

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Трехступенчатый тест для оценки обоснованности привлечения к субсидиарной ответственности в банкротном споре

Борисенко Дмитрий Романович

Руководитель проектов адвокатского бюро «Прайм Эдвайс Санкт-Петербург»

Терещенко Татьяна Алексеевна

Кандидат юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), руководитель аналитического отдела адвокатского бюро «Прайм Эдвайс Санкт-Петербург», адвокат, FCI Arb, арбитр Международного арбитража IUS, Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, Ассоциации участников по содействию в развитии третейского разбирательства

Судебная практика последних лет демонстрирует преобладание прокредиторского подхода при рассмотрении споров о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. В то же время осенью 2021 года Верховный Суд Российской Федерации вынес несколько определений, которые дают надежду профессиональному и бизнес-сообществу на смягчение вектора развития института субсидиарной ответственности.

Настоящая статья посвящена анализу позиции Верховного Суда Российской Федерации, сформулированной в определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 10.11.21 № 305-ЭС19-14439(3-8) по делу № А40-208852/2015, относительно условий привлечения к субсидиарной ответственности.

Анализируя такие критерии, как «существенность влияния», «масштаб последствий», «инициатива», авторы проводят параллели с существующей судебной практикой и высказывают мнение о том, что выводы Верховного Суда Российской Федерации способны оказать поворотное влияние на институт привлечения к субсидиарной ответственности в пользу поиска баланса интересов кредиторов и контролирующих должника лиц.

Ключевые слова: контролирующие должника лица, Верховный Суд Российской Федерации, субсидиарная ответственность, банкротный спор, трехступенчатый тест для целей привлечения к субсидиарной ответственности.

Введение

Судебная практика последних лет демонстрирует преобладание прокредиторского подхода при рассмотрении споров о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. По данным Статистического бюллетеня Единого федерального реестра сведений о банкротстве, соотношение между количеством поданных и удовлетворенных заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности неуклонно растет. По состоянию на первое полугодие 2021 года это соотношение составило 49% (для сравнения — в первом полугодии 2020 года данный показатель составлял 31%), то есть удовлетворяется практически каждое второе заявление о привлечении к субсидиарной ответственности. На этом фоне также наблюдается и увеличение количества поданных заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности: в среднем начиная с 2018 года количество поданных заявлений растет от 8 до 16% в год даже с учетом ограничений работы судов в связи с эпидемией коронавируса.

В то же время осенью 2021 года Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) вынес несколько определений, которые дают надежду профессиональному и бизнес-сообществу на смягчение вектора развития института субсидиарной ответственности. Речь идет о трех судебных спорах, в рамках которых были отменены судебные акты о привлечении к субсидиарной ответственности бывших топ-менеджеров банков: *определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 07.10.21 № 305-ЭС18-13210(2) по делу № А40-252160/2015*¹ (банкротство банка «Балтика»), *от 10.11.21 № 305-ЭС19-14439(3-8) по делу № А40-208852/2015* (банкротство банка «Гринфилд») и *от 17.11.21 № 305-ЭС17-7124(6) по делу № А41-90487/2015* (банкротство банка «Богородский муниципальный банк»).

¹ Все приведенные в статье судебные акты содержатся в СПС «КонсультантПлюс».

ВС РФ заложил вектор развития практики в пользу баланса интересов кредиторов и контролирующих должника лиц
--

Настоящая статья посвящена одному из таких дел, выводы по которому, по нашему мнению, способны оказать поворотное влияние на сложившуюся судебную практику.

Позиция ВС РФ о трех критериях для привлечения к субсидиарной ответственности

В частности, речь идет о банкротстве банка «Гринфилд» (*определение от 10.11.21 № 305-ЭС19-14439(3-8)*). Названное дело примечательно позицией ВС РФ относительно условий привлечения к субсидиарной ответственности в контексте следующих обстоятельств.

... Конкурсный управляющий заявил о привлечении к субсидиарной ответственности менеджеров банка. Заявитель указал на совершение (инициирование либо одобрение) ответчиками сделок, в том числе по выдаче ссуд техническим заемщикам.

