

БИБЛИОТЕЧКА «РОССИЙСКОЙ ГАЗЕТЫ»

Выпуск № 8  
2020

**Как защитить  
свой бизнес:  
предпринимательские риски**

Под общей редакцией  
Е.А. Муратовой

Москва  
ФГБУ «Редакция «Российской газеты»  
2020

Издание основано в 1994 году  
Выходит два раза в месяц

Как защитить свой бизнес: предпринимательские риски / под общей редакцией Е.А. Муратовой. — Москва : Редакция «Российской газеты», 2020. — («Библиотечка «Российской газеты», ISSN 1605-7449 ; вып. 8, 2020). — 160 с.

Книга посвящена вопросам, связанным с рисками, возникающими при осуществлении предпринимательской деятельности, и возможностями их минимизации. Прочитав ее, вы, в частности, узнаете, что следует учесть при выборе посредника; как вычислить недобросовестного контрагента; какие факторы при осуществлении обычной хозяйственной деятельности могут спровоцировать возбуждение уголовных дел; когда за убытки, причиненные юридическому лицу, отвечает его руководитель; как защититься от корпоративного захвата компании.

Издание предназначено для предпринимателей, должностных лиц организаций и других граждан, интересующихся данной темой.

© Коллектив авторов, 2020

© ФГБУ «Редакция «Российской газеты», 2020

## **Коллектив авторов**

Аплекаев Алексей Александрович, юрист

Муратова Елена Алексеевна, адвокат, партнер

Найда Анастасия Александровна, юрист

Рокотян Татьяна Геннадьевна, юрист

## Предисловие



**Е.А. МУРАТОВА,**  
адвокат, партнер адвокатского бюро  
«Казачков и партнеры»

В соответствии со ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг.

Соответственно, предприниматель при ведении бизнеса рассчитывает только на себя, на свое умение находить решения поставленных задач, которые возникают как на этапе формирования бизнес-идеи, так и на этапе воплощения в жизнь, включая взаимодействие с бизнес-партнерами, формирование штата сотрудников, выстраивание стратегии ведения бизнеса.

Знание российской правоприменительной практики поможет предпринимателю более уверенно ориентироваться в оценке собственных рисков при ведении бизнеса. В настоящей книге мы постарались ответить на вопросы, наиболее часто встречающиеся в практике консультирования Адвокатским бюро «Казачков и партнеры», развеять некоторые типовые заблуждения бизнесменов и менеджеров относительно правомерности своих действий и рисков, возникающих при совершении сделок, выборе контрагента и т.д., а также рассказать о способах защиты и минимизации типовых рисков факторов.

Целью данной публикации является констатация некоторых общих ориентиров, имеющих место в правоприменительной практике на текущий момент. Вместе с тем необходимо понимать, что каждый бизнес является уникальным и каждая конкретная ситуация является в своем роде неповторимой, требующей индивидуального подхода со стороны специалиста, юриста и (или) адвоката, поэтому в каждом случае должен быть найден свой ключ к решению возникающих задач и вызовов.

## Указатель сокращений

### Нормативные правовые акты и судебная практика

АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ГПК РФ	Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
КоАП РФ	Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях
НК РФ	Налоговый кодекс Российской Федерации
УК РФ	Уголовный кодекс Российской Федерации
УПК РФ	Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации
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»
Постановление Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве	Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона „О несостоятельности (банкротстве)“»

Постановление Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах возмещения убытков	постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»
---	---

### **Органы и организации**

Банк России	Центральный банк Российской Федерации
-------------	---------------------------------------

ВАС РФ	Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
--------	--

Генпрокуратура России	Генеральная прокуратура Российской Федерации
--------------------------	---

МВД России	Министерство внутренних дел Российской Федерации
------------	---

Минфин России	Министерство финансов Российской Федерации
---------------	---

Минэкономразвития России	Министерство экономического развития Российской Федерации
-----------------------------	--

Росархив	Федеральное архивное агентство
----------	--------------------------------

ФАС России	Федеральная антимонопольная служба
------------	------------------------------------

ФНС России	Федеральная налоговая служба
------------	------------------------------

### **Прочие сокращения**

ЕГРЮЛ	Единый государственный реестр юридических лиц
-------	--

ИНН	идентификационный номер налогоплательщика
-----	--

КПП	код причины постановки на учет
-----	--------------------------------

НДС	налог на добавленную стоимость
-----	--------------------------------

ОМС	обязательное медицинское страхование
-----	--------------------------------------

## Глава 1.

### Риски, связанные с привлечением посредников

Привлечение посреднических организаций получило широкое распространение в современном бизнесе. Основными причинами необходимости взаимодействия с посредниками являются следующие.

**Во-первых**, внутрихолдинговое решение.

- ☑ Например, группа компаний осуществляет закупку товарно-материальных ценностей исключительно через специализированную организацию или с участием профильного отдела управляющей компании (в частности, так поступил холдинг ОАО «РТ-Химкомпозит», который пользуется услугами внешнеторгового агента ООО «Хим-Трейд» по снабжению материально-техническими ресурсами импортного производства предприятий, входящих в холдинг ОАО «РТ-Химкомпозит», а также по продвижению продукции и услуг таких предприятий).

**Во-вторых**, невозможность закупки товаров у производителя.

- ☑ Например, в ряде случаев непосредственная закупка сырья или комплектующих у производителя невозможна ввиду законтрактованности всего производимого объема, что вынуждает потребителей прибегать к услугам посредников, которые иногда имеют признаки недобросовестности.

**В-третьих**, привлекательные ценовые условия или гибкий клиентский сервис.

**В-четвертых**, недобросовестные намерения, как то: искусственное завышение цены в целях личного обогащения, снижения налоговых обязательств и т.п.

➡ **Таким образом**, заключение посреднических сделок в большинстве случаев обуславливается вполне законными и рациональными бизнес-интересами.

Однако при заключении сделок с посредником следует обратить внимание на определенные моменты.

В случае приобретения либо продажи товаров, работ и услуг с использованием в качестве посредника организации, входящей в состав холдинга, основными рисками являются:

- риск контроля цен со стороны налогового органа;
- обвинение в искусственном занижении прибыли путем манипулирования ценами;
- обвинение в нанесении ущерба.

## 1. Заключение сделок внутри холдинга

Следует сразу оговориться, что в российской правовой системе отсутствует понятие «холдинг».



Констатируя данный факт, Девятнадцатый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 11.04.2019 № А14-15770/2018 отметил, что в общепринятом представлении холдинг — это форма предпринимательского объединения, в которое входит группа организаций (участников), связанных между собой отношениями. Участники холдинга, сохраняя формальную юридическую самостоятельность, в своей предпринимательской деятельности подчиняются одному из участников группы — холдинговой компании (головной организации).

При совершении внутрихолдинговой сделки одним из очевидных рисков является риск доначисления налогов в связи с тем, что налоговые органы могут иметь иной взгляд на должные к применению цены, нежели сами стороны по сделкам.

В силу ст. 105.1 НК РФ, если особенности отношений между лицами могут оказывать влияние на условия и (или) результаты сделок, совершаемых этими лицами, и (или) экономические результаты деятельности этих лиц или деятельности представляемых ими лиц, то для целей налогообложения данные лица признаются **взаимозависимыми**.

Налоговое законодательство прямо предусматривает возможность проверки цен между взаимозависимыми лицами при соблюдении суммовых и иных дополнительных критериев, указанных в ст. 105.14 НК РФ. Также этой статьей установлены критерии, при которых сделки приравниваются к сделкам со взаимозависимыми лицами.

Проверить цены по контролируемым сделкам может только ФНС России.

В силу п. 1 ст. 105.17 НК РФ контроль соответствия цен, примененных в контролируемых сделках, рыночным ценам не может быть предметом камеральных и налоговых проверок.



Однако на практике имеет место ряд ситуаций, при которых, несмотря на упомянутый выше запрет контроля цен при проведении выездных и камеральных проверок, налоговые органы фактически производят такой контроль, мотивируя свои действия выявлением у налогоплательщика необоснованной налоговой выгоды (см. письмо ФНС России от 27.11.2017 № ЕД-4-13/23938@).



Примерами таких ситуаций являются дела об искусственном манипулировании ценами (см. постановления Арбитражного суда Поволжского округа от 26.02.2016 № Ф06-5752/2016, Седьмого арбитражного апелляционного суда от 15.09.2015 № А27-718/2015).

В отношении вопроса о нанесении ущерба необходимо отметить следующее.



Любое применение завышенной с точки зрения правоохранительных органов цены за товары (работы, услуги), не обусловленное объективными обстоятельствами, является нанесением ущерба организации, которая понесла расходы на их приобретение (см., например, определение Верховного Суда РФ от 26.05.2011 № 66-О11-57, приговор Бежицкого районного суда г. Брянска от 31.03.2014 № 1-3/2014).

Этот факт создает угрозу уголовного преследования как для лиц, ответственных за принятие невыгодных для данной организации решений, так и для ответственных работников контрагента.



**Рекомендации.** При заключении внутрихолдинговых сделок следует заключать договоры по рыночной цене и в соответствии с действительным экономическим содержанием. Ценовой выбор можно подтверждать: отчетами оценщиков, информацией о наличии аналогичных предложений от иных лиц (прайс-листы и т.п.). В целях исключения обвинений в установлении нерыночных условий совершаемой сделки сторонам такой сделки возможно обратиться в суд в порядке преддоговорного спора, в этом случае параметры сделки могут быть определены судом.

## 2. Привлечение посредника ввиду невозможности заключения сделки с непосредственным производителем

К сожалению, в некоторых случаях имеет место невозможность приобретения того или иного товара непосредственно у производителя.

Иногда причина этого заключается в недобросовестности самого производителя, когда он продает свою продукцию исключительно тем компаниям, которые прямо или косвенно зависят от него, и в целях минимизации собственного налогового бремени такие компании-дилеры используются для ценового манипулирования или обналичивания полученной выручки. Но чаще всего речь идет об обычном разделении видов деятельности, когда выпуском продукции занимается одна организация, а непосредственно продвижением товара на рынке и организацией торговли — другая. Подобная организация бизнеса (посредством разделения торговой и производственной составляющих) может являться бизнес-моделью холдинга. Тесное взаимодействие крупных покупателей и производителя также может быть результатом сложившейся системы взаимоотношений изначально независимых лиц.

Вне зависимости от причин зачастую конечный потребитель лишен возможности приобретения необходимого товара непосредственно у производителя и вынужден покупать его у посредника.

В такой ситуации возможны риски:

- признания в целях налогообложения расходов на приобретение товара экономически необоснованными, поскольку цены производителя иные, как правило, существенно ниже. В таком случае есть вероятность доначисления налога на прибыль и НДС;
- наличия у посредника признаков организации-«однодневки», а также оформления первичных документов неустановленными или неуполномоченными лицами, что может повлечь доначисление по налогу на прибыль и НДС.



**Рекомендации.** Чтобы снизить риски обвинения в причинении ущерба заключением экономически невыгодной сделки, следует иметь доказательства, подтверждающие невозможность приобретения интересующего товара непосредственно у производителя. Желательно исключить заключение сделок путем дистанционного обмена документами и организовать подписание документов при непосредственной встрече представителей. Также стоит убедиться в правоспособности контрагента (ознакомиться с выпиской из ЕГРЮЛ можно на сайте: [www.nalog.ru](http://www.nalog.ru)), запросить у него перед заключением сделки копию устава и документов, подтверждающих полномочия генерального директора, и обеспечить себя доказательствами, обосновывающими выбор данного контрагента (более выгодные ценовые предложения, удобный клиентский сервис, возможность получения дополнительных товаров, работ, услуг, территориальная близость и т.п.).

### 3. Несоответствие между заявленным контрагентом и реальным поставщиком (исполнителем)

В практике также встречается ситуация, когда заявленный поставщик (исполнитель) товаров (работ и услуг) не совпадает с тем лицом, которое непосредственно является контрагентом.

Согласно п. 2 ст. 54.1 НК РФ налогоплательщик вправе уменьшить налоговую базу или сумму подлежащего уплате налога при соблюдении двух условий:

- 1) основной целью совершения сделки (операции) не являются неуплата (неполная уплата) и (или) зачет (возврат) суммы налога;
- 2) обязательство по сделке (операции) исполнено лицом, являющимся стороной договора, заключенного с налогоплательщиком, и (или) лицом, которому обязательство по исполнению сделки (операции) передано по договору или закону.

➡ **Таким образом,** при осуществлении хозяйственных операций покупателю товаров (работ, услуг) следует не только уделять должное внимание выбору контрагента и обоснованию цены на стадии заключения сделки, но также обращать внимание на лицо, которое непосредственно осуществляет исполнение.



Так, нарушение пп. 2 п. 2 ст. 54.1 НК РФ имеет место в случае, когда материалы проверки свидетельствуют, что товар (работа, услуга) исходит от иного лица, а не от заявленного контрагента (письмо ФНС России от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@).



**Рекомендации.** При исполнении заключенного договора иным лицом необходимо требовать документальное подтверждение передачи исполнения обязанности по договору контрагентом такому лицу. В противном случае имеет место существенный риск возникновения налоговых претензий.

### 4. Оценка законности осуществления определенной посреднической деятельности

Для более полного описания рисков, связанных с заключением посреднических сделок, остановимся на рисках оценки законности осуществления определенной посреднической деятельности как таковой.

Примером может служить кейс «Русского доктора» (<https://echo.msk.ru/blog/gabay/2512121-echo/>), суть которого в следующем.

- ☑ Организация «Русский доктор» оказывала услуги российским государственным медицинским центрам по поиску пациентов для получения медицинской помощи за плату, получая за это агентское вознаграждение в размере 30%. Среди медицинских центров, пользовавшихся услугами «Русского доктора», был онкоцентр имени Н.Н. Блохина. Согласно опубликованным данным организация направила на лечение в онкоцентр 458 пациентов из 18 государств. Кроме этого, услугами «Русского доктора» пользовались российские граждане, которые имели право на получение бесплатной медицинской помощи. В результате проверки, проведенной Генпрокуратурой России, выяснилось, что российские граждане подверглись навязыванию платных услуг, да еще и по тарифам, превышающим установленные ОМС. В настоящее время по материалам указанной прокурорской проверки возбуждено уголовное дело.

Комментируя данный кейс, следует упомянуть, что формально действия «Русского доктора» соответствовали законодательству, поскольку не имеется запретов на заключение посреднических договоров в целях поиска платных пациентов. Однако установление совокупности обстоятельств (в том числе право привлеченных пациентов на получение аналогичных медицинских услуг в рамках ОМС и получение указанными лицами таких услуг на платной основе) привело проверяющих к выводу о наличии схемы, направленной на незаконное обогащение посреднической организации.

В данном случае исполнение посреднического договора породило риск нанесения ущерба клиентам такого посредника самим фактом осуществления посреднической деятельности. В целях минимизации описываемого риска организации «Русский доктор» следовало ограничиться только поисками пациентов, не имеющих права на получение бесплатной медицинской помощи (иностранцев граждан).

- ① **Рекомендации.** При планировании посреднической деятельности (особенно в социально значимых областях) необходимо оценить вероятность риска квалификации такой деятельности как наносящей ущерб будущим контрагентам самим фактом ее осуществления.

## Глава 2.

### Риски, связанные со взаимодействием с недобросовестными контрагентами

|| Под **недобросовестным** обычно подразумевается контрагент, который не исполнил свои обязательства надлежащим образом.

Подобные ситуации бывают, когда исполнитель (поставщик) не отработывает перечисленный аванс, выполняет работы ненадлежащего качества и не в установленный срок (поставляет товары ненадлежащего качества) и т.п.

Однако зачастую у налоговых органов понимание недобросовестного контрагента совсем иное, нежели у предпринимателя. Если предприниматель в своей хозяйственной деятельности заинтересован исключительно в результате (исполнении) той или иной сделки, то налоговый орган нацелен на исследование обстоятельств, свидетельствующих как об исполнении налоговых обязательств всеми участниками хозяйственной деятельности, так и о соблюдении налогоплательщиком всех формальных положений закона, что зачастую ведет к повышенному налоговому бремени отдельного налогоплательщика (группы налогоплательщиков).

Кроме этого, следует обратить внимание на финансовое состояние контрагента, особенно если речь идет о сделках по приобретению какой-либо продукции. Здесь может иметь место такой риск, как признание платежей недействительными сделками по иску конкурсного управляющего в случае, если организация-плательщик находилась в предбанкротном состоянии.

Перед тем как приступить к изложению рекомендаций, приведем краткий обзор существующих разъяснений и судебной практики по рискам, так или иначе связанным с претензиями налоговых органов по поводу взаимодействия налогоплательщиков с теми или иными контрагентами.



По заверению замглавы ФНС России, опубликованному на сайте РБК в статье от 21.11.2019 «Правительству предложили устранить карательные меры за налоговую выгоду» (<https://www.rbc.ru/economics/21/11/2019/5dd582aa9a794727dce2b59c>), налоговые орга-

ны выиграли 90 споров (70 из 80 дел) о налоговой оптимизации с 2017 года.



По статистическим данным, опубликованным руководителем практики разрешения налоговых споров PWC Раисой Алексахиной в презентации «Налоговые проверки 2019: к чему готовиться компаниям» (<https://event.lawyercom.ru/seminar/335-nalogovye-proverki-2019-k-chemu-gotovitsya-kompaniyam>), за 2018 год налоговый орган добился признания законными доначислений в общей доле 86,54%, при этом соотношение дел, по которым требования налогоплательщика были удовлетворены судами, составило всего 38,56%.

Справедливости ради нужно отметить некоторые позитивные для бизнеса тенденции.



Как заявлено на сайте ФНС России в новостном сообщении «Михаил Мишустин подвел итоги работы налоговых органов за пять месяцев 2019 года» ([https://www.nalog.ru/rn77/news/activities\\_fts/8810255/](https://www.nalog.ru/rn77/news/activities_fts/8810255/)), в первом квартале 2019 года количество выездных налоговых проверок сократилось на 36% и составило 2,7 тыс. Однако поступления по выездным налоговым проверкам выросли на 10% и составили 48 млрд. руб.

Там же было указано, что новые подходы к контрольной работе напрямую отражаются на показателях досудебного и судебного урегулирования споров. Количество рассмотренных жалоб на результаты выездных налоговых проверок сократилось на 42%, что пропорционально снижению их количества. Сократилось число обращений в суды после досудебного рассмотрения жалоб налогоплательщиков в вышестоящих налоговых органах на 11,4%. На 23% меньше дел рассмотрено в судах по результатам выездных налоговых проверок.

Также Михаил Мишустин анонсировал создание ФНС России Регистра рисков — комплексной системы, которая позволит создавать модели оценки, а также отраслевые карты для своевременного информирования налогоплательщиков о возможных рисках.

