен предпринять все разумные и зависящие от него действия, чтобы заключаемая сделка соответствовала интересам компании. Однако руководитель не должен нести ответственность за убытки, причинённые сделкой, если он действовал в рамках предпринимательского риска, и убыточность сделки не была заведомой.

Таким образом, руководитель отвечает за надлежащее принятие решения о совершении сделки, но не за экономический эффект, к которому в действительности привело заключение сделки.

Под сделкой на невыгодных условиях понимается сделка, цена или иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены или иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки. Например, невыгодной будет считаться сделка, по которой полученное предоставление заведомо в 2 или более раза ниже стоимости предоставления, совершённого компанией руководителя в пользу контрагента[19]. Также следует учитывать критерии недействительности сделки, которая совершена в ущерб интересам представляемого[20].

Некоторые суды буквально толкуют это положение, отказывая в иске тогда, когда цена договора оказывается ниже рыночной меньше чем в 2 раза, даже если имеются иные обстоятельства, заслуживающие внимания.

19 — Абз. 7 п. 2 Постановления №62.

20 — П.2 ст.174 ГК РФ, п.92,93 Постановления №25.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"...Отказывая в удовлетворении заявления о взыскании убытков в размере 282 302 рублей, судебные инстанции пришли к правомерному выводу, что в силу подпункта 5 пункта 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 №62 данная сделка не является однозначным доказательством недобросовестности действий ответчика, так как встречное представление, полученное ООО "СКАДО Техно" превышает 50% затрат на проданный товар."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.05.2016 по делу №А55-14726/2015)*

В других случаях отечественным судам достаточно наличия одного лишь факта несоответствия цены сделки рыночной цене для того, чтобы признать действия директора неразумными.

> *"...Уступка прав требования к Аколин по соглашению об уступке с Кардикором от 29.10.2012 осуществлена по цене ниже, чем их номинальная стоимость за счёт изменения курса доллара США по отношению к рублю в течение периода существования долга. В этой связи является правильным вывод суда о том, что ответчики, одобрив данную сделку, в результате совершения которой Общество утратило имущественное право, не получив должной компенсации, действовали неразумно, вопреки интересам Общества."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 04.05.2016 по делу №А82-13348/2013)*

Во избежание ответственности за совершение убыточной сделки руководителю необходимо собрать всю доступную информацию, касающуюся предмета сделки.

Основным методом определения оптимальной цены является изучение цен конкурентов на аналогичные товары с внесением необходимых поправок, учитывающих различия в технических характеристиках, в коммерческих условиях сделок, а также тенденции изменения цен во времени. Стороны контракта в зависимости от его предмета обычно ориентируются на 2 вида цен: публикуемые (справочные цены, биржевые котировки, цены аукционов, цены, приводимые в общих статистических справочниках, цены фактических сделок, цены предложений крупных фирм и т.д.) и расчётные (применяются, как правило, в контрактах с нестандартным индивидуальным предметом).

В зависимости от характера актива и размера компании такая информация может быть получена из следующих источников:

РИС. 5

ИСТОЧНИКИ ПОЛУЧЕНИЯ ИНФОРМАЦИИ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОПТИМАЛЬНОЙ ЦЕНЫ ПО СДЕЛКЕ

Особое внимание следует обратить на определение цены при заключении сделки с нестандартным, уникальным предметом, когда отсутствует возможность сравнения предложенной цены с ценовыми предложениями конкурентов. В этом случае руководитель вынужден полагаться на мнение специалистов.

2. На что обратить внимание при независимой оценке сделки?

Конечно, привлечение профессионального независимого оценщика при совершении любых нестандартных сделок может быть экономически невыгодно для компании, однако рекомендуется привлекать оценщика при совершении сделок на крупные суммы, в отношении которых имеется повышенный риск оспаривания.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"Ответчик, при совершении спорной сделки, действовал осмотрительно в интересах общества. Условия сделки в части цены сформированы на основании отчёта об оценке рыночной стоимости имущества от 24.08.2012 №148-2012, составленного квалифицированным оценщиком. Ответчик продал имущество по рыночной цене, подтверждённой соответствующими доказательствами, которые были получены им для исключения возможности возникновения негативных последствий у общества."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 25.01.2016 по делу №А33-5170/2014).*

При привлечении независимого оценщика нужно, в первую очередь, проверить его репутацию и опыт оценки в соответствующей сфере. Необходимость именно качественной, профессиональной оценки обусловлена тем, что само по себе привлечение любого независимого оценщика не является гарантией признания судом действий руководителя разумными, если будут иметься отличающиеся результаты оценки, предоставленной оппонентом, или результаты судебной экспертизы, которые окажутся для суда более убедительными.

При выборе оценщика рекомендуется проверять его на наличие дисциплинарных взысканий со стороны СРО (информация о таких фактах публикуется в реестре членов СРО). Также стоит проверить имеющиеся в открытом доступе судебные акты на предмет упоминания в них оценщика и выводов суда касательно достоверности подготовленного им отчёта об оценке.

Часто судьи не доверяют слепо выводам эксперта, а оценивают предоставленный отчёт по существу. Поэтому следует проследить, чтобы подготовленный оценщиком отчёт был полным и обоснованным:

- на предмет соблюдения формальных требований закона отчёт может быть проверен юридическим отделом компании, который может подготовить заключение относительно соблюдения требований к форме и содержанию отчёта, указанных в действующем законодательстве[21];

- на предмет достоверности результата оценки отчёт может проверить лишь другой специалист, подготовив рецензию на отчёт об оценке.

В большинстве судебных дел при оценке экономической обоснованности решения руководителя суд использует, помимо отчётов об оценке от истца и ответчика, ещё и заключение судебной экспертизы, иногда даже и не одно. Какой именно из альтернативных результатов оценки является верным, в судебном разбирательстве решает суд на основе представленных доказательств и пояснений причин расхождений в экспертной оценке.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"Надлежащим доказательством, подтверждающим ошибочность выводов оценщика, может быть другое заключение об оценке того же объекта или рецензия уполномоченной организации на оспариваемый отчёт об оценке."*
>
> *(Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16.11.2011 по делу №А32-36955/2010)*

> *"...Как правильно указал суд первой инстанции, вывод эксперта о рыночной стоимости объекта недви*жимого имущества является его субъективным профессиональным мнением и не является гарантией того, что объект мог быть продан на свободном рынке по цене, равной стоимости, указанной в заключении *(применительно к вопросу причинения единоличным исполнительным органом убытков обществу)."*
>
> *(Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 21.09.2015 по делу №А41-21730/14)*

21 — Федеральный закон от 29.07.1998 №135-ФЗ "Об оценочной деятельности в РФ", Федеральный закон от 31.05.2001 №73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ".