В процессе рассмотрения спора судами были приняты следующие решения:

— определением суда первой инстанции к субсидиарной ответственности были привлечены два заместителя председателя правления, два члена правления и три члена совета директоров;

— суд апелляционной инстанции определение суда первой инстанции отменил, сославшись на материалы уголовного дела, в рамках которого установлено, что лица, числившиеся участниками и сотрудниками, контролировали банк лишь номинально, а в реальности деятельность банка контролировали фактические бенефициары; лица, формально являющиеся сотрудниками банка, не могли оказывать влияния на принятие решений и заключение сделок от имени должника; с момента смены собственников банка и перехода контроля к фактическим бенефициарам заседания совета директоров и правления не проводились, а выписки из протоколов заседаний правления и совета директоров, копии которых представлены в материалы дела, были изготовлены для того, чтобы создать видимость одобрения сделок органами управления должника;

— суд округа отменил постановление апелляционного суда, согласившись с выводами суда первой инстанции.

ВС РФ не поддержал позицию, занятую судом первой инстанции, и указал, что при установлении того, *повлекло ли поведение ответчиков банкротство должника, необходимо учитывать совокупность факторов и использовать трехступенчатый тест (совокупность критериев)*.

В частности:

1) *критерий № 1: существенность влияния*

Речь идет о наличии у ответчика возможности оказывать именно существенное влияние на деятельность должника. Практически это означает, что из круга потенциальных ответчиков подлежат исключению рядовые сотрудники, менеджмент среднего звена, миноритарные акционеры и т. д. (которые по формальным признакам могут оказаться в числе потенциально ответственных лиц),

если формальный статус этих лиц соответствует их фактической роли и выполняемым функциям;

2) *критерий № 2: масштабность последствий в результате существенного влияния*

По мнению ВС РФ, объективная оценка ситуации включает обстоятельное выяснение того, привела ли или приведет реализация ответчиком соответствующих полномочий к негативным для должника и его кредиторов последствиям. При этом важна количественная и качественная оценка подобных последствий, учитывая, что в процессе осуществления коммерческой деятельности финансовые потери неизбежны. Поэтому *масштаб негативных последствий должен соотноситься с масштабами деятельности должника, то есть необходимо учитывать, способен ли масштаб этих негативных последствий кардинально изменить структуру имущества должника и превратить ее в качественно иное — банкротное — состояние*. В этом смысле не могут быть признаны в качестве оснований для субсидиарной ответственности действия по совершению хоть и не выгодных, но несущественных по своим размерам и последствиям для должника сделок;

3) *критерий № 3: инициатива*

Ответчик должен являться инициатором (соучастником) такого поведения и (или) потенциальным выгодоприобретателем возникших в связи с этим негативных последствий (пункты 3, 16, 21, 23 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.17 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»). Иначе говоря, необходимо выражение воли на соответствующие операции.

С учетом сформулированной совокупности критериев при разрешении вопроса о привлечении к субсидиарной ответственности в рамках дела о банкротстве банка «Гринфилд» ВС РФ посчитал, что выводы суда апелляционной инстанции *об отсутствии одобрения сделок* по существу не были опровергнуты судом округа. Из этого следует, что с точки зрения критериев № 2 и 3 оснований для удовлетворения заявления не имелось, на что правомерно указал суд апелляционной инстанции. Как следствие, по мнению ВС РФ, судами первой и кассационной инстанций ошибочно были *отвергнуты материалы уголовного дела, согласно которым выписки, являющиеся единственным доказательством одобрения ответчиками убыточных сделок по выводу активов, сфальсифицированы*.

В итоге ВС РФ оставил в силе постановление апелляционного суда об отказе в привлечении к ответственности.

Общий комментарий к определению ВС РФ

В рассмотренном деле ВС РФ, в сущности, повторил свою позицию, которую месяцем ранее изложил в рамках дела о банкротстве банка «Балтика», когда отменил судебные акты нижестоящих судов о привлечении к субсидиарной ответственности члена совета директоров и члена правления банка (*определение от 07.10.21 № 305-ЭС18-13210(2)*).