Снижение количества налоговых проверок является, вне всяких сомнений, позитивной для бизнеса тенденцией. Однако приведенные данные свидетельствуют о достаточно невысокой вероятности успешного судебного обжалования решений, вынесенных по результатам выездных налоговых проверок. При этом налоговые доначисления по результатам таких проверок могут быть достаточно существенны для каждого конкретного случая. Для построения работающей бизнес-модели предприниматели должны четко осознавать критерии оценки рисков налоговых доначислений от заключения

каждой конкретной сделки, имея в виду вероятность проведения мероприятий налогового контроля.



В письме ФНС России от 11.10.2019 № ЕД-4-1/20922@ налоговый орган указывает, что для целей самостоятельной оценки рисков налогоплательщиками по результатам своей финансово-хозяйственной деятельности, в том числе оценки рисков при выборе контрагентов, могут учитываться критерии самостоятельной оценки рисков для налогоплательщиков, утвержденные приказом ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@.

В соответствии с 12-м критерием оценки рисков «Ведение финансово-хозяйственной деятельности с высоким налоговым риском» при оценке налоговых рисков, которые могут быть связаны с характером взаимоотношений с некоторыми контрагентами, ФНС России рекомендует налогоплательщику исследовать определенные признаки, свидетельствующие о высокой степени вероятности отнесения контрагента налоговыми органами к категории проблемного (или «однодневки»), а сделок, совершенных с таким контрагентом, — сомнительных.

Кроме этого, согласно приказу ФНС России от 29.12.2016 № ММВ-7-14/729@ сведения о среднесписочной численности работников; об уплаченных организацией суммах налогов и сборов; о нарушениях законодательства о налогах и сборах, в том числе о суммах недоимки и задолженности по пеням, штрафам при их наличии; о суммах доходов и расходов по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности размещаются в форме открытых данных на официальном сайте ФНС России ([www.nalog.ru](http://www.nalog.ru)).

➡ **Таким образом,** налоговая служба рекомендует налогоплательщикам в рамках самостоятельной оценки налоговых рисков провести оценку собственных взаимоотношений с контрагентами как на стадии выбора контрагента, так и на стадии исполнения договоров. (Аналогичные рекомендации изложены в письмах Минфина России от 13.12.2016 № 03-02-07/1/74372, ФНС России от 13.02.2017 № ЕД-4-15/2518@.)

Наиболее частой причиной налоговых доначислений является взаимодействие налогоплательщика с недобросовестными с точки зрения налоговых органов организациями, которые уплачивают налоги в недостаточном размере либо не платят их вовсе.



В случае возникновения таких претензий налогового органа налогоплательщик может сослаться на п. 31 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 16 февраля 2017 г., в ко-

тором указано, что факт неисполнения поставщиком обязанности по уплате налогов сам по себе не может являться основанием для возложения негативных последствий на налогоплательщика, проявившего должную осмотрительность при выборе контрагента, при условии реального исполнения заключенной сделки.



Определенный оптимизм внушает также позиция Верховного Суда РФ, выраженная в определениях от 29.11.2016 № 305-КГ16-10399, от 06.02.2017 № 305-КГ16-14921, где указывается, что противоречия в доказательствах, подтверждающих последовательность движения товара от изготовителя к налогоплательщику, но не опровергающих сам факт поступления товара налогоплательщику, равно как и факты неисполнения соответствующими участниками сделок (поставщиками первого, второго и других звеньев по отношению к налогоплательщику) обязанности по уплате налогов, сами по себе не могут являться основанием для возложения соответствующих негативных последствий на налогоплательщика, выступившего покупателем товаров.

Вместе с тем анализ судебной практики показывает, что и налоговые органы, и судебные инстанции при оценке правомерности налоговых доначислений исходят из законности доначислений в случае выявления среди контрагентов организаций, обладающих признаками номинальной организации, не имеющих необходимого с точки зрения налогового органа имущества, исполняющих налоговую обязанность в минимальном размере (см., например, определение Верховного Суда РФ от 05.06.2018 № 309-КГ18-5266).

Иногда в подобных случаях налоговый орган приходит к выводу, что в действительности поставку товаров, исполнение работ исполняла не та организация, которая указана в документах налогоплательщика, а некая иная. И раз так, то документы по конкретным работам, поставке исходят от ненадлежащего лица, соответственно, «входящие» вычеты по НДС и расходы по такой организации не могут приниматься во внимание (см., например, определения Верховного Суда РФ от 14.06.2018 № 302-КГ18-6852, от 17.10.2019 № 308-ЭС19-18496, от 15.01.2018 № 304-КГ17-20134).



**Таким образом,** несмотря на отдельные факты позитивной с точки зрения налогоплательщика судебной практики, принятой высшими судебными инстанциями, в настоящее время имеет место достаточно большое количество отрицательных судебных решений в связи с налоговыми доначислениями по причине взаимодействия налогоплательщика с неблагонадежными организациями.

Для своевременного выявления вышеобозначенных рисков и построения юридической защиты необходима как существенная преддоговорная подготовка, так и отслеживание процесса исполнения договора.

❶ **На стадии преддоговорной работы рекомендуется** получить документы и сведения, обосновывающие выбор конкретного контрагента, особенно если речь идет о продавце тех или иных товаров (работ или услуг). Для этого необходимо ознакомиться с рынком предложений определенного товара (работы или услуги).

В случае если планируется приобретение конкретного товара, целесообразно предпринять попытку закупки такого товара непосредственно у производителя, для чего следует направить письменное обращение, в ответ на которое желательно получить письменный ответ.

Зачастую производители продают товары только через посредников-дилеров. В таком случае производитель может ответить отказом в предполагаемой поставке. Бывает и обратная ситуация, когда покупатель заинтересован в приобретении того или иного товара у дилера в связи с более выгодными условиями (например, возможность приобретения небольших партий товаров, организация дилером доставки до склада покупателя). В любом случае стоит заручиться документальным обоснованием выбора заключения договора поставки в пользу дилера, а не непосредственного производителя.

Далее необходимо удостовериться в реальном существовании организации, с которой предполагается заключение договора, а также в ее способности исполнить планируемую сделку. В этих целях рекомендуется следующее.

⇒ **Во-первых**, просмотреть выписку из ЕГРЮЛ по потенциальному контрагенту на сайте ФНС России. При этом нужно обратить внимание:

- не находится ли организация в процессе ликвидации;
- не имеется ли пометок о недостоверности представленных сведений.

⇒ **Во-вторых**, запросить у потенциального контрагента комплект учредительных документов (устав, решения о назначении единоличного исполнительного органа (генерального директора)), копию банковской карточки (в целях возможности ознакомления с подписью единоличного исполнительного органа).

⇒ **В-третьих**, перед заключением договора организовать встречу между руководителями договаривающихся сторон с личным подпи-

санием документов. Если по каким-либо причинам личная встреча невозможна, желательно провести видеоконференцию между руководителями с подписанием документов.

⇒ **В-четвертых**, запросить у потенциального контрагента информацию о его финансовом положении (бухгалтерская отчетность, копии актов сверки с налоговыми органами, сведения о штатной численности сотрудников). Если речь идет об исполнителе работ, стоит запросить также информацию о наличии основных средств (техники). Если рассматривается ситуация приобретения товара, желательно поинтересоваться наличием в распоряжении (собственности, аренде) складских помещений и транспортных средств.

После того как выбран потенциальный контрагент и заключен договор, необходимо следить за надлежащим исполнением заключенного договора не только с точки зрения достижения качественного результата (поставки товара, выполнения работ и оказания услуг), важно также обращать внимание на лиц, которые непосредственно исполняют заключенный договор. Данная рекомендация объясняется тем, что 19 августа 2017 г. вступила в силу ст. 54.1 «Пределы осуществления прав по исчислению налоговой базы и (или) суммы налога, сбора, страховых взносов» НК РФ. На основании п. 2 этой статьи налогоплательщик вправе уменьшить налоговую базу или сумму подлежащего уплате налога при соблюдении одновременно следующих условий.

⇒ **Первое** — основной целью совершения сделки (операции) не являются неуплата (неполная уплата) и (или) зачет (возврат) суммы налога.

⇒ **Второе** — обязательство по сделке (операции) исполнено лицом, являющимся стороной договора, заключенного с налогоплательщиком, и (или) лицом, которому обязательство по исполнению сделки (операции) передано по договору или закону.

Напомним, что нарушение второго условия имеет место в случае, когда материалы проверки свидетельствуют, что товар (работа, услуга) исходит от иного лица, а не от заявленного контрагента. Поэтому, чтобы снизить риск возникновения налоговых претензий, в случае исполнения заключенного договора иным лицом необходимо требовать документальное подтверждение передачи исполнения обязанности по договору контрагентом такому лицу.

Анализ судебной практики по налоговым проверкам показывает, что в ряде случаев налоговые органы применяют положения ст. 54.1 НК РФ в совокупности с разъяснениями Пленума ВАС РФ, изложен-

ными в постановлении от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»:

- *«Судебная практика разрешения налоговых споров исходит из презумпции добросовестности налогоплательщиков и иных участников правоотношений в сфере экономики. В связи с этим предполагается, что действия налогоплательщика, имеющие своим результатом получение налоговой выгоды, экономически оправданны, а сведения, содержащиеся в налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, — достоверны.*

*Под налоговой выгодой для целей настоящего Постановления понимается уменьшение размера налоговой обязанности вследствие, в частности, уменьшения налоговой базы, получения налогового вычета, налоговой льготы, применения более низкой налоговой ставки, а также получение права на возврат (зачет) или возмещение налога из бюджета.*

*Представление налогоплательщиком в налоговый орган всех надлежащим образом оформленных документов, предусмотренных законодательством о налогах и сборах, в целях получения налоговой выгоды является основанием для ее получения, если налоговым органом не доказано, что сведения, содержащиеся в этих документах, неполны, недостоверны и (или) противоречивы» (п. 1);*

- *«Судам необходимо иметь в виду, что следующие обстоятельства сами по себе не могут служить основанием для признания налоговой выгоды необоснованной:*
  - *создание организации незадолго до совершения хозяйственной операции;*
  - *взаимозависимость участников сделок;*
  - *неритмичный характер хозяйственных операций;*
  - *нарушение налогового законодательства в прошлом;*
  - *разовый характер операции;*
  - *осуществление операции не по месту нахождения налогоплательщика;*
  - *осуществление расчетов с использованием одного банка;*
  - *осуществление транзитных платежей между участниками взаимосвязанных хозяйственных операций;*
  - *использование посредников при осуществлении хозяйственных операций.*

*Однако эти обстоятельства в совокупности и взаимосвязи с иными обстоятельствами, в частности, указанными в пункте 5 насто-*

*ящего Постановления, могут быть признаны обстоятельствами, свидетельствующими о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды» (п. 6);*

- *«Факт нарушения контрагентом налогоплательщика своих налоговых обязанностей сам по себе не является доказательством получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды. Налоговая выгода может быть признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности, в силу отношений взаимозависимости или аффилированности налогоплательщика с контрагентом.*

*Налоговая выгода может быть также признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что деятельность налогоплательщика, его взаимозависимых или аффилированных лиц направлена на совершение операций, связанных с налоговой выгодой, преимущественно с контрагентами, не исполняющими своих налоговых обязанностей» (п. 10).*



Из этого следует, что представленные налогоплательщиком в налоговый орган все надлежащим образом заверенные документы, предусмотренные законодательством о налогах и сборах, в целях получения налоговой выгоды являются основанием для ее получения, если налоговым органом не доказано, что сведения, содержащиеся в этих документах, неполны, недостоверны и (или) противоречивы. При отсутствии доказательств совершения налогоплательщиком и его контрагентами согласованных умышленных действий, направленных на неправомерное создание оснований для возмещения налога из бюджета, эти обстоятельства не могут свидетельствовать о недобросовестности налогоплательщика. Факт нарушения контрагентами своих налоговых обязательств не является доказательством получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды. Налоговая выгода может быть признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом (см. постановления Седьмого апелляционного арбитражного суда от 17.10.2019 № 07АП-9255/19, Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 05.09.2019 № А63-17884/2018, Арбитражного суда Уральского округа от 21.06.2019 № Ф09-2382/19 и другие судебные акты).

➡ **Таким образом**, внесение в НК РФ ст. 54.1 не оказало существенного влияния на практическое применение подходов, изложенных в постановлении Пленума ВАС РФ «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», которыми налогоплательщику предписывается проявлять должную осмотрительность и осторожность при осуществлении хозяйственной деятельности. Более того, указанное положение фактически установило обязанность налогоплательщика следить за исполнением договора именно контрагентом по договору, в случае взаимодействия с иными лицами налогоплательщику следует обладать документальным подтверждением передачи исполнения по договору.

❗ **В связи с этим на этапе исполнения договора налогоплательщику рекомендуется** запрашивать у своих контрагентов документальные основания передачи исполнения иным лицам.

☑ Например, следует запросить:

- договор перевозки, если доставка товара на склад покупателя осуществляется перевозчиком, а не непосредственно поставщиком;
- договор субподряда при частичной (полной) передаче исполнения по договору подряда другим подрядчикам.

В случае отсутствия подобных документов могут иметь место налоговые риски, связанные с непризнанием расходов и неприятием к вычету «входного» НДС по таким операциям.

### Глава 3.

## Риски, связанные с привлечением к уголовной ответственности

Риски привлечения к уголовной ответственности предпринимателей являются достаточно животрепещущей темой для бизнесменов.



По статистике, приведенной в газете «Известия» (<https://iz.ru/958737/2019-12-26/v-rossii-snizilos-chislo-ugolovnykh-del-protiv-biznesmenov-v-2019-godu>), число уголовных дел, возбужденных в России против бизнесменов, в 2019 году сократилось по сравнению с 2018 годом на 5,8% — до 71 413, количество налоговых дел снизилось на 42,8%.

В то же время в 2019 году был установлен рекорд по количеству возбужденных уголовных дел в отношении предпринимателей, связанных с оборонно-промышленным комплексом. Число таких дел достигло 268, а рост составил почти 29%.

Также в газете отмечен рост числа новых уголовных дел в сфере коррупционных преступлений, которых стало больше на 3,4%, — свыше 21 тыс. дел.

По сведениям, опубликованным 17 января 2020 г. на сайте Интерфакса (<https://www.interfax.ru/russia/691675>), суды в России в 2019 году вынесли менее 1% оправдательных приговоров.



**Таким образом,** низкая, согласно официальной статистике, вероятность вынесения оправдательного приговора в сочетании с негативной информацией в СМИ по условиям содержания и отбывания наказания выводит вопрос о личных рисках при осуществлении предпринимательской деятельности на уровень жизненно важных для бизнес-сообщества.



По данным информационного агентства «Клерк.ру» (<https://www.klerk.ru/law/articles/413079/>), наиболее распространенными статьями УК РФ, по которым представители бизнеса привлекаются к ответственности, являются:

- ст. 146 («Нарушение авторских и смежных прав»);
- ст. 159 («Мошенничество»);
- ст. 160 («Присвоение или растрата»);

- ст. 199 («Уклонение от уплаты налогов, сборов, подлежащих уплате организацией, и (или) страховых взносов, подлежащих уплате организацией — плательщиком страховых взносов»);
- ст. 201 («Злоупотребление полномочиями»);
- ст. 210 («Организация преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней)»).

Также в последнее время из-за общего увеличения количества споров, связанных с банкротством компаний, актуальны вопросы привлечения к ответственности по ст. 196 («Преднамеренное банкротство»), и 197 («Фиктивное банкротство» УК РФ).

Если обратиться к анализу существующей практики по привлечению к уголовной ответственности представителей бизнеса, то можно перечислить несколько уголовных дел, которые сейчас на слуху у обывателя. Итак, самые громкие дела 2019 года.

- ☑ Дело Майкла Калви. Глава инвестиционного фонда *Baring Vostok* и еще пять человек (трое из них — сотрудники фонда) подозревались в мошенничестве. Следствие считает, что они похитили 2,5 млрд руб. из банка «Восточный» (он на 52% контролировался фондом) путем заключения сделки уступки Первому коллекторскому бюро в обмен на акции фонда *IFTG*. По версии Следственного комитета РФ, стоимость ценных бумаг была завышена.
- ☑ Дело экс-министра Михаила Абызова. По версии следователей, Михаил Абызов создал преступную группу «Ру-ком», преследующую цель извлечения прибыли и выгоды. Коммерческие структуры, которые, несмотря на работу М. Абызова в Правительстве РФ, остались ему фактически подконтрольны, продали государственному ФГУП «Алмазювелирэкспорт» акции четырех энергокомпаний за 4 млрд руб. — при их реальной стоимости 186 млн руб. Вместе с ним арестованы еще пять человек.
- ☑ Дело «Т-Платформы». Суть этого дела заключается в том, что имел место сговор поставщика компьютерной техники и руководителя подразделения МВД России по предоставлению дополнительных преференций поставщику.
- ☑ Дело о хищениях в Антипинском нефтеперерабатывающем заводе (далее в этой главе — НПЗ). Экс-владелец НПЗ обвиняется в том, что привлек кредиты различных банков под залог завода, который уже являлся заложенным. Кроме этого, продукция НПЗ продавалась по заниженным ценам аффилированным компаниям, тем самым занижалась выручка НПЗ, что, в свою очередь, де-

лало невозможным возврат кредитов. По сообщениям в прессе, в общей сложности банками был предоставлен кредит в размере 3 млрд долл.

- ☑ Дело основателя группы компаний «Рольф». Владельца группы компаний обвиняют в незаконном выводе за рубеж денежных средств в размере 4 млрд руб. В самой компании заявляют о том, что указанная сумма была связана со сделкой в рамках реорганизации группы компаний.
- ☑ Дело в отношении совладельца компании «Усть-Луга». Глава компании обвиняется в хищении денежных средств предприятия. Особенностью данного дела является то, что одним из доказательств по нему стала специальная декларация бизнесмена, представленная им в налоговый орган в рамках амнистии капиталов.
- ☑ Дело «Вятского кваса». Руководство кировского пивоваренного завода «Вятич» обвинялось в незаконном выводе за рубеж денежных средств на счета организации, имеющей признаки организации-однодневки, при этом сама компания заявляет, что в действительности имела место выплата дивидендов за 2014 год.

Не вдаваясь в тонкости точной квалификации деяний, совершенных вышеупомянутыми бизнесменами, постараемся выявить основные тенденции в определении факторов риска привлечения к уголовной ответственности и заблуждения бизнесменов относительно правомерности своих действий.

