Субсидиарная ответственность генерального директора: готовь сани летом

31.08.2017 СТАТЬИ

Николай Покрышкин, партнер «Кульков, Колотилов и партнеры»

Кристина Алекса, помощник юриста «Кульков, Колотилов и партнеры»

«Сани», подготовленные «летом», в ходе нормальной деятельности общества, задолго до «зимы» — его возможного банкротства — могут очень пригодиться генеральному директору, чтобы избежать субсидиарной ответственности или, по крайней мере, значительно минимизировать ее. Несмотря на то, что написано на эту тему много, неоднородная судебная практика по-прежнему подливает масла в огонь дискуссий. Цель данной статьи — предложить добросовестным руководителям российских юридических лиц простые и универсальные рекомендации, применимые в текущей деятельности компании (Статья подготовлена по мотивам выступления Максима Кулькова 29 мая 2017 г. в рамках круглого стола на тему «Ответственность первых лиц в бизнесе: уголовные и гражданско-правовые подходы», проведенного фирмой «Кульков, Колотилов и партнеры», АБ «Феоктистов и партнеры», CSI Group с участием Антона Иванова и при поддержке Legal Insight.)

Добровольный аудит и отчетность

При решении ключевых вопросов субсидиарной ответственности одними из самых весомых и убедительных доказательств являются аудиторские отчеты, заранее подготовленные внешними специалистами по заказу общества в ходе его нормальной деятельности. В целом добровольный аудит остается редким явлением, поскольку, на первый взгляд, свидетельствует об излишне обстоятельном подходе, казалось бы, ненужном для эффективного внутреннего контроля. Однако реальная цель его проведения может заключаться не столько во внутреннем контроле, сколько в подготовке «подушки безопасности» для менеджмента общества на будущее. Интересно, что для прямых участников и бенефициаров бизнеса проведение аудита может оказаться даже менее значимым, нежели для менеджмента, ведь практические риски привлечения их к субсидиарной ответственности значительно ниже. Таким образом, в проведении аудита заинтересован прежде всего генеральный директор, для которого заключения могут

оказаться значительным преимуществом — убедительным подтверждением отдельных показателей предпринимательской деятельности, а значит, и целесообразности принятия релевантных бизнес-решений.

Добровольный аудит значительно снижает процессуальные требования относительно содержания и способов отражения информации в отличие от отчетов, составленных по запросу заинтересованных лиц или по указанию суда впоследствии. То же самое справедливо в отношении любого иного вида специализированной отчетности: отчета об оценке при совершении сделок с имуществом предприятия, оперативной отчетности и пр.

При этом заключения, возникшие «из ниоткуда» уже на этапе спора, едва ли станут убедительным доказательством даже при указании в них «удобной» даты. Сведения об аудиторских заключениях и отчетах должны быть отражены в иных документах общества, принятых в соответствующий период, а в идеале — еще и опубликованы.

В этом контексте нельзя не упомянуть порочную практику изменения ранее подготовленных отчетов: если в ранее подготовленных документах упоминались только основные реквизиты и общие результаты отчетов / заключений, то внесенные постфактум изменения и дополнения в отдельные части таких заключений могут вполне «органично влиться» в них. В такой ситуации установить «корректировку» отдельных блоков заключений без специальной экспертизы весьма затруднительно. Соблазн такого шага может оказаться велик, но очевидные негативные последствия исключают возможность рекомендовать кому-либо подобные ходы. Соответствующие факты и выводы должны своевременно отражаться в заключениях непосредственно в ходе нормальной деятельности компании.

Прозрачная и задокументированная система принятия решений

В рамках настоящей статьи не рассматривается вопрос повышения общей производительности компании или претворения в жизнь системы management by walking around. Целью формализации принятия управленческих решений

(внутренней политики / инструкций / правил документооборота, протокольных встреч, комитетов по сделкам / обязательного привлечения оценщиков и аудиторов и пр.) является подготовка доказательств разумности и добросовестности принятых генеральным директором итоговых решений.

При любой системе внутренних согласований, в конечном итоге, ответственность за принятие и воплощение в жизнь решений несет генеральный директор. На практике к субсидиарной ответственности лишь изредка привлекают участвовавших в согласовании сделок сотрудников (обычно членов кредитных комитетов банков), причем практически всегда совместно с генеральным директором. Другое дело, что шанс доказать отсутствие вины генерального директора и освободить его от ответственности значительно возрастает в том случае, если вынесенные на его уровень решения были подготовлены соответствующими департаментами, глубоко и обоснованно проработавшими риски и перспективы реализации таковых. В идеале, указанные политики и регламенты (локальные акты) также должны быть утверждены прямыми участниками компании (а не только самим генеральным директором).

Подготовка доказательств «рыночности» совершаемых сделок

Одно из самых распространенных оснований для привлечения генерального директора к ответственности — совершение им сделок от имени общества, повлекших вред для общества и его кредиторов (неразумные и/или недобросовестные действия генерального директора при их совершении). Поводом для этого обычно становятся:

- выбор предположительно фиктивных и/или аффилированных контрагентов;
- цена сделки;
- основание ее совершения;
- фактические негативные последствия для общества, которые могут проявиться намного

позднее заключения сделки.

При этом сделка, которая при конкретных обстоятельствах на момент ее совершения представлялась вполне «рыночной», позднее (а привлечение к субсидиарной ответственности происходит обычно в течение 2–5 лет после совершения таких сделок) может быть интерпретировано судом как «порочная» в отсутствие доказательств, объясняющих их «рыночность» в тех конкретных условиях.