Справедливости ради стоит отметить, что формально вышеуказанные критерии не являются новеллой, поскольку в таком же виде они были сформулированы ВС РФ летом 2020 года в рамках спора о привлечении к субсидиарной ответственности членов совета директоров акционерного общества «Теплоучет» (*определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 22.06.20 № 307-ЭС19-18723(2,3)*). Но в указанном деле ВС РФ использовал данные критерии не для защиты привлекаемых к ответственности лиц, а напротив, отменил судебные акты нижестоящих судов об отказе в привлечении к субсидиарной ответственности и направил дело на новое рассмотрение.

Сам факт наличия у ответчика статуса контролирующего должника лица не влечет презумпцию вины в доведении до банкротства

В связи с этим еще годом ранее данная позиция ВС РФ воспринималась как свидетельство того, что судебная практика развивается по пути прокредиторского подхода, поскольку члены совета директоров традиционно крайне редко рассматривались как контролирующие должника лица и тем более крайне редко привлекались к субсидиарной ответственности².

² См., например: <https://fedresurs.ru/news/be7ea507-6b82-47db-b071-8fec701d4d2c?attempt=1>.

Однако в рамках дела о банкротстве банка «Гринфилд» ВС РФ со ссылкой на те же самые критерии обратил внимание на *недопустимость обвинительного уклона в делах о привлечении к субсидиарной ответственности* и прямо указал, что *сам факт наличия у ответчика статуса контролирующего должника лица не влечет презумпцию вины в доведении до банкротства*.

Таким образом, в условиях постоянного роста числа предъявленных и удовлетворенных заявлений о привлечении к субсидиарной ответственности очень важно внедрение многоступенчатого теста и признание того, что только в случае

соответствия всем критериям возможно привлечение к субсидиарной ответственности.

Пересмотр сложившихся в практике подходов по спорам о привлечении к субсидиарной ответственности

Учитывая высказанную ВС РФ позицию, можно надеяться на изменение или по крайней мере на качественное переосмысление существующих в настоящее время в практике рассмотрения споров о привлечении к субсидиарной ответственности подходов, среди которых можно особо выделить следующие по изложенным ниже ключевым вопросам.

Наличие возможности оказывать влияние на деятельность должника

В судебных спорах активно применяется идея о «бесконечной широте» круга лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности: от родственников, включая несовершеннолетних детей или наследника лица, контролирующего должника, до контрагента по сделке (*определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 23.12.19 № 305-ЭС19-13326 и от 16.12.19 № 303-ЭС19-15056, постановления Арбитражного суда Уральского округа от 15.08.19 по делу № А07-1646/2016 и Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 06.03.19 по делу № А11-8680/2016*).

Нередко суды приходят к выводу, что оба супруга являются бенефициарами банкротящегося общества, особенно если второй супруг занимает управляющие должности в банкротящейся компании или в ее группе (*постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.12.20 по делу № А65-25038/2017*).

Равным образом можно упомянуть позицию ВС РФ, выраженную в *определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 29.04.21 № 307-ЭС20-22954*, в которой подтверждено право конкурсного управляющего запрашивать сведения о родственниках контролирующего должника лица как потенциальных бенефициарах выведенного из компании имущества.

Позиция ВС РФ призывает более внимательно исследовать проблему фактического контроля и его существенность для целей привлечения к субсидиарной ответственности

В основе подобного толкования лежит формальный признак извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения управляющих организацией лиц, указанных в пункте 1 статьи 53.1 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В свою очередь, позиция ВС РФ, изложенная в деле о банкротстве банка «Гринфилд», призывает более внимательно исследовать проблему фактического контроля и его существенность для целей привлечения к субсидиарной ответственности, а не использовать нормы банкротного законодательства формально.

Причинение существенного вреда действиями привлекаемого лица

Названный критерий является наиболее болезненным для управленцев, поскольку зачастую при рассмотрении дел о привлечении к субсидиарной ответственности существенность вреда либо предполагается, либо этот вопрос вовсе не исследуется судами.

Так, одной из презумпций доведения до банкротства является причинение существенного вреда в результате совершения или одобрения одной или нескольких сделок (подпункт 1 пункта 2 статьи 61.11 Федерального закона от 26.10.02 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

В отношении данного критерия существует несколько практических сложностей, заслуживающих упоминания.