Следует иметь в виду, что расхождение в результатах оценки предмета сделки различными специалистами само по себе не означает недостоверность одной из оценок, так как может быть связано не с нарушением специалистом стандартов оценки, а с изначально вероятностным характером любой оценки[22]. Поэтому возместить убытки руководителя, понесённые в результате привлечения его к ответственности за причинение ущерба компании, за счёт неверно оценившего стоимость сделки оценщика удаётся крайне редко.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"Признаваемый Законом об оценочной деятельности вероятностный характер определения рыночной стоимости предполагает возможность получения неодинакового результата оценки при её проведении несколькими оценщиками, в том числе, в рамках судебной экспертизы, по причинам, которые не связаны с ненадлежащим обеспечением достоверности оценки."*
>
> *(Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ №310-ЭС15-11302 от 28.12.2015)*

Важным доказательством достоверности стоимости предмета сделки, определённой в отчёте об оценке, является заключение СРО, членом которой является оценщик, выполнивший отчёт об оценке[23].

В целях защиты от последующего оспаривания результатов оценки при определении стоимости предмета важных сделок рекомендуется сразу после изготовления отчёта об оценке провести экспертизу этого отчёта в СРО, в результате которой должно быть:

- подтверждено соответствие отчёта оценщика требованиям законодательства;

- подтверждена рыночная стоимость актива, определённая оценщиком.

22 — Ст. 3 Закона об оценочной деятельности.

23 — Ст. 17.1 Закона об оценочной деятельности.

3. Что надо учесть при выборе контрагента?

При выборе контрагента следует обращать внимание на критерии ненадёжности контрагента, указанные в приказе ФНС России от 30.05.2007 №ММ-3-06/333@, в частности:

РИС. 6

ПРИЗНАКИ НЕНАДЁЖНОСТИ КОНТРАГЕНТА

- Отсутствие документального подтверждения полномочий руководителя контрагента (его представителя)
- Отсутствие личных контактов с руководством контрагента
- Отсутствие информации о фактическом местонахождении контрагента и его складских/производственных/торговых помещений
- Отсутствие информации о способе получения сведений о контрагенте (отсутствует реклама в СМИ, нет рекомендаций партнёров и др.)
- Отсутствие подтверждения возможности реального выполнения контрагентом условий договора (отсутствие копий документов, подтверждающих наличие производственных помещений, необходимых лицензий, квалифицированных кадров и др.)
- Выпуск/покупка/продажа контрагентом векселей, ликвидность которых не очевидна
- Выдача/получение займов без обеспечения
- Отсутствие информации о контрагенте в ЕГРЮЛ
- Использование адреса массовой регистрации
- Минимальный уставный капитал
- Небольшой срок существования компании

4. Что и где необходимо проверить при выборе контрагента?

Информацию о контрагенте можно получить как из общедоступных источников, так и непосредственно от самого контрагента (см. подробнее рис. 7).

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

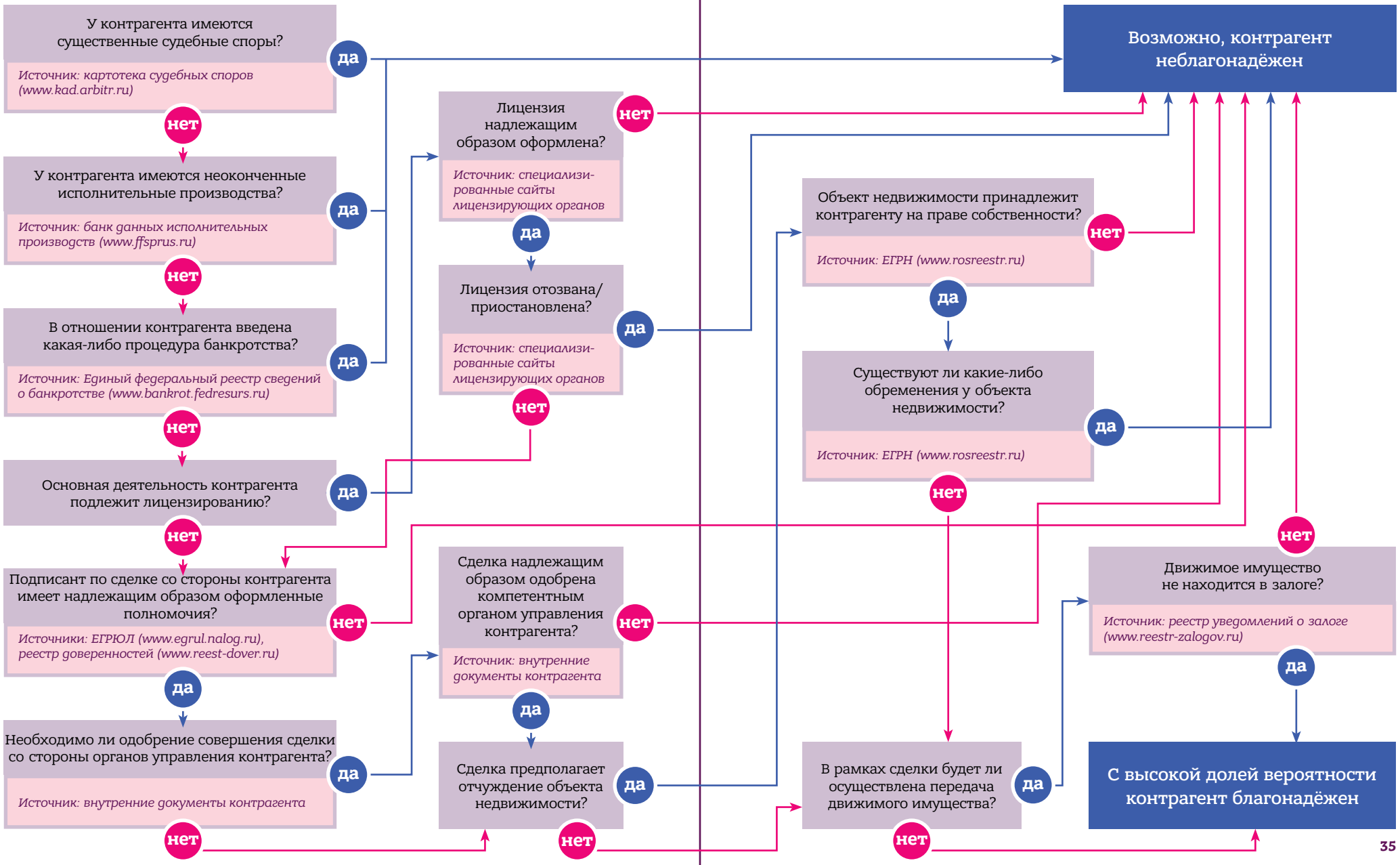
> *"...Судами также установлено, что Моторин А.Н. не запрашивал документов, подтверждающих полномочия на совершение юридически значимых действий со стороны должностных лиц контрагента (ООО "Интел"), не проверял полномочия лица, представлявшего интересы контрагента, то есть не проявил должной осмотрительности в пределах исполнения должностных полномочий."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 11.02.2016 по делу №А12-21914/2014)*

> *"Дзадзиевым А.С. заключены от имени должника сделки на крупные суммы с контрагентом, в отношении которого не только не проведена оценка деловой репутации, наличие у него необходимых ресурсов, но и не проверены полномочия лица, действовавшего от имени контрагента, при том, что информация о дисквалификации должностного лица контрагента являлась открытой и общедоступной – внесена в ЕГРЮЛ."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 24.08.2015 по делу №А12-3772/2014)*

Получение выписки из ЕГРЮЛ, подтверждающей только факт регистрации контрагента, не может являться достаточным подтверждением должной осмотрительности руководителя.