Исходя из практики консультирования представителей бизнеса, основными рисковыми факторами при осуществлении обычной хозяйственной деятельности, которые в дальнейшем провоцируют возбуждение уголовных дел, являются:

- совершение сделок на нерыночных условиях (заниженная или завышенная цена), соответственно, разница между указанными ценами может оцениваться как ущерб;
- невозврат ранее полученных кредитов, наличие неисполненных в срок обязательств;
- осуществление трансграничных расчетов, за исключением хозяйственных договоров, в соответствии с которыми предусматривается реальный товарообмен (выполнение работ и оказание услуг). Так, подозрения правоохранительных органов вызывают операции по выплате дивидендов в пользу владельца компании, займы, расчеты по сделкам и т.п.

Еще раз подчеркнем, что в рамках данной главы рассматривается так называемая обычная хозяйственная деятельность, когда оценка деятельности бизнесмена в качестве преступной вызывает у него недоумение. В основе этого лежит различный взгляд следственных органов и бизнесмена на вопрос о наличии преступного умысла и собственно допустимости предпринимательского усмотрения при ведении бизнеса.

Из практики консультирования можно выделить несколько типовых заблуждений бизнесменов.

**Первое заблуждение** — «я у себя ничего украсть не могу».

Допустим, мы имеем дело с ситуацией, когда у компании один владелец, который дает своим подчиненным указание на совершение сомнительных сделок. Таковыми могут быть сделки, по которым не получено исполнение, сделки, направленные на продажу имущества по заниженной цене, приобретение чего-либо дорогостоящего, но не используемого в обычной деятельности (например, приобретение предмета искусства сомнительного качества и стоимости). Однако, с точки зрения следователя, совершением подобных сделок наносится ущерб организации. При этом уголовно-правовые проблемы могут возникнуть в следующих случаях.

⇒ **При смене владельца компании** (подобные сделки могут быть квалифицированы как наносящие ущерб новому владельцу), а также, **если в состав участников (акционеров) впоследствии входят новые участники.**

⇒ **При наличии просроченных кредитов.** В этом случае ухудшение финансового положения вследствие заключения невыгодных сделок может быть квалифицировано как умысел на невозврат кредитов (упомянутое выше дело Антипинского НПЗ).

⇒ **При наличии кредиторской и налоговой задолженностей** уменьшение активов компании может трактоваться как уменьшение возможностей различных кредиторов на удовлетворение своих потребностей.

⇒ **При банкротстве организации.**

**Второе заблуждение** — «внутри группы компаний я могу делать все, что захочу».

Предположим, что мы имеем дело с бизнесменом, который является собственником нескольких компаний. В рамках своей компетенции он принимает решение о перегруппировке своих активов. Аргумент

бизнесмена: «Я могу переставить стулья в своей квартире. Почему я не могу переставить имущество в своих компаниях?».

К сожалению, это также может быть поставлено под сомнение проверяющими. Проблемы уголовно-правового характера могут проявиться как по мотивам, перечисленным выше, так и по мотивам создания схемы по искусственному занижению налоговой базы (в частности, когда производственное оборудование одной компании передается другой компании, соответственно, расходы производственной компании вырастают в связи с необходимостью аренды такого оборудования).



Примером может являться дело Башнефти, когда поводом для уголовных претензий к владельцу компании послужила ранее произведенная реорганизация. И хотя уголовное дело в отношении владельца АФК «Система» В. Евтушенкова (АФК «Система» являлась основным акционером АО «Башнефть») было прекращено, АФК «Система» заплатила крупную компенсацию в пользу НК «Роснефть» (новый акционер АО «Башнефть») в процессе гражданско-правового спора.

**Третье заблуждение** — «моя компания должна работать на меня, я могу пользоваться всем, чем захочу».

Нередко встречается ситуация, когда организация перечисляет своему акционеру деньги в качестве займов, совершает сделки по сомнительным основаниям, предоставляет в пользование имущество. Позиция владельца о законности всех своих распоряжений имуществом организации также является заблуждением, поскольку имущество организации принадлежит только этой организации. Отношения с акционером (участником) строятся в рамках корпоративного и гражданского законодательства, посредством формирования органов управления организации, выплаты дивидендов, осуществления гражданско-правовых сделок. Следовательно, должны соблюдаться все требования закона.



Примером уголовного дела по сходному вопросу может явиться приговор Кировского районного суда г. Екатеринбурга от 10.03.2015 № 1-11/2015.

**Четвертое заблуждение** — «нехватка денежных средств („кассовый разрыв“) является достаточным основанием для совершения сделки продажи активов (продукции) по заниженной цене».

К сожалению, дело обстоит ровно наоборот. Нехватка денежных средств является, как правило, следствием значительного объема кредиторской задолженности в структуре баланса. Возможно, организации в будущем предстоит подвергнуться процедуре банкротства, и решение

сиюминутных проблем ликвидности может не позволить в дальнейшем расплатиться со всеми кредиторами, так как организация лишится необходимых оборудования и материалов для производства.

Как указывалось выше, заключение сделок по заниженной стоимости является самостоятельным рисковым фактором возможного уголовного преследования. В связи с этим при шатком финансовом положении организация, напротив, должна как можно более тщательно подходить к обоснованию своей ценовой политики и выбору контрагента.

Также следует руководствоваться правилом: «нет приоритетных и неприоритетных кредиторов». Хозяйственная деятельность должна вестись таким образом, чтобы учитывались интересы всех кредиторов, в том числе тех, которые возникнут в будущем (например, при длящихся сделках имеется возможность определить время и размер обязательств, которые возникнут в будущем).

Продажа производственных активов предприятия при определенных условиях может рассматриваться как действия, направленные на создание неспособности организации в полном объеме удовлетворить требования кредиторов и уплатить обязательные платежи.



Примером подобного уголовного дела является постановление Президиума Ростовского областного суда от 07.06.2018 № 44у-115.

**Пятое заблуждение** — «нет документов, значит, нет доказательств, вывод — невозможно привлечь к ответственности в условиях отсутствия документов».

Нередко, когда организация попадает в сложное положение, принимается решение об уничтожении (сокрытии) документов. А иногда случается и стечение несчастливых обстоятельств, например, стихийное бедствие или пожар. К сожалению, утверждение о пользе отсутствия документов в ряде случаев также является заблуждением по следующим основаниям.

⇒ **Во-первых**, проверяющие могут восстановить документооборот, запросив соответствующие сведения у банка, у организаций-контрагентов, и по данным налоговой отчетности, а также документам, которые представлялись в налоговую инспекцию.

⇒ **Во-вторых**, в случае невозможности (или нежелания) восстановления отсутствующих документов следственные органы могут прибегнуть к услугам различных экспертов и определить экспертным путем размер практически всего, в чем имеется интерес: и ущерба, и объема сделок, и экономической выгоды, а также всего,

что считают нужным. При этом источники информации при производстве экспертизы практически ничем не ограничены. Это могут быть как статистические данные по соответствующей отрасли, так и информация, полученная об объемах производства на других предприятиях, и иные данные. Бизнесмену будет сложно в отсутствие доказательств добиться установления истины по своему делу и представить возражения на сделанную экспертизу.

Кроме этого, в случае введения процедуры конкурсного производства в процессе о банкротстве организации будет иметься необходимость передачи бухгалтерской и иной документации конкурсному управляющему на основании ст. 126 Закона о несостоятельности. Если руководитель не исполнит указанную обязанность, он может быть привлечен впоследствии к субсидиарной ответственности.

**Шестое заблуждение** — «я не могу быть привлечен к ответственности, если я не получил выгоды от совершения действий, инкриминируемых мне как преступное деяние».

Данное утверждение также является ложным.



Например, в соответствии со ст. 201 «Злоупотребление полномочиями» УК РФ преступным деянием является использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства. Данное положение закона не предусматривает обязательную выгоду непосредственно привлекаемого к ответственности лица.



Примером может служить апелляционное определение Московского городского суда от 19.08.2019 № 10-11220/2019, в котором генеральному директору ЗАО «СР-ДРАГа» вменялось в вину заключение договора банковского обслуживания с АКБ «ИнтрастБанк», в состав правления которого входили родственники генерального директора, а также отсутствие действия по прекращению договора банковского обслуживания при наличии информации о неэффективной политике банка. После того как у банка была отозвана лицензия, ЗАО «СР-ДРАГа» понесло существенный ущерб. В данном случае суд посчитал действия генерального директора направленными на создание выгод и преимуществ для своих родственников, входящих в состав руководства банка.



В п. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» говорится о том, что при решении вопроса о наличии в действиях (бездействии) подсудимого состава преступления, предусмотренного ст. 285 УК РФ, под признаками субъективной стороны данного преступления, кроме умысла, следует понимать:

- корыстную заинтересованность — стремление должностного лица путем совершения неправомερных действий получить для себя или других лиц выгоду имущественного характера, не связанную с незаконным безвозмездным обращением имущества в свою пользу или пользу других лиц (например, незаконное получение льгот, кредита, освобождение от каких-либо имущественных затрат, возврата имущества, погашения долга, оплаты услуг, уплаты налогов и т.п.);
- иную личную заинтересованность — стремление должностного лица извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленное такими побуждениями, как карьеризм, семейственность, желание приукрасить действительное положение, получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность и т.п.

Как использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы следует рассматривать протекционизм, под которым понимается незаконное оказание содействия в трудоустройстве, продвижении по службе, поощрении подчиненного, а также иное покровительство по службе, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности.



**Таким образом,** существующие правовые подходы предполагают возможность привлечения к уголовной ответственности лиц, осуществляющих управленческие функции, в отсутствие фактов личного обогащения и личной выгоды.

**Седьмое заблуждение** — «если есть судебное решение по спору, касающемуся сделки или ее исполнения, то можно считать, что суд проверил законность данной сделки».

Данный довод является заблуждением, поскольку суд при рассмотрении того или иного дела оценивает спорные правоотношения исключительно по обстоятельствам, сообщенным сторонами суду, и в соответствии с документами, имеющимися в материалах дела. При наличии иных обстоятельств и доказательств суд может принять иное решение по, казалось бы, схожему спору. Состоявшееся решение также может быть отменено по вновь открывшимся обстоятельствам в соответствии

со ст. 392 ГПК РФ и 311 АПК РФ. Кроме этого, в судебном акте, выносимом по итогам рассмотрения уголовного дела, должны быть установлены иные обстоятельства, которые, как правило, не устанавливаются при рассмотрении гражданско-правовых споров.



Например, в апелляционном определении Московского городского суда от 02.04.2019 № 10-2716/2019 осужденные по ст. 210 («Организация преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней)») и ст. 201 («Злоупотребление полномочиями») УК РФ ссылались на тот факт, что сделки, инкриминируемые впоследствии как направленные на совершение преступления, нашли свое отражение в решении Высокого суда Англии и Уэльса и оценены данным судом как обычные коммерческие сделки. Суд, рассматривающий уголовное дело, посчитал, что решение английского суда вынесено на основе иностранного права по гражданскому, а не по уголовному делу и не в соответствии с российским уголовно-процессуальным законодательством, по которому подлежат доказыванию обстоятельства, указанные в ст. 73 УПК РФ. В связи с этим такие обстоятельства, как событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления), виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы, характер и размер вреда, причиненного преступлением, не устанавливались в гражданском процессе в английском суде в рамках исковых требований. В результате факт наличия судебного решения по гражданско-правовому спору в данном случае не помог подсудимым доказать свою невиновность.

В некоторых случаях и вовсе следственные органы приводят доводы о том, что судебные акты вынесены вследствие имитации судебного процесса между сторонами и являются элементами преступного замысла.



Примером может служить так называемая сочинская схема, которая была описана на страницах Новой газеты (<https://novayagazeta.ru/articles/2019/04/14/80226-lovlya-na-zhiltsa>):

«Первый эпизод таков. В 2007 году администрация Сочи отказала ООО „МастерСтрой“ в предоставлении земельного участка для строительства многоквартирного жилого дома на ул. Пирогова. В 2010 году ООО „МастерСтрой“ еще раз обратилось в администрацию Сочи с заявлением о заключении договора аренды земли под строительство сроком на 49 лет и снова получило отказ. Отказ был обжалован в суде, который и обязал мэрию заключить этот договор. По версии следствия,

эта судебная тяжба была „договорняком“: администрация лишь имитировала участие в процессе, особо не возражая против доводов истца.

В итоге 29 октября 2015 года все тот же Рыков подписал разрешение на строительство. Застройщикам этот документ, как полагает следствие, обошелся в 50 миллионов рублей, которые были переданы „организованной группе“.

Второй эпизод — выдача разрешения на строительство ЖК „Марина парк“; тогда застройщику, как следует из материалов дела, пришлось раскошелиться на 100 миллионов рублей. Все по той же „сочинской схеме“: обращение в администрацию — отказ — обращение в суд — имитация участия в процессе — судебное решение — выдача разрешения на строительство».

➡ **Таким образом,** сам по себе судебный акт по гражданскому спору не может быть «индальгенцией» от уголовного преследования в связи с совершением тех или иных сделок. Рекомендации по использованию того или иного судебного акта при построении позиции в случае уголовного преследования должен дать адвокат — защитник, представляющий интересы организации и (или) его руководителя по конкретному спору.

**Восьмое заблуждение** — «к следственным действиям и оперативным мероприятиям невозможно подготовиться, это всегда внезапное стечение обстоятельств».

Безусловно, оперативные мероприятия на то и оперативные, что осуществляются внезапно, с целью получения максимально возможных доказательств и документов. Однако представляется целесообразным проведение определенной подготовки к возможным визитам правоохранительных органов.

⇒ Прежде всего **необходимо заручиться поддержкой двух-трех адвокатов**, которые в случае необходимости будут готовы представлять интересы организации и ее должностных лиц при проведении оперативно-следственных мероприятий.

⇒ Также **рекомендуется провести правовой анализ деятельности организации** на предмет выявления уголовно-правовых рисков в хозяйственной деятельности.

⇒ Кроме этого, в случае проведения обыска и изъятия документов **желательно стремиться к тому, чтобы изъятые документы были описаны.**

Зачастую в протоколах обыска указывается, что изъяты определенное количество коробок и папок с документами, но опись изымаемых документов не предоставляется. Впоследствии организации бывает трудно доказать факт изъятия конкретных документов. Это может вызвать проблемы с подтверждением расходов при исчислении налога на прибыль, а также при заявлении вычетов по НДС и с исполнением требований налоговых органов о предоставлении документов в случае проведения соответствующих проверок. Помимо прочего, в случае дальнейшего банкротства организации могут возникнуть сложности, связанные с передачей бухгалтерской и иной документации конкурсному управлению. Напомним, что неисполнение данной обязанности, в свою очередь, является одним из оснований привлечения к субсидиарной ответственности руководителя организации-банкрота.



Примером подобной ситуации является определение Верховного Суда РФ от 30.09.2019 № 305-ЭС19-10079. Данным определением дело о привлечении бывшего руководителя должника к субсидиарной ответственности направлено на новое рассмотрение. Вместе с тем на основании этого акта можно с уверенностью констатировать, что имеется сложность доказывания того, что в определенной папке (коробке) были изъяты именно те документы, предоставление которых требуется в той или иной ситуации.

Несмотря на тот факт, что срок хранения документов согласно ст. 29 Федерального закона от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» составляет пять лет (для некоторых документов срок хранения установлен в Перечне типовых управленческих архивных документов, образующихся в процессе деятельности государственных органов, органов местного самоуправления и организаций, с указанием сроков их хранения, утвержденном приказом Росархива от 20.12.2019 № 236), срок давности со дня совершения преступления составляет от двух до 15 лет (ст. 78 УК РФ). К особо тяжким преступлениям относят и печально известную ст. 210 УК РФ (создание преступного сообщества или участие в нем), которую все чаще пытаются применить к предпринимателям.



**Таким образом,** исходя из позиций, изложенных выше, рекомендуется хранить документы организации в пределах 15 лет (принять решение о целесообразности хранения того или иного вида документации поможет адвокат).

## **Глава 4.**

### **Риски, связанные со взысканием убытков с руководителей**

Будучи руководителем, менеджер несет повышенную ответственность по сравнению с рядовым сотрудником — как гражданско-правового характера, так и вытекающую из риска быть привлеченным к административной или уголовной ответственности. Отчасти данные риски оправдываются более высоким уровнем вознаграждения по сравнению с рядовыми сотрудниками.

Вопросы гражданско-правовой ответственности органов юридического лица, а также контролирующих лиц регулируются ГК РФ (п. 3 ст. 53, ст. 53.1), а также положениями Закона об АО (ст. 71) и Закона об ООО (ст. 44).

В частности, в п. 3 ст. 53 ГК РФ установлено следующее:

«Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Такую же обязанность несут члены коллегиальных органов юридического лица (наблюдательного или иного совета, правления и т.п.)».

В ст. 53.1 ГК РФ, которая так и называется — «Ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица», закреплено:

«1. Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени (пункт 3 статьи 53), обязано возместить по требованию юридического лица, его учредителей (участников), выступающих в интересах юридического лица, убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, несет ответственность, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей оно действовало недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

2. Ответственность, предусмотренную пунктом 1 настоящей статьи, несут также члены коллегиальных органов юридического лица, за исключением тех

из них, кто голосовал против решения, которое повлекло причинение юридического лицу убытков, или, действуя добросовестно, не принимал участия в голосовании.

3. Лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания лицам, названным в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

4. В случае совместного причинения убытков юридическому лицу лица, указанные в пунктах 1–3 настоящей статьи, обязаны возместить убытки солидарно.

5. Соглашение об устранении или ограничении ответственности лиц, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, за совершение недобросовестных действий, а в публичном обществе за совершение недобросовестных и неразумных действий (пункт 3 статьи 53) ничтожно.

Соглашение об устранении или ограничении ответственности лица, указанного в пункте 3 настоящей статьи, ничтожно».

В ст. 71 Закона об АО, посвященной ответственности членов совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора) и (или) членов коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), управляющей организации или управляющего, предусматривается:

«1. Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор), временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), а равно управляющая организация или управляющий при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должны действовать в интересах общества, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно.

2. Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор), временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), равно как и управляющая организация или управляющий, несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания ответственности не установлены федеральными законами.

Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор), временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), равно как и управляющая организация или управляющий, несут ответственность перед обществом или акционерами за убытки, причиненные их виновными действиями (бездействи-

ем), нарушающими порядок приобретения акций общества, предусмотренный главой XI.1 настоящего Федерального закона.

При этом в совете директоров (наблюдательном совете) общества, коллегиальном исполнительном органе общества (правлении, дирекции) не несут ответственность члены, голосовавшие против решения, которое повлекло причинение обществу или акционеру убытков, или не принимавшие участия в голосовании.