Во-первых, достаточно часто в банкротстве нейтральное отношение судебной практики меняется на негативное применительно ко многим типовым деловым операциям (например, к пополнению оборотных средств внутри группы компаний посредством перевода денежных средств по внутренним счетам). Подобная внутригрупповая дебиторская задолженность фактически превращается в мину замедленного действия, если оценивать ее через призму понятий «центр прибыли» и «центр убытков». Иначе говоря, в банкротном процессе ситуация начинает выглядеть так, будто одна из компаний теряет имущество без встречного предоставления. В результате привлеченными к субсидиарной ответственности могут оказаться все компании группы, у которых появилась прибыль (*постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.02.21 по делу № А45-14478/2018, определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 25.09.20 № 310-ЭС20-6760*).

Во-вторых, зачастую незначительные споры используются как «зацепка» для субсидиарной ответственности. Обусловлено это тем, что любые фактические обстоятельства дела, изложенные в судебном акте по самому несущественному по характеру сделки и ее суммы спору, могут трактоваться по-иному для целей заявления о привлечении к субсидиарной ответственности. Но при этом изложение подобных обстоятельств будет приобретать преюдициальный характер, из-за чего у суда формально не возникает необходимость обратить внимание и проверить правильность интерпретации таких обстоятельств, изложенной в заявлении о привлечении к субсидиарной ответственности. Причем в силу подпункта 1 пункта 2 статьи 61.11 Закона о банкротстве совершение подобных сделок сразу же создает презумпцию невозможности погашения требований кредиторов.

Нельзя не вспомнить, что в абзаце третьем пункта 16 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.17 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» указано, что, поскольку деятельность юридического лица опосредуется множеством сделок и иных операций, по общему правилу не может быть признана единственной предпосылкой банкротства последняя инициированная контролирующим лицом сделка (операция), которая привела к критическому изменению возникшего ранее неблагоприятного финансового положения — появлению признаков объективного банкротства. Суду надлежит исследовать совокупность сделок и других операций, совершенных под влиянием контролирующего лица (нескольких контролирующих лиц), **способствовавших возникновению кризисной ситуации, ее развитию и переходу в стадию объективного банкротства.**

Однако даже после выхода в свет данных разъяснений в практике встречаются случаи, когда суды в принципе не сопоставляют последствия заключенных сделок с масштабом деятельности должника и лишь ограничиваются самим фактом их убыточности (*постановления Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.03.21 по делу № А51-16300/2016 и Арбитражного суда Поволжского округа от 07.07.20 по делу № А65-25066/2019*).

Из указанного следует, что не всегда при рассмотрении споров о привлечении к субсидиарной ответственности суды проводят тест на существенность и масштабность вреда, причиненного действиями контролирующих должника лиц.

В-третьих, особого внимания заслуживает то, изучается ли по существу вопрос о наличии у ответчика статуса инициатора (соучастника) или потенциального выгодоприобретателя.

В рамках рассмотрения споров о привлечении к субсидиарной ответственности наибольшие сложности на практике возникают при банкротстве

кредитных организаций или предприятий, осуществляющих крупную по своим масштабам деятельность, что обуславливает необходимость наличия в их штате значительного количества сотрудников, в том числе в органах управления. Нередко в таких компаниях действует многоступенчатая структура согласования управленческих решений, в связи с чем круг контролирующих должника лиц, ответственных за принятие тех или иных решений, размывается.

Так, в рамках вышеупомянутого спора о привлечении к субсидиарной ответственности топ-менеджеров банка «Балтика» ВС РФ указал, что подписанию неисполненных впоследствии кредитных договоров предшествовало их одобрение профильными подразделениями банка (дирекция кредитования, управление экономической безопасности, отдел проектного финансирования), а аффилированность заемщиков и привлекаемых к субсидиарной ответственности лиц не подтверждена. Ввиду этого суд пришел к выводу об отсутствии оснований для привлечения ответчиков к субсидиарной ответственности.