РИС. 7

КАК УБЕДИТЬСЯ В БЛАГОНАДЁЖНОСТИ КОНТРАГЕНТА?



ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...Контрагенты не имели штата сотрудников, не располагались по юридическому адресу, то есть не могли оказывать реальные услуги ООО "СМУ "Ремстрой". Однако, несмотря на указанные обстоятельства, должник перечислял таким контрагентам денежные средства за якобы выполненные работы и оказанные услуги, что прямо свидетельствует о том, что при выборе контрагентов руководитель должника Кузнецов С.В. не проявлял должной осмотрительности."

(Определение Верховного Суда РФ от 13.10.2016 по делу №А41-7686/2013)

"...Судами установлено, что должником в выборе спорных обществ в качестве контрагентов не исследовалась и не оценивалась их деловая репутация, платёжеспособность, риски неисполнения обязательств и предоставление обеспечения их исполнения, наличия у них необходимых условий для осуществления предпринимательской деятельности (управленческого или технического персонала, основных средств, производственных активов, складских помещений, транспортных средств)."

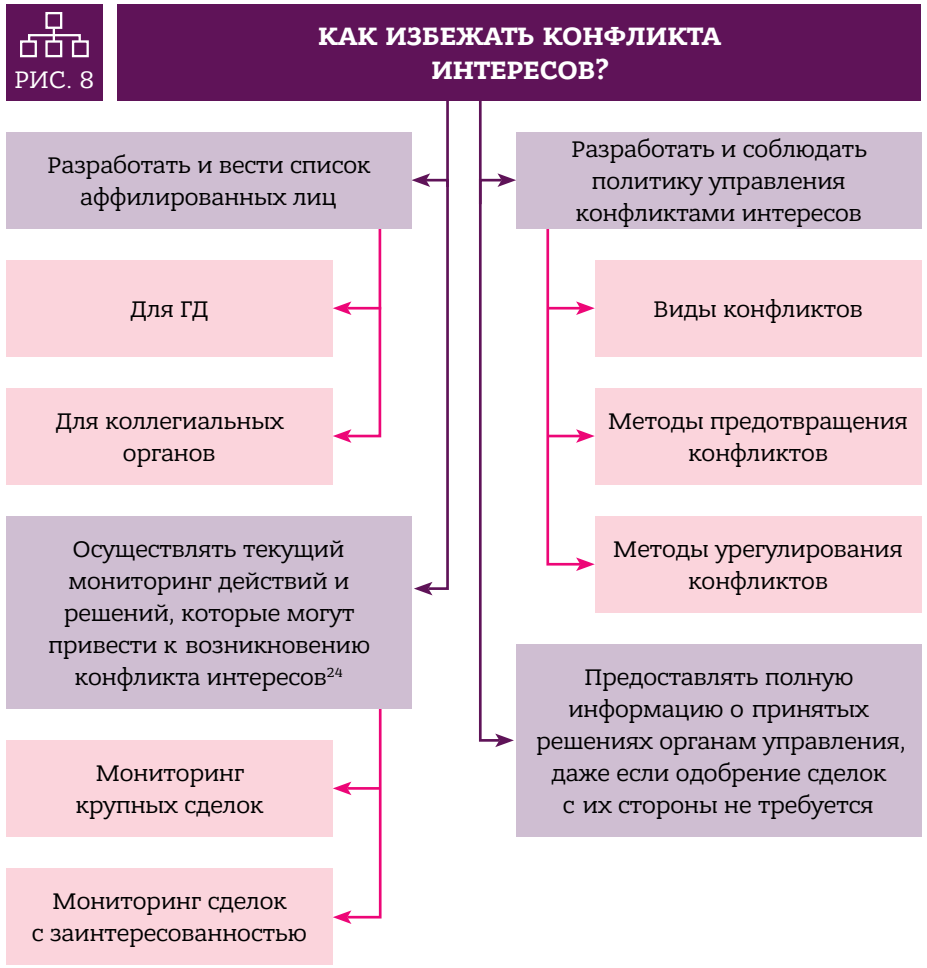
(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 28.11.2016 по делу №А40-140844/13)

"В ситуации, когда от действий руководителя ООО "Нефтетранс" зависела его безопасность, неисследование сведений, подтверждающих правоспособность ООО "Интел" как юридического лица, без проверки деловой репутации контрагента, его платёжеспособности, риска неисполнения обязательств и предоставления обеспечения их исполнения, наличия у контрагента необходимых ресурсов (производственных мощностей, квалифицированного персонала) и соответствующего опыта, являлось недостаточным и свидетельствовало об отсутствии в действиях общества должной осмотрительности."

(Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2015 по делу №А12-21914/2014)

2.2. КАКИЕ ДЕЙСТВИЯ ПРЕДПРИНЯТЬ, ЧТОБЫ ИЗБЕЖАТЬ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ?

РИС. 8



24 — При этом следует руководствоваться не только формальными критериями аффилированности, но и принимать во внимание иные факторы взаимосвязанности. Так, если член СД/его аффилированное лицо является наделённым управленческими полномочиями работником контрагента, но формально не входит в состав органов управления контрагента, то он также считается заинтересованным в сделке.

2.3. ЧТО ДЕЛАТЬ, ЕСЛИ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ НЕ УДАЛОСЬ ИЗБЕЖАТЬ?

Наиболее оптимальным решением является добровольный отказ или отстранение руководителя от участия в процессе принятия решений по вопросам, в отношении которых имеется конфликт интересов.

Если это невозможно, руководитель освобождается от ответственности, когда конфликт интересов был раскрыт, а действия руководителя были одобрены, поэтому необходимо:

- заблаговременно раскрыть возникший конфликт интересов;
- обосновать свои действия как разумные и осуществленные в рамках бизнес-практики компании;
- получить надлежащее одобрение действий органами управления компании.

2.4. НУЖНЫ ЛИ ВНУТРЕННИЕ ПРОЦЕДУРЫ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЙ В КОМПАНИИ И МОЖНО ЛИ ИХ НЕ СОБЛЮДАТЬ?

В целях распределения ответственности руководителю стоит предусмотреть порядок согласования сделки с различными подразделениями компании, на которых будут лежать соответствующие функции в рамках преддоговорного этапа (подробнее об этом см. следующий раздел). Например, согласование с юридическим отделом, бухгалтерией.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

...Договоры по участию президента общества в международных экономических форумах являлись сделками, совершёнными в процессе обычной хозяйственной деятельности данного общества, что о совершении этих сделок знал как главный бухгалтер общества, так и инвестиционный комитет, на котором впоследствии был заслушан и получил единогласное одобрение отчёт президента о результатах его участия в экономических форумах, и что отсутствуют доказательства личной заинтересованности

либо злоупотребления Ахатовым А.Г. своим служебным положением."

(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.11.2014 №Ф05-11497/2014 по делу №А40-164146/13)

Однако согласование с подразделениями компании не всегда будет являться безусловным основанием освобождения руководителя от ответственности. В некоторых случаях суды считают это недостаточным для соблюдения стандарта разумности и добросовестности, что следует учитывать при принятии решений.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"Наличие в компании определённой процедуры, предшествующей заключению сделки, согласование её с определённым кругом специалистов (отделов или работников общества), подписание акта выполненных работ иными уполномоченными на то лицами, о чём указывает ответчик, само по себе не является основанием для вывода о соблюдении лицом, являющимся органом управления юридического лица, обязанности действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно."

(Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.12.2013 по делу №А40-56721/2013)

Однако, наоборот, если в компании уже существует определённая процедура согласования решений, соблюдение её является необходимым. Пренебрежение этим правилом признаётся судами как проявление неразумности со стороны руководителя.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...В Обществе действует Положение "О договорной работе ОАО "Евразийский"...

[Положением] предусмотрены правила, согласно которым совершению сделки должны предшествовать проверка контрагентов, согласование условий совершаемой сделки с юридическим департаментом, департаментом по бухгалтерскому учёту и отчётности, департаментом планирования и контроля бюджетов...

...Суды пришли к обоснованному выводу о том, что спорная сдел-

ка по выдаче векселя была совершена ответчиком без соблюдения обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок."

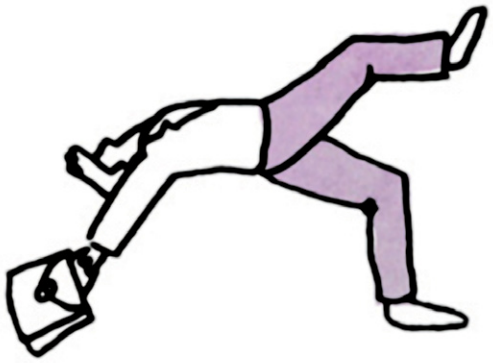
(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.06.2015 по делу №А40-112263/13)

Стоит заметить, что в редких случаях несоблюдение корпоративных процедур может привести к привлечению к ответственности руководителя. Например, в случаях, когда в компании распространена практика совершения требующих одобрения сделок без совершения соответствующих процедур одобрения, суды могут посчитать недостаточным для привлечения руководителя к ответственности один факт совершения сделки без одобрения.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

Так, в одном из дел суд не удовлетворил иск о взыскании убытков с директора, заключившего договоры аренды, которые являлись сделками с заинтересованностью. Суд указал, что договоры заключены для осуществления уставной деятельности общества, об их заключении было известно основному участнику общества, с которым аналогичные договоры заключались без получения согласия собрания, директор действовал в условиях обычного предпринимательского риска.

(Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 03.09.2015 по делу №А47-3429/2014)



2.5. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Итак, о чём необходимо позаботиться руководителю компании при заключении сделки?

1. Собрать всю доступную информацию, касающуюся предмета сделки:

→ для стандартного предмета сделки использовать информацию о стоимости аналогов из открытых источников или мнение специалиста;

→ для уникального предмета сделки требуется получить мнение специалиста: отчёт об оценке и/или заключение соответствующего подразделения компании.

2. Привлекать к сделке независимого оценщика, особенно при заключении существенных для компании сделок, при этом:

→ при выборе оценщика проверить его репутацию и опыт в соответствующей сфере оценки, а также упоминания о нём в судебных актах и на сайте СРО;

→ проверить полноту и достоверность отчёта об оценке, в том числе получить заключение об отчёте в СРО, в которой состоит оценщик, и/или получить рецензию на отчёт у другого оценщика.

3. Удостовериться в контрагенте и его способности исполнить сделку путём проверки:

→ наличия критериев ненадёжности контрагента, установленных ФНС России;

→ судебных споров с участием контрагента;

→ наличия исполнительных производств в отношении контрагента;

→ достоверности выданных лицензий контрагента;

- наличия введённой процедуры банкротства в отношении контрагента;
- полномочия лица, подписывающего договор;
- одобрения сделки органами контрагента;
- титула контрагента на предмет сделки и отсутствия обременений.

4. Постараться избежать конфликта интересов. Здесь поможет:

- разработка и ведение списка аффилированных лиц, причём как для общества, так и для генерального директора и членов коллегиальных органов;
- текущий мониторинг действий и решений, которые могут привести к возникновению конфликта интересов;
- разработка и тщательное соблюдение политики управления конфликтами интересов.

5. Если конфликта интересов не удалось избежать, то необходимо:

- заблаговременно раскрыть возникший конфликт интересов и при возможности отказаться от участия в принятии решения по вопросу с конфликтом интересов;
- при невозможности отказа от участия в принятии решения получить одобрение органов управления компании.

6. Согласовать свои действия с компетентными подразделениями компании (юристами, бухгалтерией, аналитиками и т.д.):

- если есть внутренний регламент – в соответствии с этим регламентом;
- если внутреннего регламента нет – путём получения заключения или, во всяком случае, подтверждения по электронной почте.

3. КАК ПОСТРОИТЬ СИСТЕМУ УПРАВЛЕНИЯ И ДОКУМЕНТООБОРОТА КОМПАНИИ, ЧТОБЫ МИНИМИЗИРОВАТЬ РИСК ОТВЕТСТВЕННОСТИ РУКОВОДИТЕЛЯ?

3.1. ЧТО ДЕЛАТЬ, ЧТОБЫ НЕ ОТВЕЧАТЬ ЗА ДЕЙСТВИЯ ВСЕХ РАБОТНИКОВ КОМПАНИИ?

В небольших компаниях с малым числом сотрудников вопрос разграничения ответственности стоит не очень остро, потому что обычно руководитель фактически полностью самостоятельно осуществляет руководство бизнесом. В силу нераспределённости полномочий и ответственности между звеньями компании на долю руководителя приходится гораздо больше вопросов управления. Поэтому представляется понятным, что в таком случае руководитель в ответе за всю деятельность компании.

В крупных же компаниях с разветвлённой системой управления руководители в большей мере занимаются стратегическими вопросами и, естественно, не могут отвечать за всю деятельность каждого подразделения и, тем более, каждого сотрудника. Во избежание повышенной степени ответственности в таких компаниях руководителям следует позаботиться об определённых мерах.

1. Создание подразделения по внутреннему контролю

Отслеживать соблюдение в компании порядка ведения деятельности и соответствие деятельности законодательству должно специальное подразделение компании.

РИС. 9

ФУНКЦИИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЯ КОМПАНИИ ПО ВНУТРЕННЕМУ КОНТРОЛЮ

Проверка эффективности и целесообразности использования ресурсов	Проверка обеспечения надёжности и целостности бизнес-процессов и информационных систем, в том числе надёжности процедур противодействия противоправным действиям и коррупции	Проведение анализа соответствия целей бизнес-процессов, проектов и структурных подразделений целям компании
Определение адекватности критериев, установленных исполнительными органами для анализа степени достижения поставленных целей	Проверка соблюдения требований законодательства, устава и внутренних документов общества	Проверка обеспечения сохранности активов
Проверка обеспечения достоверности бухгалтерской (финансовой), статистической, управленческой и иной отчётности	Оценка результатов внедрения и реализации мероприятий по устранению нарушений, недостатков и совершенствованию системы внутреннего контроля	Выявление недостатков системы внутреннего контроля, которые не позволяют обществу достичь поставленных целей

2. Распределение полномочий и должностных обязанностей

На практике нередко встречается ситуация, когда руководителя компании привлекают к ответственности за действия его подчинённых или назначенных им представителей. Но должен ли руководитель отвечать за действия нижестоящих руководителей подразделений или за неудачный выбор сотрудников и представителей? Ведь он не может выполнять обязанности всех сотрудников компании или контролировать каждое их действие.