3. При определении оснований и размера ответственности членов совета директоров (наблюдательного совета), единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора) и (или) членов коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), а равно управляющей организации или управляющего должны быть приняты во внимание обычные условия делового оборота и иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

4. В случае, если в соответствии с положениями настоящей статьи ответственность несут несколько лиц, их ответственность перед обществом, а в случае, предусмотренном абзацем вторым пункта 2 настоящей статьи, перед акционером является солидарной.

5. Общество или акционер (акционеры), владеющие в совокупности не менее чем 1 процентом размещенных обыкновенных акций общества, вправе обратиться в суд с иском к члену совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличному исполнительному органу общества (директору, генеральному директору), временному единоличному исполнительному органу общества (директору, генеральному директору), члену коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), равно как и к управляющей организации (управляющему) о возмещении причиненных обществу убытков в случае, предусмотренном абзацем первым пункта 2 настоящей статьи.

Общество или акционер вправе обратиться в суд с иском к члену совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличному исполнительному органу общества (директору, генеральному директору), временному единоличному исполнительному органу общества (директору, генеральному директору), члену коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), равно как и к управляющей организации (управляющему) о возмещении причиненных ему убытков в случае, предусмотренном абзацем вторым пункта 2 настоящей статьи.

6. Представители государства или муниципального образования в совете директоров (наблюдательном совете) общества несут предусмотренную настоящей статьей ответственность наряду с другими членами совета директоров (наблюдательного совета) общества».

Аналогичные положения содержатся в ст. 44 Закона об ООО:

«1. Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества, члены коллегиального исполнительного органа общества, а равно управляющий при осуществлении ими прав и исполнении обязанностей должны действовать в интересах общества добросовестно и разумно.

2. Члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества, члены коллегиального исполнительного органа общества, а равно управляющий несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены федеральными законами. При этом не несут ответственности члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, члены коллегиального исполнительного органа общества, голосовавшие против решения, которое повлекло причинение обществу убытков, или не принимавшие участия в голосовании.

3. При определении оснований и размера ответственности членов совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличного исполнительного органа общества, членов коллегиального исполнительного органа общества, а равно управляющего должны быть приняты во внимание обычные условия делового оборота и иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

4. В случае, если в соответствии с положениями настоящей статьи ответственность несут несколько лиц, их ответственность перед обществом является солидарной.

5. С иском о возмещении убытков, причиненных обществу членом совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличным исполнительным органом общества, членом коллегиального исполнительного органа общества или управляющим, вправе обратиться в суд общество или его участник».

➡ **Таким образом,** лицо, которое в силу закона выступает от имени юридического лица, должно действовать в интересах данного лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица возместить убытки, причиненные юридическому лицу.

Правовые позиции по данному вопросу сформулированы в Постановлении Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах возмещения убытков.

Так, п. 2 этого постановления содержит пояснения по вопросу о квалификации действий лица, осуществляющего управление организацией, как недобросовестных. Недобросовестность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, в следующих случаях.

**Во-первых,** если директор действовал при наличии конфликта между его личными интересами (интересами аффилированных лиц директора) и интересами юридического лица, в том числе при наличии фактической заинтересованности директора в совершении юридическим лицом сделки, за исключением случаев, когда информация о конфликте интересов была заблаговременно раскрыта и действия директора были одобрены в установленном законодательством порядке.

 Например, был удовлетворен иск о взыскании с генерального директора убытков, образованных в результате отчуждения одной организацией акций по заниженной стоимости другой организации, в которой генеральный директор организации-продавца был акционером.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.09.2016 № А40-52681/12.*

 В постановлении Арбитражного суда Московского округа от 31.10.2019 № Ф05-18759/2019 № А40-293679/2018 взысканы убытки в виде уплаченных денежных средств в пользу аффилированного лица за аренду микроавтобуса, объективная необходимость в котором отсутствовала.

 Однако в случае отсутствия очевидной невыгодности сделки на момент ее заключения в удовлетворении иска может быть отказано (см., например, постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.08.2019 № А40-167234/12).

**Во-вторых**, если директор скрывал информацию о совершенной им сделке от участников юридического лица (в частности, если сведения о такой сделке в нарушение закона, устава или внутренних документов юридического лица не были включены в отчетность юридического лица) либо предоставлял участникам юридического лица недостоверную информацию в отношении соответствующей сделки.

 При этом в случае нарушения налогового законодательства в виде отсутствия подтверждающих понесенные расходы документов убытки в виде доначисленных налогов могут быть взысканы с генерального директора.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.09.2019 № А40-15432/2016.*

**В-третьих**, если директор совершил сделку без требующегося в силу законодательства или устава одобрения соответствующих органов юридического лица.

 Примером подобного спора является определение Верховного Суда РФ от 02.02.2017 № 307-ЭС16-18755, где с генерального директора были взысканы убытки, понесенные в связи с заключением сделки на нерыночных условиях и без должного одобрения общим собранием участников как сделки с заинтересованностью.

**В-четвертых**, если директор после прекращения своих полномочий удерживает и уклоняется от передачи юридическому лицу документов, касающихся обстоятельств, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица.



Примером применения вышеуказанного положения может явиться постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.10.2018 № А41-102870/2015, в котором суд признал, что руководитель организации не проявил должной степени ответственности и осмотрительности в форме непередачи документации конкурсному управляющему, что впоследствии привело к невозможности проведения инвентаризации, оценки и продажи имущества должника (формирования конкурсной массы) для удовлетворения требований кредиторов в ходе проведения процедуры конкурсного производства и тем самым нанесло ущерб их интересам.



В некоторых случаях в качестве убытков квалифицируют переплату по налогам, о наличии которой новый руководитель не знал вследствие отсутствия соответствующих документов (см., например, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.12.2018 № А56-59025/2013).

**В-пятых**, если директор знал или должен был знать о том, что его действия (бездействие) на момент их совершения не отвечали интересам юридического лица, например, совершил сделку (голосовал за ее одобрение) на заведомо невыгодных для юридического лица условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом (фирмой-«однодневкой» и т.п.).



К таким обстоятельствам относят перечисление денежных средств в отсутствие встречного предоставления (см., например, постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 21.11.2019 № А53-11518/2019).

Под **сделкой на невыгодных условиях** понимается сделка, цена и (или) иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены и (или) иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если предоставление, полученное по сделке юридическим лицом, в два или более раза ниже стоимости предоставления, совершенного юридическим лицом в пользу контрагента).

Невыгодность сделки определяется на момент ее совершения; если же невыгодность сделки обнаружилась впоследствии по причине нарушения возникших из нее обязательств, то директор отвечает за соответствующие убытки, если будет доказано, что сделка изначально заключалась с целью ее неисполнения либо ненадлежащего исполнения.



**Обратите внимание:** директор освобождается от ответственности, если докажет, что заключенная им сделка хотя и была сама по

себе невыгодной, но являлась частью взаимосвязанных сделок, объединенных общей хозяйственной целью, в результате которых предполагалось получение выгоды юридическим лицом. Он также освобождается от ответственности, если докажет, что невыгодная сделка заключена для предотвращения еще большего ущерба интересам юридического лица.

При определении интересов юридического лица следует, в частности, учитывать, что основной целью деятельности коммерческой организации является извлечение прибыли (п. 1 ст. 50 ГК РФ). Также необходимо принимать во внимание соответствующие положения учредительных документов и решений органов юридического лица (например, об определении приоритетных направлений его деятельности, об утверждении стратегий и бизнес-планов и т.п.). Директор не может быть признан действовавшим в интересах юридического лица, если он действовал в интересах одного или нескольких его участников, но в ущерб юридическому лицу.

В п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах возмещения убытков содержатся пояснения по вопросу квалификации действий лица, осуществляющего управление организацией, как неразумных. Неразумность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, в следующих случаях.

**Во-первых**, если директор принял решение без учета известной ему информации, имеющей значение в данной ситуации.



Подобная ситуация имела место при рассмотрении дела по иску ООО, в котором было установлено, что лицо, исполнявшее функции единоличного исполнительного органа, заключило ряд договоров подряда в обход установленной в возглавляемой им организации процедуры проведения торгов по завышенной стоимости.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.12.2016 № А40-11428/13.*



Другим примером является дело ООО «Н.», где с директора были взысканы убытки в связи с непринятием мер по возврату заемных средств, выданных на основании договора займа, который являлся сделкой с заинтересованностью, не одобренной в надлежащем порядке. Соответственно, нарушение директора состояло как в заключении сделки, которая подлежала одобрению, так и в недостаточности действий, направленных на защиту интересов возглавляемой им организации.

*См.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 07.02.2017 № Ф06-20292/2013.*



К виновным действиям генерального директора на основании рассматриваемого положения были отнесены действия по увеличению себе зарплаты в два раза в тех условиях, когда возглавляемое им общество отвечало признакам неплатежеспособности.

*См.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 01.11.2017 № А62-6714/2014.*

**Во-вторых**, если директор до принятия решения не предпринял действий, направленных на получение необходимой и достаточной для его принятия информации, которые обычны для деловой практики при сходных обстоятельствах, в частности, если доказано, что при имеющихся обстоятельствах разумный директор отложил бы принятие решения до получения дополнительной информации.



Например, по данному основанию признали неразумными действия председателя правления банка, предоставлявшего кредиты при отсутствии полной информации о деятельности заемщиков, как то: наличие реальной финансово-хозяйственной деятельности, финансовое положение, объем налоговых и финансовых обязательств.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.07.2019 № А40-78661/14.*



Также примером признания неразумности действий генерального директора может служить постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 11.02.2016 № Ф06-5251/2015, на основании которого с генерального директора были взысканы убытки. Причиной возникновения убытков стали налоговые доначисления по фактам заключения договора на поставку нефтепродуктов с организацией, которая не была зарегистрирована в ЕГРЮЛ и не имела правоспособности.

**В-третьих**, если директор совершил сделку без соблюдения обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок (например, согласования с юридическим отделом, бухгалтерией и т.п.).



По данному основанию с генерального директора взыскали убытки, образованные в связи с распоряжением денежными средствами организации в отсутствие оправдательных документов в деле, рассмотренном Арбитражным судом Дальневосточного округа (постановление от 16.08.2018 № Ф03-3110/2018).

Как указано в абз. 2 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах возмещения убытков, поскольку судебный контроль призван обеспечивать защиту прав юридических лиц и их учредителей (участников), а не проверять экономическую целесообразность реше-

ний, принимаемых директорами, то директор не может быть привлечен к ответственности за причиненные юридическому лицу убытки в случаях, когда его действия (бездействие), повлекшие убытки, не выходили за пределы обычного делового (предпринимательского) риска.



Например, в деле, рассмотренном Арбитражным судом Московского округа (постановление от 09.08.2018 № Ф05-11992/2018), было отказано во взыскании убытков с генерального директора по мотивам того, что возглавляемое им общество лишилось права осуществлять перевозки по маршрутам, что привело к потере значительной части дохода, понесло реальные затраты на защиту и восстановление своего права на осуществление перевозок по маршрутам, поскольку суд посчитал, что надлежащие доказательства неисполнения генеральным директором своих обязательств отсутствуют.



**Следует иметь в виду**, что в соответствии с п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», применяя положения ст. 53.1 ГК РФ об ответственности лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица, суды принимают во внимание, что негативные последствия, наступившие для юридического лица в период времени, когда в состав органов юридического лица входило названное лицо, сами по себе не свидетельствуют о недобросовестности и (или) неразумности его действий (бездействия), так как возможность возникновения таких последствий связана с риском предпринимательской и (или) иной экономической деятельности.

Члены совета директоров могут быть привлечены к солидарной ответственности с директором, если они одобрили вменяемую ему в ответственность сделку или воздержались от голосования за такую сделку (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ о некоторых вопросах возмещения убытков).

Однако на практике неизмеримо чаще встречаются ситуации привлечения к ответственности директора, поскольку он несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ).

## Глава 5.

### Риски, связанные с нарушением антимонопольного законодательства



Согласно сообщениям прессы (<https://tass.ru/ekonomika/6394390>) со ссылкой на официальные источники доля государства составляет более половины экономики РФ, что затрудняет развитие конкуренции.

В указанной публикации ФАС России отмечает, что перед кризисом 1998 года доля государства в экономике России оценивалась примерно в 25%, в 2008 году — уже в 40–45%, к 2013 году она превысила 50%. «В 2017 году, по многим экспертным оценкам, она может превышать уже 60–70%. Следует отметить, что в 2018 году ситуация существенно не изменилась», — отмечает антимонопольное ведомство.

Совокупная доля госкорпораций в экономике России составляет, по различным оценкам, 7–10% ВВП.

Соответственно, на оставшемся негосударственным свободном рынке растет конкуренция. В целях получения заказа предприниматели все чаще идут на нарушение закона.



Так, в одном из последних сообщений в прессе (<https://www.vedomosti.ru/business/articles/2019/12/03/817777-fas-obnaruzhila>) отмечается, что в ноябре 2019 года ФАС России возбудила дело о картелях в отношении компаний «Ленэлектромонтаж» и «Севзап-электросетьмонтаж». Ведомство обнаружило признаки картельного сговора на более чем 20 торгах в 2014–2019 годах по строительству и реконструкции электросетей на общую сумму более 20,6 млрд руб. Заказчиками были Федеральная сетевая компания и принадлежащий ей Центр инжиниринга и управления строительством. Признаки картеля, по мнению антимонопольного органа, заключаются в совместной подготовке конкурентов к торгам и согласовании ценовых предложений.

В этой же публикации сказано, что в 2019 году ФАС России возбудила 22 дела о сговорах на торгах.

Заключение хозяйствующим субъектом соглашения, признаваемого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ картелем, влечет административную ответственность по ст. 14.32 КоАП РФ.

Однако, если следственными органами будет доказано, что картель причинил крупный ущерб от 10 млн руб. гражданам, организациям или государству либо привел к доходам от 50 млн руб., виновные в сговоре должностные лица компаний могут быть привлечены к уголовной ответственности по ст. 178 («Ограничение конкуренции») УК РФ.

Также нарушения в сфере антимонопольного законодательства могут приводить к возбуждению уголовных дел и по другим статьям, например, по ст. 286 («Превышение должностных полномочий») УК РФ.



Так, в публикации газеты «Коммерсантъ» (<https://www.kommer-sant.ru/doc/4199350>) сообщается о возбуждении уголовного дела по ст. 286 УК РФ после проведения проверки УФАС России по региону. В ходе антимонопольной проверки был выявлен сговор пресс-службы Ростовской области с организацией, осуществляющей публикации на сайте «Деловое сообщество».

По данным ведомства, в 2018 году по закупке на оказание услуги по комплексному освещению деятельности городской администрации состоялось два конкурса. На участие в первом конкурсе с начальной ценой контракта 25 млн руб. подали заявки ООО «Деловое сообщество» и АО «Телерадиокомпания „Тихий Дон“». На участие во втором с начальной ценой контракта более 16,7 млн руб. — ООО «Деловое сообщество» и индивидуальный предприниматель. В УФАС России по региону установили, что сотрудники городской администрации предоставляли ООО «Деловое сообщество» информацию и рекомендации относительно формирования ценового предложения, а также доступ к закупочной документации до ее официального опубликования. Таким образом, по мнению антимонопольного органа, должностные лица заказчика разработали схему проведения торгов, направленную на предоставление однозначной победы ООО «Деловое сообщество» в конкурсах.

Также было установлено, что ООО «Деловое сообщество» не оказывает услуги комплексного характера, как того требует документация, освещает деятельность заказчика исключительно в Интернете, но не делает этого в печатных СМИ и на телевидении. Кроме этого, ряд документов, представленных ООО «Деловое сообщество» на конкурс, содержат неточности, что не может гарантировать их достоверность и соответствие требованиям конкурсов. Арбитражный суд Ростовской области полностью подтвердил законность и обоснованность решения УФАС России.



По данным интернет-газеты «Фонтанка.ру» (<https://www.fontanka.ru/2019/11/28/028/>), была задержана Министр здравоохранения Ростовской области в связи с возбуждением дела по ст. 286 УК РФ. Ранее ФАС России установила сговор на торгах на утилизацию ме-

дицинских отходов, по результатам которых был заключен договор с ООО «Центр 100 Ростов-на-Дону».

В свою очередь, ООО «Центр 100 Ростов-на-Дону», занимающееся утилизацией медицинских отходов, заявило о необоснованных и противоречащих законодательству проверках своего бизнеса, что могло поставить под вопрос работу и создание на территории региона полноценной централизованной системы обеззараживания и захоронения медицинских отходов (<https://www.kommersant.ru/doc/4060056>).



Если обратиться к сообщениям Московского УФАС России, то одним из последних является дело ООО «Торговый Дом „Арбис“» и ООО «УчСервис», возбужденное по признакам картельного сговора при участии в четырех электронных аукционах. Наличие картельного соглашения было заподозрено в связи с фактами отказа от конкурентной борьбы указанных компаний при проведении электронного аукциона (<https://moscow.fas.gov.ru/news/17602>).



Также ведомство сообщает (<https://moscow.fas.gov.ru/news/17580>) о выявлении картельного сговора на торгах по благоустройству территорий столицы. Общая начальная (максимальная) цена контрактов по торгам составила 134 млн руб. Компании ООО «Ситигрупп», ООО «Инновационные Дорожные Технологии», ООО «Дорстрой» и ООО «Спектр» в ходе торгов, по мнению Московского УФАС России, действовали в интересах друг друга, что привело к поддержанию цены на торгах. В результате антимонопольный орган посчитал, что оказание услуг по благоустройству территорий осуществлялось без должной экономии бюджетных средств.



**На основе публикаций в прессе можно сделать вывод**, что основными факторами, при наличии которых возникает повышенный риск признания картельного сговора, являются: незначительное понижение цены от изначально заявленного, отсутствие активной конкуренции участников между собой, которая, видимо, должна проявляться в значительном снижении изначально заявленных цен.

Определение **картеля** приводится в ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Как указано в ч. 1 этой статьи, признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т.е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

По вопросу доказывания фактов наличия антиконкурентного соглашения и (или) картеля следует обратить внимание на разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденное протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3, где указано следующее.

⇒ При доказывании антиконкурентных соглашений и согласованных действий могут использоваться прямые и косвенные доказательства.

⇒ Прямыми доказательствами наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения:

- непосредственно соглашения;
- договоры в письменной форме;
- протоколы совещаний (собраний);
- переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде.

⇒ Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

⇒ На практике к таким косвенным доказательствам обычно относятся:

- отсутствие экономического обоснования поведения одного из участников соглашения, создающего преимущества для другого участника соглашения, не соответствующего цели осуществления предпринимательской деятельности — получению прибыли;
- заключение договора поставки (субподряда) победителем торгов с одним из участников торгов, отказавшимся от активных действий на самих торгах;

- использование участниками торгов одного и того же *IP*-адреса (учетной записи) при подаче заявок и участии в электронных торгах;
- фактическое расположение участников соглашения по одному и тому же адресу;
- оформление сертификатов электронных цифровых подписей на одно и то же физическое лицо;
- формирование документов для участия в торгах разных хозяйствующих субъектов одним и тем же лицом;
- наличие взаиморасчетов между участниками соглашения, свидетельствующее о наличии взаимной заинтересованности в результате реализации соглашения.