Помимо подготовки аудита и отчетов оценщиков по всем существенным сделкам, важным способом доказывания является обращение к контрагентам и иным лицам с запросом по поводу цены и иных условий сделок, а также сохранение соответствующих предложений (оферт) и корреспонденции. Впоследствии — например, при постановке вопроса о совершении сделки по необоснованно низкой цене или занижении конкурсным управляющим реализационной цены — подобный запрос может быть представлен в качестве доказательств «рыночности» ее условий.

Обращаем внимание на следующее обстоятельство: даже одобрение сделки прямым решением участников общества не освободит генерального директора от ответственности за ее фактическое совершение от имени общества, если имеет место, например, «неравноценность предоставления со стороны контрагентов должника» по данной сделке. Суд с высокой степенью вероятности признает, что сделки «*совершены и исполнены <…> под контролем со стороны*» генерального директора, который «*в силу положений ст. 10 Закона о банкротстве несет ответственность за наступившие последствия, в том числе и за поступление или непоступление в состав конкурсной массы денежных средств в размере действительной стоимости [объектов], отчужденных из состава имущества должника*».

Истребование и передача бухгалтерской отчетности общества

Ненадлежащая передача бухгалтерской отчетности является другим, не менее распространенным поводом для привлечения генерального директора к субсидиарной

ответственности. По нашим оценкам около 70 % всех дел о привлечении к субсидиарной ответственности генерального директора с негативным для него исходом основано исключительно на этом факте. Причина проста: доказать ненадлежащую передачу бухгалтерской отчетности относительно легко, а сама по себе она (наряду с совершением подозрительных сделок) является основанием для прямой презумпции по ст. 10 Закона о банкротстве, которая почти всегда ведет прямо к субсидиарной ответственности.

Процесс передачи бухгалтерской и финансовой документации недостаточно четко регламентирован законом, что приводит к разночтению. В такой ситуации суды нередко руководствуются общим принципом, согласно которому директор должен передать документы в максимально возможном для него объеме. Пожалуй, трудно найти более общий и размытый критерий. На практике данная обязанность трансформируется в неопределенный круг многочисленных требований, предъявляемых к действиям руководителя.

Так, при вступлении в должность новый генеральный директор обязан восстановить утерянные ранее (предыдущим директором) документы в максимально возможном объеме (с необходимой фиксацией и обоснованием достаточности совершенных в этом направлении действий) — иначе высок риск субсидиарной ответственности. И наоборот, освобождение от должности генерального директора не позволяет беззаботно расстаться с обществом и его документами (даже если на дату расставания обществу еще не грозит банкротство). Крайне важно официально оформить передачу всей отчетности новому генеральному директору, а в отсутствие такового — участникам общества.

При этом практикой выработаны особые требования к соответствующим доказательствам передачи документов. Так, стандартная копия почтового уведомления с отметкой о вручении почтового отправления может быть не признана надлежащим доказательством в отсутствие квитанции об отправке новому директору / арбитражному управляющему, описи вложений и оригинала сопроводительного письма.

Генеральный директор несет ответственность не только за отсутствие, но и за ненадлежащее состояние документации. При этом ссылка на действия непосредственных составителей не служит достаточным основанием для освобождения от ответственности.

Не менее важна комплектность предаваемых документов. Главный приоритет, очевидно, имеет обязательная к передаче бухгалтерская отчетность. В связи с этим отправка управляющему всего прочего, хотя и тесно связанного — учредительных документов, договоров с контрагентами, банковских выписок и иных подобных документов — в отсутствие отчетов не подтверждает добросовестного и искреннего желания способствовать установлению сведений об имуществе компании. К слову, именно такими соображениями и следует руководствоваться, чтобы понять, является ли существенным факт отсутствия того или иного документа или объекта. Так, если непереданные печати, штампы, отдельные учредительные и первичные документы несущественны для целей конкурсного производства (выявления активов и сделок должника), то значительно возрастает шанс избежать ответственности за то, что они не были переданы.

«Домашняя библиотека» документов

Необходимо отметить, что следование предложенным советам не имеет практической ценности без должного документального подтверждения. Полная подборка подготовленных доказательств в рамках документооборота фирмы необходима, но недостаточна. Поскольку лишение доступа к документообороту компании бывает стремительным и зачастую неожиданным для генерального директора, целесообразно создать аналогичную подборку документов вне офиса (при этом, конечно, необходимо соблюсти все применимые требования законодательства).

Бюрократия в рамках «домашней библиотеки» поначалу вызывает мало энтузиазма, однако ценность такой подборки трудно преувеличить. Дело в том, что подход типа «нет документов — нет проблем», распространенный во многих видах административных, уголовных и гражданских дел, абсолютно не применим для защиты от субсидиарной

ответственности. Напротив, он грозит максимально высокой суммой взыскания (в размере полной разницы между долгами и активами общества в конкурсной массе), поскольку по умолчанию именно так определяется размер субсидиарной ответственности.

Генеральные директора нередко оказываются в ловушке самонадеянности: пытаясь доказать, что субсидиарная ответственность в принципе не применима к ним, они терпят поражение в части общих доводов, и суд автоматически привлекает их к ответственности на максимально возможную сумму взыскания. В большинстве случаев подобных последствий можно было бы избежать, если бы генеральный директор избрал иную тактику (или хотя бы использовал ее как «второй рубеж» обороны после общих доводов), то есть на основе заранее подготовленных доказательств показал, что если некоторые нарушения и имели место, то они повлекли за собой убытки лишь в конкретной небольшой сумме. Генеральный директор, который справляется с бременем доказывания небольшого размера таких убытков, в силу прямого указания закона привлекается к ответственности не на максимальную сумму, в соответствующем небольшом размере. В этом случае «домашняя библиотека» приобретает исключительную ценность, ведь представить какие-либо иные полезные доказательства зачастую нет никакой возможности.