В некоторых случаях риск привлечения к ответственности руководителя может существовать. Но, как правило, добросовестному руководителю бояться нечего, т.к. случаев привлечения к ответственности за неразумный наём сотрудников пока нет.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"Учитывая масштаб деятельности общества, в настоящем случае нельзя утверждать о безусловной ответственности единоличного исполнительного органа за неправомерные действия бухгалтерской службы... Имеющиеся нарушения при ведении организацией бухгалтерского учёта при отсутствии вышеназванных доказательств не свидетельствуют о наличии оснований для привлечения единоличного исполнительного органа к ответственности."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.08.2015 №Ф04-20765/2015 по делу №А27-12161/2014)*

> *"...Судами верно отмечено, что в обоих случаях нарушения действующего законодательства явились следствием ошибки конкретного исполнителя, которые действовали в соответствии со своими должностными обязанностями. Обязанности генерального директора определены Уставом общества, Законом "Об акционерных обществах", а также трудовым договором. Генеральный директор не выполняет обязанностей всех работников организации, не может контролировать каждое их действие."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.04.2016 по делу №А40-114764/15)*

Недобросовестным же может являться, например, принятие на работу своего родственника или товарища, впоследствии совершившего

грубейшие нарушения, или предоставление доверенности с таким объёмом полномочий, который не поддаётся разумному объяснению.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...Засорина О.С. после прекращения её полномочий руководителя общества действовала под контролем ликвидатора Артемьевой О.В., которая своим приказом от 19.09.2013 приняла решение о недобросовестной ликвидации общества и одновременно назначила Засорину О.С. исполняющей обязанности руководителя общества на период его ликвидации. При этом Артемьева О.В. не представила доказательств надлежащего контроля за действиями Засориной О.С. или воспрепятствования совершению Засориной О.С. действий по списанию товаров и дебиторской задолженности. Напротив, инвентаризация имущества и обязательств общества в связи с его ликвидацией являлись прямой обязанностью ликвидатора. Поэтому Артемьева О.В. не могла не знать существа совершённых Засориной О.С. действий по списанию активов и фактически одобрила действия Засориной О.С...."
(Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.10.2016 по делу №А70-6942/2014)

"...Ответчик выдал Волкову Н.В. доверенность с объёмом полномочий, фактически равным своим. В отсутствие какого-либо обоснования подобные действия единоличного исполнительного органа, не обусловленные характером и масштабом хозяйственной деятельности общества, не могут быть признаны разумными, то есть соответствующими обычной деловой практике."
(Постановление Президиума ВАС РФ от 21.01.2014 по делу №А12-13018/2011)

Снизить риск ответственности руководителя за действия его сотрудников, например, за нарушение ими закона при исполнении должностных обязанностей, поможет детальная разработка трудовых договоров и должностных инструкций, чётко характеризующих обязанности и зоны ответственности работников, а также подготовка положений о каждом или о ключевых департаментах компании.

3.2. КАКАЯ ВНУТРЕННЯЯ ДОКУМЕНТАЦИЯ НЕОБХОДИМА В КОМПАНИИ?

С точки зрения оценки соблюдения обязанностей руководителем можно выделить 2 вида внутренних документов:

- внутренние регламенты, утверждённые общим собранием участников /акционеров или советом директоров;
- внутренние регламенты, утверждённые руководителем и соответствующие обычной бизнес-практике.

Соблюдение руководителем таких регламентов при принятии решений и совершении сделок существенно снижает риск привлечения его к ответственности.

РИС. 10

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...Судами сделан правильный вывод, что общество, вступая во взаимоотношения с ООО "Биолад", действовало без должной осмотрительности и осторожности, не осуществляя предварительную проверку добросовестности контрагента; в организации отсутствует какой-либо внутренний локальный акт по организации и совершенствованию преддоговорной работы с потенциальными контрагентами, в котором указывались бы её цели, обозначены принципы деятельности и взаимодействия менеджеров, служб снабжения и безопасности, юристов и других должностных лиц..."

(Постановление ФАС Московского округа от 23.05.2013 по делу №А40-98947/12-140-714)

3.3. КАКИМИ СОГЛАШЕНИЯМИ МОЖНО ОГРАНИЧИТЬ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ РУКОВОДИТЕЛЯ?

РИС. 11

Договор страхования ответственности руководителя

Верным решением будет застраховать ответственность руководителя, что надёжно обеспечит защиту его имущественных интересов в случае инициирования иска против него. Договор страхования ответственности покрывает ущерб, причинённый в результате недобросовестных или неразумных управленческих решений, за исключением случаев уголовной ответственности, а также расходы на защиту и услуги различных специалистов.

Кроме того, наличие договора страхования ответственности руководителя является стандартной практикой во всех международных компаниях и будет немаловажным фактором при привлечении независимых директоров, необходимых для повышения уровня корпоративного управления в компании.

Соглашения об ограничении ответственности руководителя

Обновлённое гражданское законодательство (п. 5 ст. 53.1 ГК РФ) позволяет ограничить ответственность руководителя при наличии двух условий:

- общество должно быть непубличным;
- ответственность можно ограничить лишь за неразумные действия.

Ответственность руководителя может быть ограничена как путём включения соответствующего положения в устав компании, так и путём заключения соглашения между компанией и руководителем.

РИС. 12

СОГЛАШЕНИЕ ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ (П. 5 СТ. 53.1 ГК)

Вид освобождения от ответственности за неразумные действия: полное или частичное

Условия освобождения руководителя от ответственности за неразумные действия (например, при одобрении его действий советом директоров или общим собранием участников/акционеров)

Неразумные действия руководителя, ответственность за которые не может быть исключена ни при каких условиях

Условия, предполагающие прекращение действия соглашения при наступлении определённых обстоятельсв

Конкретные обязанности руководителя

Условие об обязательном страховании ответственности руководителя

Действия руководителя, которые предполагаются неразумными

Принятие решения без учёта известной и имеющей значение для сделки информации

Неполучение требуемой информации

Несоблюдение внутренних процедур компании

Неразумный выбор работников и контрагентов компании

Ненадлежащий контроль за действиями работников

Ненадлежащая организация системы управления компанией

Соглашения о возмещении возможных расходов или ущерба по иностранному праву

Ещё одним вариантом ограничения ответственности руководителя могут выступать соглашения о возмещении возможных расходов или ущерба (так называемые Deeds of Indemnity), заключаемые между руководителем и участниками / акционерами компании и покрывающие убытки в связи с любыми действиями, разбирательствами, требованиями, которые могут возникнуть в связи с выполнением должностных обязанностей руководителя компании.

Следует учитывать, что такие соглашения необходимо подчинять иностранному (как правило, английскому) праву, для чего необходимо наличие иностранного элемента. Например, такое соглашение можно заключить между руководителем — гражданином РФ и иностранным участником / акционером компании.