⇒ Так, Арбитражный суд Северо-Западного округа в постановлении от 23.04.2015 № А42-2564/2014 по делу об оспаривании решения антимонопольного органа делает вывод о том, что для констатации антиконкурентного соглашения необходимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий (при отсутствии доказательств обратного) может сыграть решающую роль.

⇒ В качестве доказательств могут использоваться документы и материалы, полученные с соблюдением требований к порядку и оформлению их получения.

⇒ Исходя из положений ст. 89 АПК РФ в качестве доказательств в суд могут быть предоставлены любые документы и материалы, если они содержат сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения спора, и такие документы и материалы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме.

⇒ При доказывании совершения незаконных действий, к которым относятся антиконкурентные соглашения и согласованные действия, копии документов и материалов (в том числе распечатки сообщений электронной почты, информации с жестких дисков и иных носителей, сами носители информации) могут быть заверены соответствующим органом, который получил (в том числе изъясил) в ходе проведенной на основании закона проверки названные документы и материалы с соблюдением требований к порядку и

оформлению получения (изъятия) доказательства, что будет отвечать требованиям ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 3 ст. 64 АПК РФ.

**Один из самых распространенных вопросов, встречающихся в практике консультирования: что является первичным — антимонопольное разбирательство или проверка, осуществляемая правоохранительными органами?**

Законодательно данный вопрос не урегулирован, однако встречаются ситуации, когда оба данных мероприятия могут идти параллельно.

В соответствии с п. 3.49 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339, основаниями для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства являются:

- поступление из государственных органов, органов местного самоуправления материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства;
- заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства;
- обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства;
- сообщение СМИ, указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства;
- прекращение действий и принятие мер, послуживших основанием для выдачи антимонопольным органом предупреждения, в установленный срок;
- результат проверки, при проведении которой выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, государственными внебюджетными фондами.

Основания для возбуждения уголовного дела перечислены в ст. 140 УПК РФ. В соответствии с ч. 1 этой статьи поводами для возбуждения уголовного дела служат:

- 1) заявление о преступлении;
- 2) явка с повинной;

- 3) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников;
- 4) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании.

На практике основаниями для проведения проверки, осуществляемой правоохранительными органами, являются как данные, полученные от ФАС России, так и жалобы, поступающие непосредственно в МВД России и территориальные органы.

Следует отметить, что в ряде случаев правоохранительные и антимонопольные органы действуют совместно (см. Положение о порядке взаимодействия Министерства внутренних дел Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службы, утвержденное приказом МВД России № 878 и ФАС России № 215 от 30.12.2004).

Встречаются ситуации, когда сотрудники органов антимонопольной службы привлекаются в качестве специалистов при расследовании уголовных дел, связанных с данной тематикой.

**Часто возникает вопрос: можно ли считать себя в безопасности относительно перспектив уголовного преследования, если решение антимонопольного органа, установившего факт нарушения антимонопольного законодательства, было признано арбитражным судом недействительным?**

Согласно ст. 90 УПК РФ **преюдициальными** в уголовно-процессуальном законодательстве признаются обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, за исключением приговора, постановленного судом в соответствии со ст. 226.9, 316 или 317.7 УПК РФ, либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства.

Указанные обстоятельства признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки. При этом такие приговор или решение не могут предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле.

Для понимания, в каком объеме преюдиция может быть использована при расследовании уголовного дела, необходимо обратить внимание на постановление Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 90 Уголов-

но-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко».



В этом постановлении сформирован конституционно-правовой подход, согласно которому у суда по уголовному делу может быть вся совокупность доказательств, которые ранее не были доступны и не изучались другим судом, вынесшим уже по этому поводу решение в порядке гражданского судопроизводства. При этом такого рода доказательства исследуются в процедурах, установленных уголовно-процессуальным законом, и могут в дальнейшем повлечь пересмотр гражданского дела. Поэтому в качестве единого способа опровержения преюдиции во всех видах судопроизводства должен признаваться пересмотр судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, к числу оснований которого относится установление приговором суда совершенных при рассмотрении ранее оконченного дела преступлений против правосудия, включая фальсификацию доказательств.

Напомним, что в ст. 14.32 КоАП РФ установлена ответственность за заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координацию экономической деятельности:

«1. Заключение хозяйствующим субъектом соглашения, признаваемого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации картелем, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи, либо участие в нем –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от сорока тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок от одного года до трех лет; на юридических лиц — от трех сотых до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей.

2. Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от одной десятой до одной второй

начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

3. Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации „вертикального соглашения“ либо участие в нем –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от пятнадцати тысяч до тридцати тысяч рублей или дисквалификацию на срок до одного года; на юридических лиц — от одной сотой до пяти сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), — от двух тысячных до двух сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей.

4. Заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо участие в нем, за исключением случаев, предусмотренных частями 1–3 настоящей статьи, –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от пятнадцати тысяч до тридцати тысяч рублей; на юридических лиц — от одной сотой до пяти сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), — от двух тысячных до двух сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке

которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей.

5. Координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, недопустимая в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, –

влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от сорока тысяч до пятидесяти тысяч рублей; на должностных лиц — от сорока тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от одного миллиона до пяти миллионов рублей.

6. Осуществление хозяйствующим субъектом недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц — от одной сотой до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), — от одной тысячной до одной сотой размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее пятидесяти тысяч рублей.

7. Заключение федеральным органом исполнительной власти, органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органом местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органом или организацией либо государственным внебюджетным фондом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо осуществление указанными органами или организациями недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий –

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трех лет».

Вместе с тем в примечаниях к этой статье предусматривается возможность использования механизма освобождения или смягчения ответственности.

В частности, в примечании 1 к ст. 14.32 КоАП РФ указывается, что лицо (группа лиц, определяемая в соответствии с антимонопольным законодательством РФ), добровольно заявившее в федеральный антимонопольный орган или его территориальный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашения либо об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ согласованных действий, освобождается от административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные ч. 1–4, 6 и 7 ст. 14.32 КоАП РФ, при выполнении в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

Освобождению от административной ответственности подлежит лицо, первым выполнившее все перечисленные условия.

В примечании 2 к ст. 14.32 КоАП РФ указывается, что не подлежит рассмотрению заявление, поданное одновременно от имени нескольких лиц, заключивших недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашение или осуществлявших недопустимые в соответствии с антимонопольным законодательством РФ согласованные действия.

Практика применения данных норм показывает важность исполнения всех условий, предусмотренных в вышеизложенных примечаниях в совокупности.



Например, в деле ООО «Е.» заявление об освобождении от административной ответственности было оставлено без удовлетворения, поскольку оно не содержало сведений и документов о совершенном правонарушении, которыми к этому моменту не обладал бы антимонопольный орган.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 09.10.2018 № А40-72898/2018.*



В случае наличия у антимонопольного органа заявления лица о заключении картельного соглашения заявление иного участника это-

го же картельного сговора не будет являться основанием для освобождения от ответственности.

*См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.02.2019 № А40-121772/2018.*

Кроме этого, указанные положения об освобождении от ответственности не могут быть использованы как инструмент злоупотребления правом.



Например, в деле, рассмотренном Девятым арбитражным апелляционным судом (постановление от 27.03.2019 № 09АП-8646/2019), обществу было отказано в принятии заявления, предусмотренного примечаниями к ст. 14.32 КоАП РФ, поскольку ранее оно уже было освобождено от административной ответственности на основании подобного заявления при рассмотрении иного дела о нарушении антимонопольного законодательства. В частности, было установлено, что, заявляя о наличии оснований для освобождения от ответственности в ином деле, общество не сообщило антимонопольному органу об иных картельных соглашениях, которые имели место в период рассмотрения дела.



Непредставление информации обо всех действующих картельных соглашениях влечет отказ в принятии заявления об освобождении от ответственности.

*См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2012 № 09АП-15752/2012.*

На основании примечания 3 к ст. 14.32 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного данной статьей, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

- добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение;
- добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении;
- оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении;

- предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения;
- добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда;
- добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль;
- лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получило обязательные для исполнения указания участвовать в них;
- лицо, совершившее административное правонарушение, не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения.

В примечании 4 к ст. 14.32 КоАП РФ указываются обстоятельства, отягчающие административную ответственность (например, организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий).

В соответствии с примечанием 5 к ст. 14.32 КоАП РФ за совершение административного правонарушения, предусмотренного частями 1–4, 6 и 7 этой статьи, административный штраф на юридическое лицо налагается в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, если такое юридическое лицо (группа лиц, определяемая в соответствии с антимонопольным законодательством РФ) добровольно заявило в федеральный антимонопольный орган или его территориальный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашения либо об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ согласованных действий и в совокупности выполнило следующие условия.

- ⇒ **Во-первых**, лицо признало факт совершения административного правонарушения.
- ⇒ **Во-вторых**, лицо отказалось от участия либо дальнейшего участия в соглашении или согласованных действиях.

⇒ **В-третьих**, представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

Административный штраф в указанном размере налагается на юридические лица, вторым и третьим выполнившие условия примечания 5 к ст. 14.32 КоАП РФ. Это примечание не применяется в отношении юридического лица, являющегося организатором недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашения.

## **Глава 6.**

### **Риски оспаривания сделок по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве**

К сожалению, в практике встречаются весьма неожиданные для бизнесменов ситуации, когда приходится сталкиваться с оспариванием сделок, совершенных с контрагентами, которые впоследствии были признаны неплатежеспособными (банкротами).

Иногда обжалуются платежи, совершаемые в процессе исполнения сделок, что ставит в затруднительное положение контрагента по договору.

Закон о банкротстве предоставляет возможность оспаривания сделок по общегражданским основаниям, а также по специальным основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве.

Сделки, которые могут быть оспорены по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве:

- подозрительные сделки с неравноценным встречным предоставлением (п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве);
- подозрительные сделки, совершенные с целью причинения вреда имущественным правам кредиторов (п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве);
- сделки с предпочтением (ст. 61.3 Закона о банкротстве).

В силу п. 3 ст. 61.1 Закона о банкротстве под сделками, которые могут оспариваться по правилам гл. III.1 этого закона, понимаются в том числе действия, направленные на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с гражданским, трудовым, семейным законодательством, законодательством о налогах и сборах, таможенным, процессуальным и другими отраслями законодательства РФ, а также действия, совершенные во исполнение судебных актов или правовых актов иных органов государственной власти.

В соответствии с п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, по правилам гл. III.1 Закона о банкротстве могут оспариваться:

- 1) действия, являющиеся исполнением гражданско-правовых обязательств (в том числе наличный или безналичный платеж должником денежного долга кредитору, передача должником иного

- имущества в собственность кредитора), или иные действия, направленные на прекращение обязательств (заявление о зачете, соглашение о новации, предоставление отступного и т.п.);
- 2) банковские операции, в том числе списание банком денежных средств со счета клиента банка в счет погашения задолженности клиента перед банком или другими лицами (как безакцептное, так и на основании распоряжения клиента);
  - 3) выплата заработной платы, в том числе премии;
  - 4) брачный договор, соглашение о разделе общего имущества супругов;
  - 5) уплата налогов, сборов и таможенных платежей как самим плательщиком, так и путем списания денежных средств со счета плательщика по поручению соответствующего государственного органа;
  - 6) действия по исполнению судебного акта, в том числе определения об утверждении мирового соглашения;
  - 7) перечисление взыскателю в исполнительном производстве денежных средств, вырученных от реализации имущества должника.

На основании п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, к сделкам, совершенным не должником, а другими лицами за счет должника, которые в силу п. 1 ст. 61.1 Закона о банкротстве могут быть признаны недействительными по правилам гл. III.1 этого закона (в том числе на основании ст. 61.2 или 61.3), могут, в частности, относиться:

- 1) сделанное кредитором должника заявление о зачете;
- 2) списание банком в безакцептном порядке денежных средств со счета клиента-должника в счет погашения задолженности клиента перед банком или перед другими лицами, в том числе на основании представленного взыскателем в банк исполнительного листа;
- 3) перечисление взыскателю в исполнительном производстве денежных средств, вырученных от реализации имущества должника или списанных со счета должника;
- 4) оставление за собой взыскателем в исполнительном производстве имущества должника или залогодержателем предмета залога.

 **Таким образом,** обжаловаться может достаточно широкий спектр действий, имеющих место в хозяйственной деятельности.

## 1. Оспаривание подозрительных сделок

Подозрительные сделки по правовым основаниям оспаривания делятся на два вида:

- 1) сделки с неравноценным исполнением (п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве) и
- 2) сделки, причиняющие вред (п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве).

### Подозрительные сделки с неравноценным исполнением

Согласно п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве сделка, совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки, в том числе в случае, если цена этой сделки и (или) иные условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (подозрительная сделка). Неравноценным встречным исполнением обязательств будет признаваться, в частности, любая передача имущества или иное исполнение обязательств, если рыночная стоимость переданного должником имущества или осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств, определенную с учетом условий и обстоятельств такого встречного исполнения обязательств.

Следует иметь в виду, что датой возбуждения дела о банкротстве является дата принятия судом первого заявления о признании должника банкротом независимо от того, какое заявление впоследствии будет признано обоснованным (абз. 3 п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве»).

При оспаривании сделки с неравноценным встречным предоставлением оспаривающей стороне необходимо доказать, что цена этой сделки и (или) иные условия на момент ее заключения существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки.

При сравнении условий сделки с аналогичными сделками следует учитывать как условия аналогичных сделок, совершавшихся должником, так и условия, на которых аналогичные сделки совершались иными участниками оборота.

Для признания сделки недействительной на основании п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве не требуется, чтобы она уже была исполнена обеими или одной из сторон сделки, поэтому неравноценность встречного исполнения обязательств может устанавливаться исходя из условий сделки.

Согласно судебной практике стоимость имущества, переданного должником по сделке, определяется исходя из отчета независимого оценщика. В случае наличия нескольких отчетов об оценке при рассмотрении арбитражным судом заявления о признании сделки недействительной на основании неравноценности возможно проведение судебной экспертизы для установления вопроса о равноценности встречного исполнения.

Закон о банкротстве не раскрывает критерий «*существенного отличия*» цены или иных условий сделки от рыночных. И в судебной практике до настоящего времени не сформировано однозначной позиции по данному вопросу.

Однако анализ судебной практики по оспариванию сделок по основаниям, предусмотренным п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве, показывает, что арбитражные суды признают несущественным занижение цены сделки менее чем на 18% (определение Верховного Суда РФ от 21.11.2019 № 306-ЭС19-12580, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 25.04.2018 № Ф10-980/2018). При расхождении цены в диапазоне от 18 до 40% арбитражные суды решают данный вопрос неоднозначно. Если цена сделки имеет расхождение с рыночной ценой в размере более 40%, арбитражные суды однозначно признают такое расхождение как «существенное отличие».

Следует учитывать, что суды признают существенным отличием договорной цены от рыночной стоимости не только при ее занижении, но и при завышении (см., например, определение Верховного Суда РФ от 31.10.2018 № 306-ЭС18-17222).

При рассмотрении указанной категории дел суды также оценивают добросовестность и осмотрительность контрагента. В целом заключение сделки по заниженной цене суды трактуют как проявление неосмотрительности (см., например, определение Верховного Суда РФ от 19.11.2019 № 308-ЭС18-14(6)).



**В связи с этим в целях избежания возможного оспаривания сделок по неравноценности рекомендуется** получить отчет независимого оценщика по определению рыночной стоимости предмета сделки.

На основании п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве может быть оспорена также сделка, условия которой формально предусматривают равноценное встречное исполнение, если должнику на момент ее заключения было известно, что у контрагента по сделке нет и не будет имущества, достаточного для осуществления им встречного исполнения.



Вместе с тем, если подозрительная сделка была совершена в течение одного года до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия этого заявления, для признания ее недействительной достаточно обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве (т.е. самого факта неравноценности), в связи с чем наличие иных обстоятельств, определенных в п. 2 данной статьи (в частности, наличия у должника признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества, на недоказанность которых как основание для отказа в признании оспариваемых сделок недействительными указали нижестоящие суды), не требуется.

*См.: Определение Верховного Суда РФ от 30.05.2019 № 305-ЭС19-924(1,2).*



**Таким образом,** для признания сделки недействительной как подозрительной в связи с неравноценностью необходимо и достаточно доказать только лишь данный факт. В связи с этим, казалось бы, естественное стремление бизнесмена приобрести какой-либо актив подешевле, воспользовавшись обстоятельствами острой нехватки оборотных средств у своего контрагента, находящегося в предбанкротном состоянии или в процессе рассмотрения дела о банкротстве, может быть признано противоправным, а соответствующие сделки — недействительными.

В случае если заключаются несколько договоров, которые, тем не менее, преследуют единую деловую цель, такая совокупность сделок рассматривается как единая сделка, что в некоторых случаях является выгодным, так как сторона может обосновать применение оптовой скидки в спорах о неравноценности (см., например, определение Верховного Суда РФ от 21.11.2019 № 306-ЭС19-12580).

Согласно п. 1 ст. 61.1 Закона о банкротстве оспорены могут быть сделки, совершенные не только самим должником, но и другим лицом за счет должника. Примеры сделок, совершенных другими лицами, приведены в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, и процитированы выше.

## Подозрительные сделки, причиняющие вред

На основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве может быть оспорена сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, если такая сделка была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления и в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов и если другая сторона сделки знала об указанной цели должника к моменту совершения сделки (подозрительная сделка).

Предполагается, что другая сторона знала об этом, если она признана заинтересованным лицом либо если она знала или должна была знать об ущемлении интересов кредиторов должника либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.

В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, указано следующее:

«Пункт 2 статьи 61.2 Закона о банкротстве предусматривает возможность признания недействительной сделки, совершенной должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов (подозрительная сделка).

В силу этой нормы для признания сделки недействительной по данному основанию необходимо, чтобы оспаривающее сделку лицо доказало наличие совокупности всех следующих обстоятельств:

- а) сделка была совершена с целью причинить вред имущественным правам кредиторов;
- б) в результате совершения сделки был причинен вред имущественным правам кредиторов;
- в) другая сторона сделки знала или должна была знать об указанной цели должника к моменту совершения сделки (с учетом пункта 7 настоящего Постановления).