Судам в каждом конкретном случае необходимо исследовать порядок принятия решений не только с точки зрения утвержденных в обществе процедур их согласования, но и оценивать их оправданность применительно к масштабам деятельности общества

В то же время ВС РФ отметил, что сам факт вхождения лиц в состав правления или кредитного комитета еще не влечет потенциальной тождественности выводов в отношении их вины. В контексте названного критерия это означает, что суд, установив отношение ответчика к руководству банка, должен проверить, являлся ли конкретный ответчик инициатором, потенциальным выгодоприобретателем существенно убыточной сделки либо он действовал с названными лицами совместно (статья 1080 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Ранее же в судебной практике указанный критерий едва соблюдался, поскольку в ряде случаев вхождение лиц в состав правления банка и кредитного комитета было достаточным для привлечения к субсидиарной ответственности по обязательствам банка, образовавшимся вследствие заключения убыточных сделок (*постановления Арбитражного суда Уральского округа от 13.11.18 по делу № А50-17399/2014 и Арбитражного суда Московского округа от 03.08.20 по делу № А40-226/14, определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 30.09.19 № 305-ЭС19-10079*).

ВС РФ, в свою очередь, напомнил судам, что топ-менеджер банка, положившийся на заключения профильных подразделений при совершении (одобрении) убыточной сделки, вправе ссылаться *на правило о защите делового решения*. Опровергнуть презумпцию добросовестности и осмотрительности такого лица должен будет именно истец путем доказывания очевидной крайней невыгодности сделки либо осведомленности ответчика о нарушениях, допущенных профильным подразделением при одобрении сделки.

В целом данная позиция ВС РФ представляется логичной, поскольку иное толкование сводит на нет значение структурных подразделений банка в процессе согласования сделок. Разумеется, возникают сомнения относительно того, не начнут ли нижестоящие суды слишком сильно усложнять процесс привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. И в этой связи, конечно, стоит признать, что принцип защиты делового решения необходимо соотносить (сопоставлять) с принципами добросовестности и осмотрительности руководителя. А это крайне сложная задача.

Так, в соответствии с разъяснениями, изложенными в пункте 7 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.13 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов управления юридического лица», не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что его действия, повлекшие для юридического лица негативные последствия, были одобрены решениями коллегиальных органов юридического лица. Иными словами, функция топ-менеджера банка в процессе заключения сделок не сводится только к их подписанию или формальному одобрению на основании лишь ранее представленных заключений структурных подразделений банка, а предполагает и самостоятельную оценку рисков принимаемых решений.

Некоторые опасения также вызывает и риск некорректной экстраполяции данной позиции ВС РФ на случаи банкротства компаний, деятельность которых не столь сложно организована. Несмотря на то что тезисы об особенностях деятельности кредитных организаций являлись ключевыми при принятии решений ВС РФ, мы полагаем, что нет каких-либо оснований утверждать, что они неприменимы к другим банкротящимся субъектам.

В свою очередь, распространение данной позиции не только на кредитные организации может создать почву для злоупотреблений. В частности, формальное создание в обществе сложной процедуры согласования условий сделок в дальнейшем может привести к размыванию ответственности за принятые решения между разными службами, которые в действительности могут существовать только

на бумаге, что осложнит привлечение фактических бенефициаров должника к субсидиарной ответственности.

Таким образом, судам в каждом конкретном случае действительно необходимо исследовать порядок принятия решений не только с точки зрения утвержденных в обществе процедур их согласования, но и оценивать их оправданность применительно к масштабам деятельности общества.

Несмотря на высказанные опасения, ВС РФ определенно заложил вектор развития практики в пользу баланса интересов кредиторов и контролирующих должника лиц.

При этом критерии, выработанные ВС РФ, являются универсальными и могут применяться не только в рамках банкротства кредитных организаций, но и в рамках банкротства иных субъектов. Наличие же риска разработки недобросовестными субъектами новых схем уклонения от субсидиарной ответственности путем создания видимости сложного процесса согласования сделок является вполне адекватной реакцией на смягчение подхода судебной практики.

Критерии, выработанные ВС РФ, являются универсальными и могут применяться не только в рамках банкротства кредитных организаций, но и в рамках банкротства иных субъектов

В любом случае хочется верить, что с учетом имеющейся в настоящий момент статистики и применяемых подходов при рассмотрении дел о привлечении к субсидиарной ответственности положительный эффект данных ВС РФ разъяснений относительно трехступенчатого теста для оценки обоснованности привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности будет преобладать.