Такие соглашения могут предусматривать определённый лимит ответственности или быть без указания лимита и, как правило, они покрывают убытки сверх страховой суммы по договору страхования ответственности руководителя.

3.4. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Подведём итог. Как правильно организовать систему управления и документооборота компании для целей минимизации риска ответственности руководителя?

1. Снизить риск ответственности руководителя за действия работников компании возможно, если:

→ создать специальное подразделение по внутреннему контролю за соблюдением в компании внутреннего порядка и законодательства при ведении деятельности;

→ чётко распределить полномочия, должностные обязанности и зоны ответственности сотрудников.

2. Защитить руководителя от ответственности может следование внутренним документам компании, желательно утверждённым общим собранием участников / акционеров или советом директоров. В числе таких документов рекомендуется принять:

→ положение о департаментах с чётким закреплением функциональных обязанностей и зон ответственности;

→ политику по выявлению, предотвращению и управлению конфликтами интересов;

→ положение об организации преддоговорной работы с контрагентами с указанием порядка взаимодействия различных служб компании и документов, необходимых для проверки контрагентов;

→ отдельные приказы о проверке конкретного контрагента для последующего подтверждения своей добросовестности и разумности руководителем;

→ кодекс корпоративной этики.

3. Ответственность руководителя также возможно ограничить заключением следующих договоров:

→ договор страхования ответственности руководителя;

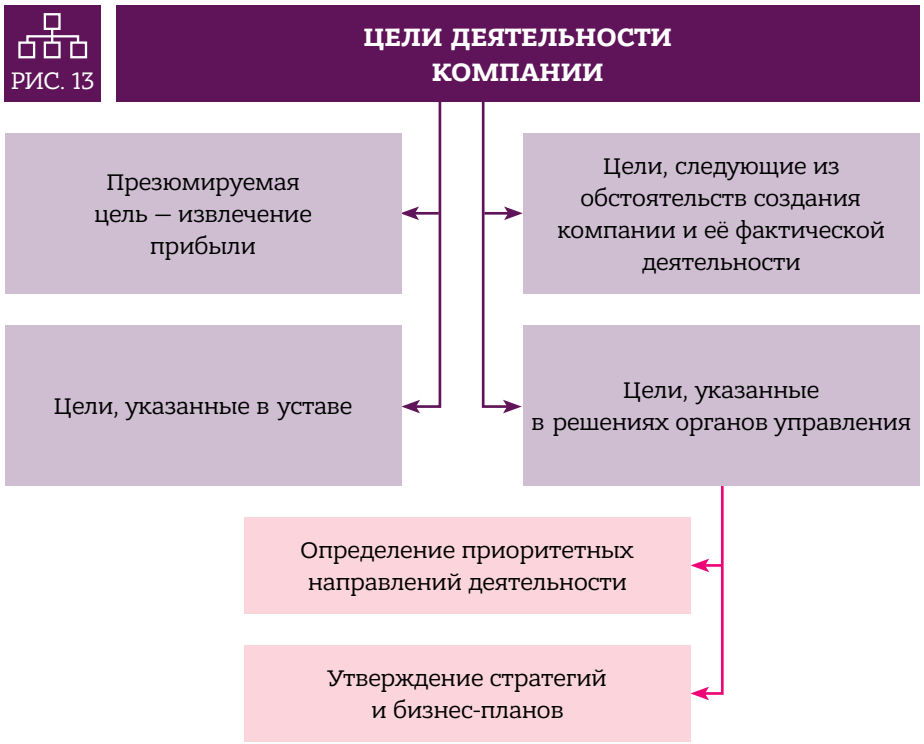
→ соглашение об ограничении ответственности руководителя в порядке п. 5 ст. 53.1 ГК РФ;

→ соглашение о возмещении возможных расходов или ущерба (Deeds of Indemnity).

4. КАКИЕ ЕЩЁ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ОСВОБОЖДАЮТ РУКОВОДИТЕЛЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УБЫТКИ КОМПАНИИ?

4.1. КАК МОЖНО ИСПОЛЬЗОВАТЬ ЦЕЛЬ СОЗДАНИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОМПАНИИ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ?

РИС. 13



Несмотря на то, что любая коммерческая организация по своей природе должна преследовать в качестве своей цели извлечение прибыли, в реальности часто компании учреждаются для удовлетворения текущих потребностей контролирующих лиц и имеют скорее технический характер. Так компания может быть создана для целей держания титула на активы контролирующего лица, обеспечения содержания имущества, выполнения каких-либо организационных задач в рамках проекта и др.

В некоторых случаях отдельные экономически необоснованные действия руководителя не считаются противоречащими интересам компании. Например, предоставление руководителем от имени компании беспроцентных займов другим компаниям несмотря на отсутствие какой-либо выгоды при распределении активов внутри группы компаний.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"...Использование льготных ставок при внутрихолдинговом заёмном финансировании является экономически целесообразным. Предоставление займов компаниям, входящим в единый холдинг, является обычной хозяйственной операцией для материнской компании и соответствует её целям...*
>
> *При перечислении денежных средств между организациями, входящими в одну группу компаний, к тому же публикующую консолидированную финансовую отчётность в целях привлечения инвесторов, целью является не извлечение прибыли материнской компанией за счёт увеличения издержек дочерних компаний, а управление капиталовложениями и распределение финансовых средств в целях обеспечения прибыльности всего холдинга, как единой системы...*
>
> *Ответчик действовал в интересах истца, осуществляющего управление группой компаний "АРМАДА".*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2016 №Ф05-3382/2015 по делу №А40-164985/14)*

Суды могут отказать в иске к руководителю, даже если его действия привели к неблагоприятным экономическим последствиям для компании, если руководитель во время совершения таких действий являлся единственным участником компании, либо если невыгодная для компании сделка была совершена с контрагентом, подконтрольным тому же лицу, что и компания руководителя.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...При заключении договоров в рамках одной группы хозяйствующих субъектов не возникает сомнений в заключении договоров на заведомо невыгодных для одной из сторон условиях, поскольку группа взаимосвязанных хозяйствующих субъектов имеет общий экономический интерес и может выступать в хозяйственном обороте в качестве единого субъекта."

(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.09.2016 по делу №А40-166186/14)

4.2. ОСВОБОЖДАЕТ ЛИ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОДОБРЕНИЕ УЧАСТНИКАМИ / АКЦИОНЕРАМИ ИЛИ КОЛЛЕГИАЛЬНЫМИ ОРГАНАМИ УПРАВЛЕНИЯ КОМПАНИИ?

Руководитель не может быть признан действовавшим в интересах юридического лица, если он действовал в интересах одного или нескольких его участников, но в ущерб компании.

Может ли действие директора противоречить интересам компании, если это действие было одобрено единственным участником или единогласно всеми участниками? Определённого ответа на этот вопрос в практике нет. Некоторые суды разумно исходят из того, что компания – это её участники, а, следовательно, мнение всех участников или единственного участника не может противоречить интересам компании. Некоторые же суды, следуя формализму, ссылаются на п. 7 Постановления №62, согласно которому одобрение сделки, причинившей убытки, советом директоров или участниками и даже факт дачи указаний со стороны этих лиц на совершение сделки не освобождают директора от ответственности.