В случае недоказанности хотя бы одного из этих обстоятельств суд отказывает в признании сделки недействительной по данному основанию.

При определении вреда имущественным правам кредиторов следует иметь в виду, что в силу абзаца тридцать второго статьи 2 Закона о банкротстве под ним понимается уменьшение стоимости или размера имущества должника и (или) увеличение размера имущественных требований к должнику, а также иные последствия совершенных должником сделок или юридически значимых действий, приведшие или могущие привести к полной или частичной утрате возможности кредиторов получить удовлетворение своих требований по обязательствам должника за счет его имущества».

На первый взгляд, и Закон о банкротстве, и процитированное выше постановление Пленума ВАС РФ внушают некоторый оптимизм, поскольку предполагают наличие доказательств осведомленности контр-

агента должника о его целях, направленных на причинение вреда имущественным правам кредиторов.

Однако в силу абз. 1 п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве предполагается, что другая сторона сделки знала о совершении сделки с целью причинить вред имущественным правам кредиторов, если она признана заинтересованным лицом (ст. 19 этого закона) либо если она знала или должна была знать об ущемлении интересов кредиторов должника либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.

**❗** **Данные презумпции являются опровержимыми:** они применяются, если иное не доказано другой стороной сделки.

При решении вопроса о том, должна ли была другая сторона сделки знать об указанных обстоятельствах, во внимание принимается то, насколько она могла, действуя разумно и проявляя требующуюся от нее по условиям оборота осмотрительность, установить наличие этих обстоятельств.

➡ **Таким образом,** с учетом разъяснений Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, при рассмотрении споров о признании недействительными сделок по специальным основаниям, предусмотренным п. 1 и 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве, следует различать необходимый минимум обстоятельств, подлежащий исследованию судом и достаточный для признания оспариваемой сделки недействительной.

Вместе с тем спектр обстоятельств, которые могут свидетельствовать об отсутствии проявления контрагентом должной осмотрительности, достаточно широк.

🎓 Так, например, в деле, по которому было вынесено определение Верховного Суда РФ от 23.08.2019 № 308-ЭС17-21765(2), суд посчитал, что непоявлением должной осмотрительности явилось заключение сделок с обществом, во-первых, аффилированным с будущим банкротом (данный вывод суд сделал из анализа фактических хозяйственных отношений банкрота и группы организаций), а во-вторых, при наличии в картотеке арбитражных дел информации о наличии судебных актов о взыскании с банкрота денежных сумм.

🎓 Об осведомленности контрагента о возможных признаках неплатежеспособности организации могут свидетельствовать факты длительного неисполнения будущим банкротом своих обязательств

перед таким контрагентом, наличие судебных актов о взыскании задолженностей и т.п.

*См.: Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 05.06.2019 № А33-20114/2016.*

➡ **Таким образом**, согласно выработанной в судебной практике позиции аффилированность может носить фактический характер без наличия формально-юридических связей между лицами (определение Верховного Суда РФ от 15.06.2016 № 308-ЭС16-1475).

Проявлять должную осторожность следует не только на момент заключения оспариваемой сделки, но и на момент исполнения таковой.



Например, определением Верховного Суда РФ от 21.10.2019 № 310-ЭС19-9963 дело о признании недействительным договора купли-продажи оборудования, применении последствий его недействительности было направлено на новое рассмотрение, а нижестоящим судам предписано сделать вывод об осведомленности контрагента банкрота о наличии признаков несостоятельности последнего, в том числе, учитывая факт исполнения сделки в период возможной осведомленности контрагента о наличии признаков неплатежеспособности.

В том случае, если организация является незаинтересованной в совершении спорной сделки и на момент совершения такой сделки не могла определить наличие признаков неплатежеспособности у своего контрагента, суды отказывают в исках о признании таких сделок недействительными на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве (см., например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 29.03.2019 № А41-49896/2015, Арбитражного суда Центрального округа от 06.04.2018 № Ф10-1377/2017).

Системный анализ действующих положений об оспаривании сделок по специальным основаниям (в частности, сравнение п. 1 и 2 ст. 61.2 или п. 2 и 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве) позволяет прийти к выводу, что по мере приближения даты совершения сделки к моменту, от которого отсчитывается период подозрительности (предпочтительности), законодателем снижается стандарт доказывания недобросовестности контрагента как условия для признания сделки недействительной (см., например, определение Верховного Суда РФ от 23.08.2018 № 301-ЭС17-7613(3)).

Бремя доказывания всех условий недействительности сделки по основаниям п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве лежит на оспаривающей

стороне (см., например, постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.05.2018 № А41-49896/2015).

Следует иметь в виду, что сделки должника, направленные на исполнение обязательств, по которым он получил равноценное встречное исполнение обязательств непосредственно после заключения договора, могут быть оспорены на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве. Такие ситуации возможны в арендных отношениях, при поставках и т.п. При этом зачастую арбитражные управляющие впоследствии оспаривают не сами сделки, а только платежные операции. В тех случаях, когда платежи произведены со значительной просрочкой, суды делают выводы о том, что такие платежи не могут быть отнесены к сделкам, совершаемым в процессе обычной хозяйственной деятельности.

В абз. 4 п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, изложена правовая позиция, в соответствии с которой при определении того, была ли сделка совершена в процессе обычной хозяйственной деятельности должника, следует учитывать, что таковой является сделка, не отличающаяся существенно по своим основным условиям от аналогичных сделок, неоднократно совершавшихся до этого должником в течение продолжительного периода времени. К таким сделкам, в частности, с учетом всех обстоятельств дела могут быть отнесены платежи по дящимся обязательствам (возврат очередной части кредита в соответствии с графиком, уплата ежемесячной арендной платы, выплата заработной платы, оплата коммунальных услуг, платежи за услуги сотовой связи и Интернет, уплата налогов и т.п.). Не могут быть, по общему правилу, отнесены к таким сделкам платеж со значительной просрочкой, предоставление отступного, а также не обоснованный разумными экономическими причинами досрочный возврат кредита.



Согласно правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 23.04.2013 № 18245/12, *«контрагент, совершивший в преддверии банкротства сделку с предпочтением, который при этом располагал либо должен был располагать информацией о неудовлетворительном состоянии должника, имеет возможность проверить, получает ли он удовлетворение предпочтительно перед другими кредиторами. Поэтому такое лицо должно предвидеть и возможное наступление негативных последствий в виде возврата полученного».*

Поскольку в настоящее время отсутствуют единые критерии *«допустимой просрочки»* исполнения обязательств, при оценке существенно-сти просрочки суд исходит из характера сделки.



Так, в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 03.10.2018 № А41-52146/2015 суд признал значительной просрочку платежа в пять месяцев.

Однако судебная практика знает примеры, когда арбитражный суд признавал значительной просрочкой и меньшие сроки.

## 2. Оспаривание сделок с предпочтением

В соответствии со ст. 61.3 Закона о банкротстве **сделкой с предпочтением** называют сделку, которая:

- направлена на обеспечение исполнения обязательства должника или третьего лица перед отдельным кредитором, возникшего до совершения оспариваемой сделки;
- привела или может привести к изменению очередности удовлетворения требований кредитора по обязательствам, возникшим до совершения оспариваемой сделки;
- привела или может привести к удовлетворению требований, срок исполнения которых к моменту совершения сделки не наступил, одних кредиторов при наличии не исполненных в установленный срок обязательств перед другими кредиторами;
- привела к тому, что отдельному кредитору оказано или может быть оказано большее предпочтение в отношении удовлетворения требований, существовавших до совершения оспариваемой сделки, чем было бы оказано в случае расчетов с кредиторами в порядке очередности в соответствии с законодательством РФ о несостоятельности (банкротстве).

Если сделка, удовлетворяющая указанным условиям, совершена после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом или в течение одного месяца до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, то такая сделка может быть признана арбитражным судом недействительной.

Характерная особенность данного вида споров заключается в том, что основанием для признания такой сделки недействительной является сам факт предпочтения одного кредитора перед другим. Другая сторона может ничего не знать как о финансовом состоянии своего контрагента, так и о фактах предпочтения. Однако с точки зрения судебной практики недобросовестность такого контрагента предполагается в силу того, что сведения о начале процедуры банкротства официально публикуются в СМИ (в настоящее время это газета «Коммерсантъ», Единый реестр сведений о банкротстве) и считаются таким образом общеизвестными, так же как и сведения о предъявлении в суд заявле-

ния о банкротстве того или иного должника можно увидеть в картотеке арбитражных судов.

**И** В связи с этим рекомендуем перед заключением сделок ознакомиться с картотекой арбитражных судов, а также просмотреть публикации о намерениях предъявить в суд заявления о банкротстве на предмет выявления вышеуказанных фактов.

Следует отметить большой процент удовлетворения заявлений о признании сделок должника недействительными по основаниям, указанным в п. 2 ст. 61.3 Закона о банкротстве, поскольку данный состав недействительности сделок по сути является формальным.

Вместе с тем, если сторона оспаривает сделку по погашению текущей задолженности, ей необходимо доказать наличие совокупности обстоятельств:

- в результате оспариваемой сделки у должника отсутствуют денежные средства, достаточные для удовлетворения текущих платежей, имевших приоритет над погашенным требованием, т.е. имело место нарушение очередности, установленной п. 2 ст. 134 Закона о банкротстве;
- получивший удовлетворение кредитор знал или должен был знать о нарушении такой очередности;
- в результате сделки у должника отсутствуют денежные средства, достаточные для погашения задолженности по приоритетным текущим платежам в размере, существовавшем на момент совершения оспариваемой сделки;
- к моменту рассмотрения заявления об оспаривании такой сделки требования имевших приоритет кредиторов не погашены и не представлены доказательства наличия в конкурсной массе необходимых для этого средств.

**➡ Таким образом,** при отсутствии доказательств осведомленности ответчика о нарушении порядка очередности погашения текущих платежей подобные сделки не могут быть признаны недействительными (см., например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 25.06.2018 № А40-55638/2014, Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.05.2019 № Ф04-5593/2018).

В соответствии с п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, если к моменту рассмотрения заявления об оспаривании такой сделки имев-

шие приоритет кредиторы получают удовлетворение в соответствующем размере или будут представлены доказательства наличия в конкурсной массе необходимых для этого средств, эта сделка не может быть признана недействительной.

Статья 61.3 Закона о банкротстве позволяет оспорить сделку, совершенную должником не ранее чем за шесть месяцев и не позднее чем за один месяц до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, если:

- сделка направлена на обеспечение исполнения обязательства должника или третьего лица перед отдельным кредитором, возникшего до совершения оспариваемой сделки;
- сделка привела или может привести к изменению очередности удовлетворения требований кредитора по обязательствам, возникшим до совершения оспариваемой сделки;
- установлено, что кредитору или иному лицу, в отношении которого совершена такая сделка, было известно о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества.

Предполагается, что заинтересованное лицо знало о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества, если не доказано обратное.

В суде зачастую достаточно сложно доказать факты неосведомленности о шатком финансовом состоянии контрагента, поскольку существующая судебная практика предполагает, что лицо, действуя разумно и проявляя требующуюся от него по условиям оборота осмотрительность, может установить наличие обстоятельств, свидетельствующих о предбанкротном состоянии лица (см., например, постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.09.2016 № 16АП-4804/2014).



**В связи с этим с точки зрения минимизации возможных рисков оспаривания таких сделок необходимо** не только довольствоваться заявлениями контрагента об устойчивом финансовом состоянии, отраженными, например, в договоре, но и:

- затребовать у него финансовую отчетность за несколько лет с целью установления динамики соответствующих показателей (положительной или отрицательной), а также документы на наличие у контрагента на праве собственности или ином вещном праве складов и торговых помещений, производственно-оборудования и т.п.;

- проверить контрагента на наличие открытых исполнительных производств, а также наличие судебных производств;
- запросить сведения о кредиторской задолженности.

Поскольку при обжаловании сделки может быть признана недействительной не только сделка сама по себе, но и ее исполнение, при заключаемых договорах крайне желательно проводить ежеквартальный мониторинг финансового состояния контрагента.

В п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, предусмотрено, что наличие специальных оснований оспаривания сделок, предусмотренных в ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве, само по себе не препятствует суду квалифицировать сделку, при совершении которой допущено злоупотребление правом, как ничтожную (ст. 10 и 168 ГК РФ), в том числе при рассмотрении требования, основанного на такой сделке.

### **3. Оспаривание отдельных сделок должника**

Существуют также сделки должника, которые совершены в процедуре банкротства с нарушением установленных Законом о банкротстве запретов.



Так, например, в силу п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве органы управления должника могут совершать исключительно с согласия временного управляющего, выраженного в письменной форме, за исключением случаев, прямо предусмотренных данным законом, сделки или несколько взаимосвязанных между собой сделок:

- связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет более 5% балансовой стоимости активов должника на дату введения наблюдения;
- связанных с получением и выдачей займов (кредитов), выдачей поручительств и гарантий, уступкой прав требования, переводом долга, а также с учреждением доверительного управления имуществом должника.

В силу п. 1 ст. 173 ГК РФ сделка, совершенная без согласия третьего лица, органа юридического лица или государственного органа либо органа местного самоуправления, необходимость получения которого предусмотрена законом, является оспоримой, если из закона не следует, что она ничтожна или не влечет правовых последствий для лица,

управомоченного давать согласие, при отсутствии такого согласия. Она может быть признана недействительной по иску такого лица или иных лиц, указанных в законе.

При этом оспаривающая сторона должна доказать, что размер сделки превышает 5% балансовой стоимости активов должника. Анализ судебной практики показывает, что арбитражный суд может определять размер сделки исходя из цены взаимосвязанных сделок, в том числе между аффилированными лицами (см., например, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.10.2019 № Ф04-3775/2017).

Не могут быть оспорены по специальным основаниям, предусмотренным ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве, сделки, указанные в ст. 61.4 Закона о банкротстве.

⇒ Так, на основании ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве не могут быть оспорены сделки, совершаемые на организованных торгах на основании хотя бы одной заявки, адресованной неограниченному кругу участников торгов, а также действия, направленные на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих из таких сделок.

⇒ Сделки по передаче имущества и принятию обязательств или обязанностей, совершаемые в обычной хозяйственной деятельности, осуществляемой должником, не могут быть оспорены как сделки с неравноценным исполнением и сделки с предпочтением, если цена имущества, передаваемого по одной или нескольким взаимосвязанным сделкам, или размер принятых обязательств или обязанностей не превышает 1% стоимости активов должника, определяемой на основании бухгалтерской отчетности должника за последний отчетный период.

⇒ Сделки должника, направленные на исполнение обязательств, по которым должник получил равноценное встречное исполнение обязательств непосредственно после заключения договора, могут быть оспорены только как сделки, причиняющие вред.

⇒ Сделки, связанные с исполнением денежных обязательств, вытекающих из кредитного договора, или обязанности по уплате обязательных платежей, не могут быть оспорены как сделка с предпочтением, если должник не имел к моменту исполнения, вытекающего из кредитного договора или законодательства РФ, известного соответствующему конкурсному кредитору (уполномоченному органу) денежных обязательств или обязанности по уплате обязательных

платежей перед иными конкурсными кредиторами (уполномоченными органами), срок исполнения которых наступил, и исполнение денежного обязательства, вытекающего из кредитного договора, или обязанности по уплате обязательных платежей не отличалось по срокам и размеру уплаченных или взысканных платежей от определенных в кредитном договоре или законодательстве РФ обязательства или обязанности.

⇒ Финансовые договоры, предусмотренные ст. 4.1 Закона о банкротстве, за исключением финансовых договоров, предусмотренных п. 1 ст. 61.4, заключенные не позднее чем за один месяц до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, а также действия, направленные на исполнение обязательств из таких договоров, не могут быть оспорены на основании абз. 3 и 5 п. 1 ст. 61.3 Закона о банкротстве, если не доказано, что кредитор или иное лицо, в пользу которого заключен такой договор или совершено такое действие, знали о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества.

⇒ Прекращение обязательств из финансовых договоров в порядке, предусмотренном ст. 4.1 Закона о банкротстве, не может быть оспорено на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве, за исключением случаев, если генеральное соглашение (единый договор), в рамках которого осуществляется прекращение таких обязательств, заключено после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом или в течение одного месяца до принятия арбитражным судом такого заявления.

В случае признания финансового договора, предусмотренного ст. 4.1 Закона о банкротстве, и (или) действия, направленного на исполнение обязательств из такого финансового договора, недействительными после определения нетто-обязательства:

- нетто-обязательство подлежит перерасчету кредитором, которым было определено нетто-обязательство, в порядке, предусмотренном генеральным соглашением (единым договором), и (или) правилами организованных торгов, и (или) правилами клиринга, путем исключения из него результатов соответствующих финансового договора и (или) действия, признанных недействительными;
- изменение очередности удовлетворения требования по нетто-обязательству, по которому был осуществлен перерасчет, не происходит.

#### **4. Подсудность рассмотрения заявления об оспаривании сделки**

Заявление о признании сделки недействительной и применении последствий недействительности сделки подается в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве должника, и подлежит рассмотрению в деле о банкротстве (п. 1 ст. 61.8 Закона о банкротстве, абз. 2 п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве).

Иски о признании недействительными сделок по общим основаниям, предусмотренным гражданским законодательством, предъявленные должником и принятые судом к производству до введения в отношении должника процедуры внешнего управления или конкурсного производства, подлежат рассмотрению в общем порядке вне рамок дела о банкротстве и после введения в отношении должника такой процедуры.

Заявления о признании сделок должника недействительными по общим основаниям, предусмотренным гражданским законодательством (в частности, по основаниям, предусмотренным ГК РФ или законодательством о юридических лицах), предъявляемые другими, помимо арбитражного управляющего, лицами (например, контрагентами по сделкам или должником в ходе процедур наблюдения или финансового оздоровления), подлежат рассмотрению в исковом порядке с соблюдением общих правил о подведомственности и подсудности (абз. 8 п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве).

Форма и содержание заявления об оспаривании сделки должника в деле о банкротстве, а также порядок его подачи в арбитражный суд должны отвечать требованиям, предъявляемым к исковому заявлению в соответствии с АПК РФ.

#### **5. Лица, уполномоченные подавать заявления об оспаривании сделки должника**

На основании ст. 61.9 Закона о банкротстве заявление об оспаривании сделки должника может быть подано в арбитражный суд:

- внешним управляющим или конкурсным управляющим от имени должника по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов (п. 1);
- представителем собрания (комитета) кредиторов или иным лицом, уполномоченным решением собрания (комитета) кредиторов, если заявление об оспаривании сделки во исполнение реше-

ния собрания (комитета) кредиторов не будет подано арбитражным управляющим в течение установленного данным решением срока (п. 1);

- конкурсным кредитором или уполномоченным органом, если размер кредиторской задолженности перед ним, включенной в реестр требований кредиторов, составляет более 10% общего размера кредиторской задолженности, включенной в реестр требований кредиторов, не считая размера требований кредитора, в отношении которого сделка оспаривается, и его аффилированных лиц (п. 2).