ПРИМЕРЫ ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"Спорное решение о продаже векселей Чубко Е.Н. по цене, составляющей 10% от их номинальной стоимости, было принято самим обществом в лице его единственного участника Чепика М.П., по воле самого ООО "Машкомплект-Регион", поскольку все действия общества, как любого юридического лица, опосредованы и заключаются в реализации решений его участников, и поскольку Чепик М.П. являлся единственным участником ООО "Машкомплект-Регион" во время принятия решения о реализации векселей, то его действия не могли противостоять интересам общества, решение о реализации векселей с дисконтом принято самим обществом..."

(Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2016 по делу №А33-17413/2014)

"Довод заявителя о том, что вина директора в неисполнении налоговых обязательств отсутствует, поскольку Колтуненко А.А. неоднократно обращался к Лужникову В.Б., являющемуся учредителем юридического лица, о возможных последствиях несвоевременной уплаты налогов суд кассационной инстанции находит несостоятельным.

В соответствии с разъяснениями, изложенными в пункте 7 Постановления Пленума №62, не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что действие директора, повлекшее для юридического лица негативные последствия, связано с исполнением им указаний учредителя, поскольку директор несёт самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно."

(Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 25.01.2017 по делу №А78-6638/2014)

Однако иногда суды отказывают в исках к руководителям как раз в связи с наличием одобрения сделки советом директоров или общим собранием участников, а в редких случаях — исходя из презумпции знания участников о сделке через ознакомление с годовыми бухгалтерскими отчётами в отсутствие процедуры одобрения.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...Участники общества должны были знать о заключении указанных сделок обществом, поскольку участники общества утверждали годовые бухгалтерские балансы общества на общих собраниях участников общества.

Вместе с тем, договоры займа не были оспорены участниками общества, в том числе правопредшественником истца...

При этом доводы заявителя о том, что он приобрёл долю в Обще-

стве только в 2015 году, в связи с чем не мог знать о совершении указанных сделок, кассационная коллегия считает несостоятельными, поскольку заявитель, действуя разумно и осмотрительно при вступлении в общество, должен был ознакомиться с бухгалтерскими документами общества."

(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.05.2016 по делу №А40-193272/2015)

Одобрение участниками, как правило, не освобождает руководителя от ответственности, но может быть учтено судом. Шансы на то, что суд примет во внимание одобрение участниками, повышаются при наличии следующих обстоятельств:

- высокая степень информированности участников о рисках при принятии решения;
- обычная для компании практика контроля участниками при принятии иных (аналогичных) решений (руководитель является номинальным);
- отсутствие убытков для иных участников, не одобрявших действие.

С учётом изложенного рекомендуется хранить все уведомления о рисках определённых действий, направленные руководителем участникам, а также все письменные указания участников, адресованные руководителю, или завизированные участниками документы.

Для обеспечения прозрачности принятия решений советом директоров об одобрении действий руководителя желательно вести и хранить наряду с протоколами стенограммы заседаний совета директоров, фиксирующие позицию каждого члена совета директоров по вопросам повестки дня.

4.3. МОЖНО ЛИ ПРИВЛЕЧЬ УЧАСТНИКА КОМПАНИИ К СОЛИДАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ С РУКОВОДИТЕЛЕМ?

В п. 7 Постановления №62 указано, что лица, одобрившие сделки или давшие указания, могут быть привлечены к солидарной ответственности.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"...За негативные последствия (убытки), наступившие для Общества, от сделок, заключённых директором с одобрения коллегиальным органом управления (в том числе высшим), указанные лица солидарно отвечают перед Обществом."

(Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.10.2015 по делу №А56-85928/2014)

В случае одобрения сделки членами совета директоров вопроса о возможности привлечения их к солидарной ответственности не возникает. Они являются членами органа управления и также обязаны действовать в интересах компании разумно и добросовестно. При этом освобождаются от ответственности члены коллегиального органа:

- голосовавшие против решения, которое повлекло причинение обществу или акционеру убытков;
- не принимавшие участия в голосовании (при условии добросовестности).

Но применяется ли это положение к одобрению общим собранием участников или акционеров или к одобрению единственным участником? В этом вопросе позиция судов неоднозначна. В некоторых делах суды считают неприменимыми к ситуациям положения о солидарной ответственности участника за убытки, причинённые руководителем.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

"Спорное решение о продаже векселей ОАО "Машкомплект" по цене в 10 раз ниже их номинала было принято единственным участником ООО "Машкомплект-Регион" Чепиком М.П., арбитражные суды пришли к правильному выводу об отсутствии оснований для применения вышеуказанных норм, поскольку положениями закона, регулирующими ответственность участников общества с ограниченной ответственностью при осуществлении ими своих корпоративных обязанностей, не предусмотрена возможность взыскания убытков с участника общества."

(Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2016 по делу №А33-17413/2014)

Другие суды, напротив, исходя из одного факта одобрения, привлекают участника к ответственности наряду с руководителем.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"С учётом разъяснений, изложенных в пункте 7 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 №62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица", суды исходя из доказанности факта одобрения сделки Тузковой Л.С. указали на солидарную ответственность ответчика и учредителя перед обществом за убытки, причинённые сделкой."*
>
> *(Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 03.12.2014 по делу №А03-19492/2011)*

4.4. УЧИТЫВАЕТСЯ ЛИ СВЯЗЬ С ДРУГИМИ РЕШЕНИЯМИ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ УБЫТОЧНОСТИ ДЕЙСТВИЙ ДИРЕКТОРА?

Директор освобождается от ответственности, если докажет, что заключённая им сделка хотя и была сама по себе невыгодной, но являлась частью взаимосвязанных сделок, объединённых общей хозяйственной целью, в результате которых предполагалось получение выгоды юридическим лицом. Он также освобождается от ответственности, если докажет, что невыгодная сделка заключена для предотвращения ещё большего ущерба интересам юридического лица.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ:

> *"...Анализ фактических обстоятельств дела, подтверждённых документально (отчётом об оценке ВОЛС, протоколом общего собрания участников, договором купли-продажи и договором аренды), свидетельствует об отсутствии оснований полагать, что, заключая договор аренды основных средств..., Зотов Н.Г. действовал вопреки интересам общества. Напротив, условия указанного договора аренды ... позволили обществу сэкономить на приобретении актива стоимостью 287 000 000 рублей денежные средства в сумме 275 118 638 рублей. То есть, в результате его заключения какие-либо убытки у общества не возникли."*
>
> *(Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 12.12.2016 по делу №А43-26823/2015)*

4.5. КАКИЕ СПЕЦИАЛЬНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ОСВОБОЖДЕНИЯ ЛИБО УМЕНЬШЕНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ КОНТРОЛИРУЮЩЕГО ЛИЦА ПРЕДУСМОТРЕНЫ ЗАКОНОМ О БАНКРОТСТВЕ?

В контексте "вскрытия корпоративных покровов" в судебной и налоговой практике закрепилось понятие "номинального директора". Номинальный директор — это лицо, которое формально входит в состав органов юридического лица, но не осуществляет фактического контроля, а действует по указанию иного лица.

Банкротное законодательство предусмотрело основания для освобождения номинального директора от субсидиарной ответственности.