Как отметил Верховный Суд РФ (определение от 10.05.2016 № 304-ЭС15-17156), возможность соединения требований нескольких кредиторов для достижения общих целей (признания незаконной сделки должника недействительной, пополнения конкурсной массы, максимального пропорционального погашения требований всех кредиторов) отвечает целям конкурсного производства и способствует эффективному восстановлению их нарушенных прав.



Вместе с тем кредитор должника, обладающий меньшим размером требований, чем это установлено п. 2 ст. 61.9 Закона о банкротстве, не вправе самостоятельно оспорить сделки. Однако он не лишен возможности обратиться к арбитражному управляющему с соответствующим требованием, а также обжаловать действия (бездействие) последнего. На это указал Верховный Суд РФ в определении от 04.12.2017 № 305-ЭС15-5231(4).

## **6. Срок исковой давности при оспаривании сделки по основаниям, предусмотренным ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве**

Заявление об оспаривании сделки на основании ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве может быть подано в течение годового срока исковой давности (п. 2 ст. 181 ГК РФ).

В соответствии со ст. 61.9 Закона о банкротстве срок исковой давности по заявлению об оспаривании сделки должника исчисляется с момента, когда первоначально утвержденный внешний или конкурсный управляющий (в том числе исполняющий его обязанности, абз. 3 п. 3 ст. 75 Закона о банкротстве) узнал или должен был узнать о наличии оснований для оспаривания сделки, предусмотренных ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве.

Если утвержденное внешним или конкурсным управляющим лицом узнало о наличии оснований для оспаривания сделки до момента его

утверждения при введении соответствующей процедуры (например, поскольку оно узнало о них по причине осуществления полномочий временного управляющего в процедуре наблюдения), исковая давность начинает течь со дня его утверждения.

В остальных случаях само по себе введение внешнего управления или признание должника банкротом не приводит к началу течения срока давности, однако при рассмотрении вопроса о том, должен ли был арбитражный управляющий знать о наличии оснований для оспаривания сделки, учитывается, насколько управляющий мог, действуя разумно и проявляя требующуюся от него по условиям оборота осмотрительность, установить наличие этих обстоятельств.

При этом необходимо принимать во внимание, в частности, что разумный управляющий, утвержденный при введении процедуры, оперативно запрашивает всю необходимую ему для осуществления своих полномочий информацию, в том числе такую, которая может свидетельствовать о совершении сделок, попадающих под ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве. В частности, разумный управляющий запрашивает у руководителя должника и предыдущих управляющих бухгалтерскую и иную документацию должника (п. 2 ст. 126 Закона о банкротстве), запрашивает у соответствующих лиц сведения о совершенных в течение трех лет до возбуждения дела о банкротстве и позднее сделках по отчуждению имущества должника (в частности, недвижимого имущества, долей в уставном капитале, автомобилей и т.д.), а также об имевшихся счетах в кредитных организациях и осуществлявшихся по ним операциям и т.п.

В п. 6 ст. 20.3 Закона о банкротстве предусматривается, что вновь назначенный арбитражный управляющий является процессуальным правопреемником предыдущего.



**Обратите внимание:** пропуск срока давности на предъявление заявления о недействительности сделки является основанием для отказа в удовлетворении исковых требований.

Если исковая давность по требованию о признании сделки недействительной пропущена по вине арбитражного управляющего, то с него могут быть взысканы убытки, причиненные таким пропуском, в размере, определяемом судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности (п. 32 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве).

## 7. Последствия признания сделки недействительной

Все, что было передано должником или иным лицом за счет должника или в счет исполнения обязательств перед должником, а также изъято у должника по сделке, признанной недействительной в соответствии с гл. III.1 Закона о банкротстве, подлежит возврату в конкурсную массу. В случае невозможности возврата имущества в конкурсную массу в натуре приобретатель должен возместить действительную стоимость этого имущества на момент его приобретения, а также убытки, вызванные последующим изменением стоимости имущества, в соответствии с положениями ГК РФ об обязательствах, возникающих вследствие неосновательного обогащения (п. 1 ст. 61.6 Закона о банкротстве).

В случае признания на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве недействительными действий должника по уплате денег, передаче вещей или иному исполнению обязательства, а также по совершению иной сделки должника, направленной на прекращение обязательства (путем зачета встречного однородного требования, предоставления отступного или иным способом), обязательство должника перед соответствующим кредитором считается возникшим с момента совершения недействительной сделки. При этом право требования кредитора по этому обязательству к должнику считается существовавшим независимо от совершения данной сделки.

Если денежное обязательство, на прекращение которого была направлена указанная сделка, возникло до принятия заявления о признании должника банкротом, требование кредитора по этому обязательству к должнику не относится к текущим платежам и такой кредитор является конкурсным кредитором должника, а его требование считается заявленным в установленный срок и подлежит включению в реестр требований кредиторов.

При этом кредитору предоставляется двухмесячный срок на подачу заявления о включении в реестр требований кредиторов должника со дня вступления в законную силу судебного акта, которым сделка была признана недействительной (п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве).

Пропуск указанного срока влечет отказ во включении требования в реестр требований кредиторов, и удовлетворение такого требования осуществляется в порядке п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве (см., например, постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25.09.2015 № Ф08-5525/2015).

Кроме этого, если по признанной недействительной сделке кредитор получил от должника имущество, то в силу п. 3 ст. 61.6 Закона о банкротстве предъявить восстановленное требование к должнику кредитор может только после возврата в конкурсную массу (должнику) этого имущества или его стоимости.

Поэтому к требованию кредитора должны прилагаться доказательства возврата им соответствующего имущества или его стоимости; при их непредставлении такое требование подлежит оставлению судом без движения, а при непредставлении их после этого в установленный срок — возвращению. В случае возврата части имущества или денег кредитор может предъявить восстановленное требование в соответствующей части.

В случае если сделка признана недействительной на основании п. 2 ст. 61.2 и п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве, кредиторы и иные лица, которым передано имущество или перед которыми должник исполнял обязательства или обязанности по недействительной сделке, после возврата в конкурсную массу полученного по недействительной сделке имущества приобретают право требования к должнику, которое подлежит удовлетворению в порядке, предусмотренном законодательством РФ о несостоятельности (банкротстве), после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди, включенных в реестр требований кредиторов.

Следует отметить, что если денежное обязательство, на прекращение которого была направлена данная сделка, возникло после принятия заявления о признании должника банкротом, то это требование относится к текущим платежам (абз. 1 п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве); п. 2 и 3 ст. 61.6 Закона о банкротстве на него не распространяются (абз. 3 п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ о вопросах, связанных с применением гл. III.1 Закона о банкротстве, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.02.2019 № 09АП-16/2019).



**В связи с этим в целях минимизации рисков оспаривания как самих сделок, так и операций по их исполнению рекомендуется:**

- затребовать у контрагента финансовую отчетность за несколько лет с целью установления динамики финансового состояния (положительной или отрицательной);
- запросить документы на наличие у контрагента на праве собственности или ином вещном праве складов и торговых помещений, производственного оборудования и т.п.;

- проверить контрагента на наличие открытых исполнительных производств;
- проверить наличие судебных производств;
- затребовать сведения о кредиторской задолженности;
- проводить постоянный мониторинг финансового состояния контрагента;
- не допускать фактов просрочки исполнения обязательств контрагента, своевременно организуя претензионную работу;
- избегать заключения договоров на нерыночных условиях.

В целом анализ специальных норм Закона о банкротстве показывает, что законодатель преследует цель конкурсного оспаривания в защите интересов кредиторов, уполномоченного органа для максимального удовлетворения требований кредиторов.

## Глава 7.

### Риски корпоративного захвата бизнеса

Рейдерский захват бизнеса, т.е. получение полного или частичного контроля над финансово-хозяйственной деятельностью или активами компании против воли ее собственников или одного из собственников, может случиться не только извне, от недружественных третьих лиц, но и произойти внутри компании.

В законодательстве нет легального определения такому явлению, однако в профессиональной среде его часто называют «корпоративный захват», так как случается он в основном в коммерческих корпоративных организациях, касается перехвата управления компанией и связан по большей степени с возникшим в компании корпоративным конфликтом.

#### 1. Что такое корпоративный конфликт?

В основе успеха и надежности любых отношений (личных, гражданско-правовых, корпоративных) всегда лежит баланс интересов всех сторон. Как только происходит конфликт интересов, этот баланс нарушается.

В основе любого корпоративного конфликта лежит конфликт интересов, так как любая корпорация — это не только набор юридических категорий, таких как признаки юридического лица, его правоспособность, структура органов управления и т.д., которые достаточно подробно регламентированы в российском законодательстве, но еще и социальные отношения между партнерами, а также внутри управленческого коллектива, которым уделяется мало внимания не только в законодательстве, но и вообще в российской предпринимательской среде.

Так или иначе, конфликт интересов — это еще не сама ситуация, но уже повод для возникновения конфликта в корпорации. Это объясняется неоднородностью интересов участвующих в деятельности корпорации лиц.

Система корпоративного управления построена на владении, контроле и управлении (опосредованном (участники, акционеры, конечные бенефициары) и непосредственном (топ-менеджмент)), разделении компетенций и разным объеме прав и полномочий. При этом изначально

но субъекты корпоративных отношений выступают носителями различного интереса, который, однако, так или иначе является частным.

- ☑ Например, по общему правилу, чем большее количество акций или долей в уставном капитале, тем больше прав участия они предоставляют, тем больше возможностей влиять на осуществление хозяйственной деятельности.

Объединяющим является общий корпоративный интерес: в развитии и функционировании компании заинтересованы все, но при этом интересы различных лиц или групп лиц часто не совпадают и даже противоречат друг другу.

Непосредственное взаимодействие и столкновение интересов и порождает корпоративный конфликт, который, в свою очередь, может спровоцировать (или быть изначально намеренно направлен) на так называемый внутренний захват бизнеса.

Выделим три основных группы заинтересованных лиц, между которыми могут возникнуть разногласия относительно управления бизнесом.

**Первая группа** — владельцы (соучредители, соучастники), которые имеют преимущественное положение в данной компании.

Причем преимущественное положение такого рейдера может быть как очевидным (мажоритарный акционер или участник, обладающий большей долей в уставном капитале компании), так и неочевидным (захват бизнеса могут инициировать участники, обладающие равным положением или равными долями, объединившись численно).

**Вторая группа** — менеджмент и владельцы компании.

При этом руководитель (единоличный исполнительный орган компании) не обязательно выбирает сторону одной или другой группы владельцев бизнеса, иногда он дистанцируется, играя свою игру, вопреки воле высшего управления.

**Третья группа** — фактические бенефициары компании и ее менеджмент.

Понятие «бенефициарный владелец» на законодательном уровне введено в 2013 году в связи с изменениями, внесенными в ст. 3 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

|| **Бенефициарный владелец** — это физическое лицо, которое в конечном счете прямо (или через третьих лиц) владеет (или имеет

преобладающее участие более 25% в капитале) юридическим лицом либо имеет возможность контролировать его действия.

Другими словами, бенефициар формально к компании никакого отношения не имеет, однако фактически полностью ее контролирует, управляет работой назначенных (иногда номинальных) участников или топ-менеджеров и получает прибыль от ее деятельности.



Оставляя за скобками вопрос «снятия корпоративной вуали» и раскрытия бенефициарных владельцев российских компаний, вопрос о том, вправе ли бенефициар заявлять о своих правах и защищать их в случае нарушения, в судебной практике решен положительно после определения Верховного Суда РФ от 31.03.2016 № 305-ЭС15-14197, где суд фактически признал принципиальную возможность оспаривания решений общего собрания участников общества не только участником, но и бенефициаром, т.е. лицом, косвенно владеющим акциями или долями такого общества.

Таким же образом можно говорить, что в тех случаях, когда возникает конфликт интересов, при котором решения и действия топ-менеджмента компании выходят из-под контроля или наносят имущественный или иной вред компании, бенефициарный владелец, если он открыт, действует добросовестно и разумно в интересах компании, вправе отстаивать и защищать в корпоративном конфликте свои интересы и интересы компании.



**Итак**, корпоративный конфликт — это форма выражения конфликта интересов, связанного с управлением в корпорации. Поэтому корпоративный конфликт можно определить как разнонаправленные (противоположные) интересы лиц, владеющих и управляющих компанией, которые ведут или могут привести к невозможности нормальной деятельности компании, получению (захвату) полного или частичного контроля над финансово-хозяйственной деятельностью или активами компании против воли ее собственников или одного из них.

Ситуация корпоративного (или управленческого) конфликта, как правило, не возникает внезапно, она развивается постепенно.

О первых признаках начала корпоративного конфликта могут свидетельствовать отдельные, еще не имеющие характера системности, недружественные действия партнера:

- необходимость постоянно искать компромиссы и консенсусы по всем обсуждаемым вопросам;
- отказ от компромисса или консенсуса;

- давление при принятии важных управленческих решений при голосовании на общем собрании участников корпорации;
- ограничение партнеров в предоставлении информации, касающейся деятельности компании, или ее намеренное сокрытие при совершаемых сделках и т. д.

Однако конфликт вообще и корпоративный конфликт, в частности, это не случайность, это каждый раз волевой выбор сторон. Но именно поэтому им можно управлять.

## **2. Управление корпоративным конфликтом**

Управление таким сложным социальным явлением, как корпоративный конфликт, включает в себя механизмы прогнозирования, профилактики и предупреждения конфликтов, является сознательной деятельностью и начинается еще до его возникновения. На этапе уже возникшего конфликта управление включает инструменты его ослабления, урегулирования и, наконец, разрешения.

Очевидно, что наиболее эффективным управление корпоративным конфликтом будет на ранних его стадиях: чем раньше обнаружена проблема, тем меньше усилий необходимо приложить для ее конструктивного разрешения, а значит, налаживания или возврата к нормальной текущей деятельности компании. А наличие в компании описанных процессов управления ускорит их ситуационное применение и позволит своевременно принять меры для снижения риска перехвата управления общим бизнесом в ситуации неопределенности.

Российское корпоративное законодательство через достаточно детальную регламентацию каждого действия партнеров старается предупреждать многие из корпоративных конфликтов, предлагая тот или иной выход из ситуаций противоречий с помощью федеральных законов, подзаконных правовых актов и разъяснений профильных государственных органов по запросам заинтересованных лиц.

Однако все они касаются в основном предупреждения и разрешения конфликтов с точки зрения структурно-организационных и функционально-организационных факторов управления. Личностно-функциональные и, тем более, ситуативно-управленческие факторы законодательством не охватываются. Законодательство устанавливает и должно устанавливать только общие обязательные правила. Процессы же корпоративных взаимоотношений, в том числе управления конфликтными ситуациями, могут быть предусмотрены во внутренних документах компании, с учетом особенностей ее хозяйственной деятельности.

## Устав

Устав является основным документом, своеобразной конституцией любой компании.

В п. 2 ст. 52 ГК РФ с 2015 года предусматривается возможность использовать в хозяйственной деятельности компании типовой устав:

«Юридические лица могут действовать на основании типового устава, утвержденного уполномоченным государственным органом».

Варианты типовых уставов, на основании которых могут действовать общества с ограниченной ответственностью, утверждены приказом Минэкономразвития России от 01.08.2018 № 411 (вступил в силу 24 июня 2019 г.). Бизнесу предложено 36 вариантов редакций, охватывающих наиболее частые случаи.

Но использовать типовой устав, на наш взгляд, можно только как платформу для доработки его под свою компанию «под ключ». Устав должен быть эффективным:

- устанавливать наиболее приемлемый и оптимальный именно для вашего бизнеса порядок управления деятельностью компании, сообразно поставленным целям и задачам, исходя из конкретных обстоятельств;
- подробно предусматривать процедуру избрания (назначения) и смены топ-менеджмента;
- отражать:
  - компетенцию органов управления;
  - особые условия и порядок заключения отдельных сделок;
  - необходимость одобрения сделок тем или иным органом юридического лица;
  - критерии крупных сделок и сделок с заинтересованностью;
  - отчуждение доли в компании участникам и третьим лицам;
  - преимущественное право покупки доли;
  - переход доли наследникам и правопреемникам;
  - предоставление участникам дополнительных прав или наделение их дополнительными обязанностями и т.д.

Иными словами, устав должен полностью выстраивать взаимодействие внутри конкретной компании, в том числе содержать положения о поведении всех заинтересованных лиц (партнеров, топ-менеджеров, других органов управления) в ситуации конфликта интересов, а также о предупреждении и разрешении возможных корпоративных конфликтов разных уровней. В ином случае при использовании формального или неадаптированного типового устава появляются риски.

- ❶** **Рекомендуем** периодически приводить структуру компании в соответствие с решаемыми задачами в течение осуществления компанией хозяйственной деятельности.

### **Корпоративный договор**

Корпоративный договор, т.е. договор об осуществлении участниками своих корпоративных прав (договор об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью, акционерное соглашение), в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, может быть заключен между всеми или некоторыми участниками хозяйственного общества (ст. 67.2 ГК РФ).

Инструмент этот не новый, возможность его использования насчитывает уже более 10 лет (положения появились в 2009 году: для акционерных обществ путем введения ст. 32.1 Закона об АО, а для обществ с ограниченной ответственностью — п. 3 ст. 8 Закона об ООО). Однако долгое время популяризация применения корпоративного договора в предпринимательской среде происходила путем наработки судебной (не редко негативной) практики по ним.

Ситуация поменялась в 2014 году в период масштабных изменений в гражданском и корпоративном законодательстве, посвященных юридическим лицам. В частности, Федеральным законом от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» была изменена ст. 66 ГК РФ, в п. 1 которой говорится:

«Объем правомочий участников хозяйственного общества определяется пропорционально их долям в уставном капитале общества. Иной объем правомочий участников непубличного хозяйственного общества может быть предусмотрен уставом общества, а также корпоративным договором при условии внесения сведений о наличии такого договора и о предусмотренном им объеме правомочий участников общества в единый государственный реестр юридических лиц»,

и появилась отдельная ст. 67.2 ГК РФ о корпоративном договоре, где впервые применяется такой, уже обобщенный, термин.

### **Иной документ**

Принципы и правила корпоративного управления могут быть закреплены в любом другом специально разработанном для целей урегулирования внутренних взаимоотношений документе компании, утвержденном в установленном порядке высшим органом управления.