По общему правилу, номинальный директор не освобождается от ответственности и привлекается к субсидиарной ответственности наряду с "фактическим директором" солидарно. На данное обстоятельство прямо обратил внимание Верховный суд РФ.

Арбитражный суд вправе уменьшить размер или полностью освободить от субсидиарной ответственности номинального директора, если благодаря предоставленным этим лицом сведениям установлено фактически контролировавшее должника лицо и / или обнаружено скрывавшееся последним имущество должника и / или контролирующего лица.

По мнению законодателя и налоговых органов, предоставление данной возможности номинальным руководителям финансово мотивирует их представлять суду доказательства, раскрывающие схему вывода имущества должника и подтверждающие наличие статуса контролирующего лица у иного лица, а также сведения об имуществе должника и/или контролирующего лица. Такой стимулирующий механизм защищает интересы кредиторов, которые получают преимущество от того, что номинальные руководители, действуя в своих интересах (уменьшая размер субсидиарной ответственности), содействуют наиболее полному погашению долга.

> *ВАЖНО! Чтобы снизить размер или исключить привлечение к субсидиарной ответственности, номинальному руководителю недостаточно просто указать на лицо, фактически осуществлявшее контроль над должником, и предоставить соответствующие дока-*

зательства статуса контролирующего лица. Без предоставления сведений, которые реально поспособствуют принятию судебного акта в отношении контролирующего лица и его исполнению (без наступления реальных материально-правовых последствий), снижение размера субсидиарной ответственности или освобождение от неё невозможно.

Следует обратить внимание на то, что в случае уменьшения размера субсидиарной ответственности номинального руководителя фактический руководитель несёт субсидиарную ответственность в полном объёме. В той части, в которой ответственность номинального руководителя не была уменьшена, он отвечает солидарно с фактическим руководителем.

4.6. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Обобщим доказательства, которые руководитель может привести для избежания ответственности?

1. Необходимо обратить внимание на цель создания и деятельности компании. Привлечения к ответственности можно избежать, если доказать соответствие даже убыточных действий целям и интересам компании, поскольку не все коммерческие организации создаются или совершают определённые сделки для извлечения прибыли.

2. Одобрение участниками / акционерами, по общему правилу, не освобождает руководителя от ответственности, но может быть учтено судом, для чего рекомендуется сохранять следующие документы или их копии:

- уведомления о рисках определённых действий, направленные руководителем участникам / акционерам (поможет доказать информированность участников / акционеров о рисках при принятии решения);

- письменные указания участников / акционеров, адресованные руководителю, или завизированные участниками / акционерами документы (поможет доказать номинальный характер руководителя).

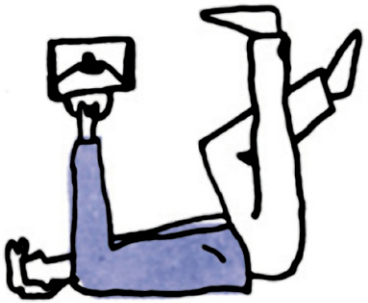
3. Наличие одобрения может уменьшить размер ответственности руководителя, поскольку все одобрившие лица могут быть привлечены к ответственности солидарно.

4. Руководитель освобождается от ответственности, если докажет, что повлёкшие убытки действия находятся во взаимосвязи с другими действиями, принёсшими прибыль обществу или предотвратившими ещё больший ущерб.

5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Тенденция к увеличению случаев привлечения к имущественной ответственности руководителей компаний свидетельствует о том, что ни одному руководителю в настоящее время нельзя пренебрегать этим риском в своей деятельности.

Приведённые рекомендации позволят минимизировать этот риск. При этом большую роль играет не только и не столько формальное соблюдение рекомендаций, сколько качество и профессионализм реализации рекомендованных действий.



ПРИЛОЖЕНИЕ 1

ЧЕК-ЛИСТ РУКОВОДИТЕЛЯ ПРИ ПРИНЯТИИ РЕШЕНИЯ

№	Действие	√
	Проверка экономической обоснованности	
1.	**Собрать всю доступную информацию о предмете сделки**	
1.1.	Предмет сделки стандартный => используется информация о стоимости аналогов из открытых источников или мнение специалиста	
1.2.	Предмет сделки уникальный => требуется мнение специалиста: → отчёт об оценке ***и/или***	
	→ заключение соответствующего подразделения компании	
2.	**Привлечь независимого оценщика при наличии целесообразности**	
2.1.	Выбрать оценщика: → проверить репутацию и опыт в соответствующей сфере оценки	
	→ проверить упоминания в судебных актах и на сайте СРО	
2.2.	По результатам оценки проверить полноту и достоверность отчёта об оценке: → проверить соблюдение формальных требований стандартов оценки	
	→ получить заключение об отчёте в СРО, в которой состоит оценщик	
	→ получить рецензию на отчёт у другого оценщика	

№	Действие	√
	Проверка контрагента	
1.	Проверить наличие критериев ненадёжности контрагента, установленных ФНС России	
2.	Проверить судебные споры	
3.	Проверить исполнительные производства	
4.	Проверить достоверность лицензий	
5.	Проверить сообщения о банкротстве	
6.	Проверить полномочия представителя контрагента	
7.	Проверить необходимость одобрения сделки органами управления контрагента	
8.	Проверить титул контрагента на предмет сделки и отсутствие обременений	
	Действия при конфликте интересов	
1.	Заблаговременно раскрыть конфликт интересов	
2.	Если возможно => отказаться от участия в процессе принятия решений по вопросу с конфликтом интересов	
3.	Если отказ от участия в принятии решений невозможен => получить одобрение действий органами управления компании	
	Соблюдение внутренних процедур компании	
1.	При наличии регламентов => обеспечить соблюдение соответствующих внутренних процедур принятия решения	
2.	При отсутствии регламентов => получить заключение компетентного подразделения компании или, по крайней мере, получить подтверждение решения по электронной почте	

Юристы NSP имеют значительный опыт консультирования, а также представления интересов клиентов в судах различных инстанций по вопросам ответственности руководителей как на стороне истца, так и на стороне ответчика.

Мы будем рады поделиться нашим опытом в этой сфере и оказать Вам соответствующую помощь:

- разработка внутренних документов компании (положений, регламентов) и договоров;
- юридическая проверка сделок общества и подготовка меморандума о перспективах и рисках оспаривания сделок;
- сопровождение судебного процесса по привлечению руководителя к ответственности, включая разработку индивидуальной процессуальной стратегии, сбор доказательств, подготовку всех необходимых процессуальных документов, представление интересов клиента в судебных заседаниях;
- внесудебное урегулирование споров о привлечении руководителя к ответственности.

Александр Некторов
Управляющий партнёр, адвокат
alexander.nektorov@nsplaw.com

Роман Макаров
Партнёр
roman.makarov@nsplaw.com

Ангелина Скоробогатько
Старший юрист
angelina.skorobogatko@nsplaw.com

Надежда Минина
Юрист, адвокат
nadezhda.minina@nsplaw.com

Виталий Силин
Юрист
vitaly.silin@nsplaw.com

Арам Григорян
Юрист
aram.grigoryan@nsplaw.com

Присылайте ваши вопросы по указанным выше адресам или звоните по номеру московского офиса:
+7 495 646 81 76