При разработке соответствующих положений устава, корпоративного договора или других внутренних документов компании, касающихся принципов корпоративного управления, рекомендуем обратиться к Кодексу корпоративного управления, введенному письмом Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463. Этот кодекс введен взамен Кодекса корпоративного поведения, одобренного на заседании Правительства РФ 28 ноября 2001 г. Фактически Кодекс корпоративного поведения утратил силу, тем не менее, он, как и действующий сейчас Кодекс корпоративного управления, носит рекомендательный характер, ввиду чего изложенные в них рекомендации могут быть использованы компанией в своей текущей деятельности путем имплементации их положений во внутренние документы. Положения кодексов по аналогии в применимой части могут быть использованы как для акционерных обществ, так и для обществ с ограниченной ответственностью.

Кодексу отводится особое место в области развития и совершенствования российской практики корпоративного управления. Он играет важную направляющую роль в установлении стандартов управления российскими компаниями.

Так, в целях предупреждения корпоративных конфликтов Кодекс корпоративного управления рекомендует создать в компании систему, обеспечивающую выявление сделок общества, совершаемых в условиях конфликта интересов (в частности, в личных интересах акционеров, членов совета директоров, иных органов или работников общества). Нередко в компании может быть намеренно спровоцировано такое положение, чтобы вывести имущество по заниженной стоимости на дружественное, например, участнику-инициатору конфликта, юридическое лицо или созданную отдельно от второго участника «зеркальную» компанию, под благовидными предложениями «диверсификации бизнеса» перевести действующих клиентов на такое юридическое лицо, параллельно самоуправно ограничив другим участникам доступ к бухгалтерской, финансовой и иной информации о состоянии общества, о совершенных и расторгнутых сделках и т.д.

Такая система предполагает наличие процедур, которые обеспечивают:

- 1) своевременное получение обществом актуальной информации о связанных и аффилированных лицах членов совета директоров, единоличного исполнительного органа общества, членов исполнительного органа, иных ключевых руководящих работников и конфликте интересов, имеющихся у указанных лиц (в том числе о наличии заинтересованности в совершении сделок);

- 2) принятие решений о совершении сделок с конфликтом интересов либо осуществление контроля за условиями таких сделок лицами, не имеющими конфликта интересов и не подверженными влиянию со стороны лиц, имеющих соответствующий конфликт интересов.

Под связанными лицами физического лица понимаются: супруг (супруга), родители, дети, усыновители, усыновленные, полнородные и неполнородные братья и сестры, бабушки и дедушки, а также иное лицо, проживающее совместно с физическим лицом и ведущее с ним общее хозяйство.

➡ **Таким образом**, многие конфликты при ведении бизнеса с партнерами, ведущие в том числе к корпоративному захвату, можно предотвратить простыми и не требующими никаких финансовых вложений или затрат способами — путем регламентации собственной системы корпоративного управления и ее постоянного совершенствования.

Если превентивные меры в компании не принимались или не дали результата, разрешение конфликта неизбежно переходит в судебную плоскость с множественностью исков и встречных требований друг к другу.

Рассмотрим некоторые отдельные случаи корпоративного захвата.

### **3. Корпоративный захват бизнеса через банкротство**

Часто отмечается, что в России мотивом инициирования банкротства становится не справедливое, насколько это возможно, завершение не получившегося бизнеса (или с помощью профессиональных лиц — антикризисных (арбитражных) управляющих исправление ошибок прошлого менеджмента), а возможность с помощью процедур несостоятельности избавиться от долгов и избежать ответственности.

В условиях корпоративного передела бизнеса целью банкротства становится поделить бизнес по-своему или избавиться от совладельца для того, чтобы начать бизнес с чистого листа, в другом составе.

В ситуации, когда корпоративный конфликт в компании направлен против одного из учредителей, его положение при проведении таких «организованных» процедур несостоятельности еще более усугубляется тем, что Закон о банкротстве учредителей хозяйственных обществ рассматривает совместно.

Согласно ст. 2 Закона о банкротстве процессуально в деле о банкротстве может участвовать только **представитель учредителей должника**, т.е. лицо, избранное голосованием учредителей должника для представления их законных интересов в деле о банкротстве либо избранное советом директоров (наблюдательным советом) или иным аналогичным коллегиальным органом управления должника.

Более того, в начальных и, пожалуй, самых важных процедурах (до признания компании банкротом и открытия конкурсного производства) Закон о банкротстве относит представителя учредителей должника к лицам, участвующим в арбитражном процессе по делу о банкротстве (п. 1 ст. 35), чьи полномочия значительно уже, чем у лиц, участвующих в деле о банкротстве (ст. 34). Правами лиц, участвующих в деле о банкротстве, представитель учредителей должника наделяется в ходе конкурсного производства (п. 3 ст. 126 Закона о банкротстве).

Такое процессуальное положение при банкротстве компании ограничивает не только ответственность учредителей, но и их права, что делает интересы каждого отдельно взятого учредителя незащищенными при отсутствии волеизъявления о выборе общего представителя или в случае, когда отсутствует уверенность в том, что выбранный общий представитель будет учитывать интересы каждого учредителя.

Между тем сделка, на основании которой запускается механизм несостоятельности компании, может быть основана на фиктивных документах или, например, совершена непосредственным руководителем организации (директором) без ведома учредителей или против их воли.

При корпоративном конфликте ситуация еще более усугубляется тем, что директором могут целенаправленно совершаться сделки по указанию других учредителей без ведома или против воли только одного из учредителей, а в рамках банкротства использоваться для продолжения контролируемого вывода имущества из компании.

Такая экзотическая форма корпоративного захвата — избавление от равного партнера через контролируемое банкротство с ликвидацией совместного юридического лица, но с фактическим сохранением при этом имущества.

Невозможность самостоятельного процессуального участия учредителя, против которого направлен корпоративный конфликт, влечет невозможность защиты им своих прав и законных предпринимательских интересов, а иногда вместе с этим и интересов самой компании.

## Как защититься?

Судебная практика нашла выход из этой ситуации.



ВАС РФ в 2014 году выявил смысл и указал вектор применения п. 1 ст. 35 Закона о банкротстве, указав следующее. Целью ограничения непосредственного участия учредителей должника в деле о его несостоятельности через возможность осуществления ими каких-либо действий лишь через представителя учредителей является предотвращение несогласованного участия большого количества совладельцев компании, обладающих относительно небольшими долями. И такое ограничение, очевидно, излишне в ситуации, когда у компании, например, всего два владельца, имеющих равные доли в уставном капитале общества, между которыми при этом корпоративный конфликт, который затрудняет выбор одного представителя, равным образом учитывающего интересы обоих, или полностью его исключает. В такой ситуации учредитель вправе самостоятельно участвовать в деле о банкротстве и защищать свои корпоративные права и законные интересы, отдельно от других учредителей.

*См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.02.2014 № 8457/13.*

Это постановление ВАС РФ стало знаковым в вопросе самостоятельной защиты совладельцами бизнеса своих интересов.

Верховный Суд РФ спустя два года поддержал позицию ВАС РФ в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2016) от 19.10.2016 (п. 2 разд. II).

Очевидно, что такое толкование п. 1 ст. 35 Закона о банкротстве не должно рассматриваться директивно, как и применяться повсеместно (во избежание злоупотребления недобросовестными владельцами бизнеса своими правами), а только в условиях действительного корпоративного конфликта, когда интересы учредителей по управлению, а иногда и по сохранению бизнеса как такового очевидно расходятся, и только если самостоятельным участием того учредителя, против которого такой корпоративный конфликт направлен, может быть обеспечена защита его интересов.

Однако суды со ссылкой на данное толкование в зависимости от ситуации допускают отдельного учредителя компании к самостоятельному участию в деле в одних случаях и отказывают в допуске (ввиду излишне формального подхода к его применению) в других (например, по признаку количества учредителей должника — больше, чем два, или из-за неравного распределения долей в уставном капитале должника).



Так, например, суд (постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.02.2015 № А40-91156/2013) отказал в самосто-

тельном участии в деле о банкротстве ООО «С.» участнику, имеющему долю в уставном капитале общества в размере 48%, указав, что нормами Закона о банкротстве не предусмотрена возможность привлечения участника общества к участию в арбитражном процессе по делу о банкротстве, а ссылку участника на постановление Президиума ВАС РФ от 18.02.2014 № 8457/13, содержащее вывод о возможности участия в деле о банкротстве участника общества при наличии корпоративного конфликта между двумя участниками общества, имеющими равные доли в его уставном капитале (50 и 50%), счел несостоятельной ввиду того, что в рассматриваемом случае доли участников в уставном капитале общества не являются равными (48, 48 и 4%).

Вместе с тем в условиях корпоративного конфликта, который не позволяет выбрать одного представителя от всех учредителей должника, учредитель, против которого такой корпоративный конфликт направлен, может неправомерно, но запланировано пострадать.

Так, Законом о банкротстве установлено специальное по отношению к общему, изложенному в ст. 56 ГК РФ, правило о разграничении ответственности: при определенных условиях и недостаточности имущества должника для расчетов с кредиторами контролирующие должника лица, в том числе учредители должника, могут быть привлечены к субсидиарной ответственности по долгам своей компании (ст. 61.11 Закона о банкротстве).

Принимая во внимание, что итогом процедуры банкротства является уменьшение имущества компании вследствие его продажи с публичных торгов для целей расчетов с кредиторами либо прекращение существования организации, что непосредственно затрагивает имущественное положение ее учредителей, очевидно, что данные вопросы не могут решаться без учета воли его участников и соблюдения их прав.

Так или иначе, такому участнику для обеспечения возможности защищать свои интересы в данной ситуации (ввиду наличия в обществе неразрешенного корпоративного конфликта) следует в любом случае обращаться с ходатайством о допуске его к участию в деле о банкротстве самостоятельно, отдельно от других учредителей.

В качестве обоснования ходатайства о необходимости допуска к участию в деле о несостоятельности компании одного из ее учредителей отдельно от других учредителей и наличии в компании корпоративного конфликта может свидетельствовать, например, судебный спор о предоставлении такому учредителю документов, касающихся деятельности организации, доступ к которым, как правило, сразу бывает перекрыт

его инициаторами, либо иные прямые или косвенные доказательства корпоративного конфликта:

- обращение в правоохранительные органы;
- признание в судебном порядке совершенных с участием соучредителей или при их явном одобрении сделок недействительными;
- иное причинение намеренного материального или нематериального ущерба компании;
- влияние определенных действий или бездействия органов управления на снижение капитализации бизнеса;
- создание «зеркального» юридического лица без включения в состав его учредителей заявителя и т.д.

Самостоятельно учредитель также вправе участвовать в деле о банкротстве, если он привлечен в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, процессуальный статус которого включает право на обжалование судебных актов.



Так, например, суды (постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.04.2018 № А56-62553/2017) возвратили без рассмотрения жалобу участника общества с ограниченной ответственностью на определение о признании обоснованным заявления кредитора о признании должника несостоятельным (банкротом) и введении процедуры наблюдения, сославшись на то, что он не представил доказательств в подтверждение того, что он является единственным учредителем (участником) должника и что общим собранием участников общества принималось решение об избрании его представителем участников должника для целей участия в деле о банкротстве, либо что в обществе существует корпоративный конфликт, препятствующий избранию представителя участников.

Однако Арбитражный суд Северо-Западного округа, рассматривая кассационную жалобу учредителя, указал на применимость в данном вопросе общих норм АПК РФ. В ч. 1 ст. 257 АПК РФ предусмотрено, что лица, участвующие в деле, а также иные лица в случаях, предусмотренных названным кодексом, вправе обжаловать в порядке апелляционного производства решение арбитражного суда первой инстанции, не вступившее в законную силу. К составу лиц, участвующих в деле, согласно положениям ст. 40 АПК РФ, относятся в том числе третьи лица. Поскольку податель жалобы в установленном порядке был привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, то в силу положений

указанных статей АПК РФ он наделен правом на обжалование судебных актов по настоящему делу.

#### **4. Захват бизнеса через залог акций или доли в уставном капитале компании**

Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации», вступившим в силу 1 июля 2014 г., в положения ГК РФ о залоге были внесены изменения, в числе которых появилась ст. 358.15 о правилах действия залога прав участников юридических лиц.

В соответствии с п. 1 указанной статьи залог прав акционера осуществляется посредством залога принадлежащих акционеру акций этого общества, залог прав участника общества с ограниченной ответственностью — посредством залога принадлежащей ему доли в уставном капитале общества в соответствии с правилами, установленными ГК РФ и законами о хозяйственных обществах.

При этом на время залога акций или доли в уставном капитале компании права участника (назовем их корпоративные права), включая право на утверждение и изменение устава корпорации, распределение прибыли и выплату дивидендов, прекращение полномочий генерального директора и назначение нового лица, увеличение или уменьшение уставного капитала, осуществляет залогодержатель (п. 2 ст. 358.15 ГК РФ).

То есть, несмотря на то что фактически владельцем активов является залогодатель — участник корпорации, управление делами общества переходит к третьему лицу, а в случае передачи акций или доли в уставном капитале компании в залог банку управление обществом переходит к банку.

Введение такого института неизбежно привело к злоупотреблениям со стороны залогодержателей, вплоть до захвата полного управления полученным таким образом бизнесом. Риски повышаются, когда в залог в счет обеспечения исполнения кредитных или заемных обязательств передается 100% доля в уставном капитале единственным участником или все акции компании единственным акционером.

В качестве примера приведем показательное дело, в котором рассматривался первый известный случай захвата компании с помощью такого инструмента, как залог доли общества с ограниченной ответ-

ственностью, названный «опасным прецедентом». Залогодержатель использовал механизм перехода управления компанией на время залога, установленный ст. 358.15 ГК РФ.



В 2014 году между ОАО «Д.» (далее — Завод) и крупным сельскохозяйственным предприятием ООО «М.» (далее — Общество) был подписан договор поставки, в силу которого Общество приняло на себя обязательства по поставке истцу свеклы. В обеспечение исполнения принятых на себя обязательств в марте 2015 года между Заводом и единственным участником и генеральным директором Общества (далее — Собственник предприятия) заключен договор залога доли в уставном капитале в размере 100% номинальной стоимостью 10 тыс. руб. Предмет залога оценен сторонами в сумме 45 млн руб., рыночная (действительная) стоимость доли составляет 101 415 000 руб.

Впоследствии Завод, осуществляя права единственного участника Общества, принял решение об увеличении уставного капитала Общества с 10 тыс. руб. до 150 тыс. руб. за счет внесения дополнительного денежного вклада в уставный капитал общества третьего лица.

После внесения вклада доля третьего лица (второго участника) в уставном капитале составила 93,33% номинальной стоимостью 140 тыс. руб., а доля первого участника Общества (Собственника предприятия) в связи с увеличением уставного капитала со 100% уменьшилась до 6,67%, той же номинальной стоимостью 10 тыс. руб.

В устав Общества были внесены изменения, связанные с увеличением уставного капитала, принятием нового участника и перераспределением долей. Эти изменения были зарегистрированы в ЕГРЮЛ.

Полагая, что указанное решение является недействительным и нарушает его права, Собственник предприятия обратился в суд.

Суд занял его сторону и признал, что оспариваемое решение принято в нарушение пп. 3 п. 1 ст. 343 ГК РФ, так как действия залогодержателя привели к уменьшению действительной стоимости доли залогодателя, а вклад третьего лица в уставный капитал Общества в размере 140 тыс. руб. является несоразмерным уменьшению действительной стоимости доли участника общества.

*См.: Решение Арбитражного суда Липецкой области от 18.11.2016 № А36-5304/2016 (постановлением Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.03.2017 решение суда оставлено без изменения).*

## Как защититься?

**Во-первых**, на отдельные виды залога (разд. 2 § 3 гл. 23 ГК РФ), в том числе на положения о залоге прав участников юридических лиц, распространяются общие положения о залоге (разд. 1 указанного параграфа).

Среди них есть положение о том, что если иное не предусмотрено законом или договором, залогодержатель обязан не совершать действия, которые могут повлечь утрату заложенного имущества или уменьшение его стоимости, и принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества (пп. 3 п. 1 ст. 343 ГК РФ). То есть, хотя залогодержатель и вправе осуществлять любые права участника корпорации, но обязан действовать добросовестно, с разумной степенью осмотрительности и в интересах компании.

При грубом нарушении залогодержателем обязанностей по содержанию и сохранности предмета залога, создающем угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, а в случае с акциями и долей в уставном капитале — например, уменьшения стоимости доли залогодателя, временно находящейся у залогодержателя, или «размывания» доли залогодателя за счет увеличения уставного капитала компании, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога (п. 3 ст. 343 ГК РФ) или защитить свои права любым иным образом, ссылаясь в том числе на ст. 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом.

**Во-вторых**, закон в той же ст. 358.15 ГК РФ, устанавливающей правила действия залога акций или доли в уставном капитале компании прав участников юридических лиц, позволяет в договоре залога акций или доли в уставном капитале компании установить «иное».

Следовательно, чтобы обезопасить себя от такого «мягкого» захвата, т.е. захвата через ряд законных действий залогодержателя в рамках принятия управленческих решений на общих собраниях участников, в условиях договора залога акций или доли в уставном капитале компании можно предусмотреть:

- принципы и порядок осуществления залогодержателем прав участника корпорации, предоставленных заложенным пакетом акций или заложенной долей в уставном капитале. Например, получать письменное согласие залогодателя на принятие решения об увеличении уставного капитала или одобрении крупной сделки. А также установить ответственность за допущенные нарушения при осуществлении прав;

- что залогодержатель не вправе осуществлять права участника на время действия залога акций или доли в уставном капитале либо
- вправе осуществлять их в ограниченном объеме. Например, указать, что залогодержатель не вправе принимать решение о распределении прибыли на общем собрании участников корпорации или решение о выходе участника, передавшего в залог залогодержателю свою долю, из компании и требовать выплаты ее действительной стоимости.

Кроме ГК РФ на отношения, связанные с залогом доли в уставном капитале компании, распространяются также нормы специального закона — Закона об ООО, в частности, ст. 25.

В п. 1 указанной статьи предусмотрено, что обращение по требованию кредиторов взыскания на долю или часть доли участника общества в уставном капитале общества по долгам участника общества допускается только на основании решения суда при недостаточности для покрытия долгов другого имущества участника общества. При этом обращение взыскания на долю или часть доли участника общества в уставном капитале общества допускается во внесудебном порядке на основании договора о залоге, содержащего условие о возможном обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

Поэтому при передаче в залог доли в уставном капитале компании в договоре залога следует указать, что обращение взыскания на долю или часть доли участника общества допускается только в судебном порядке.

Нарушение ограничений, установленных договором залога, по осуществлению залогодержателем корпоративных прав акционера также, в свою очередь, влечет предусмотренную законом и таким договором ответственность залогодержателя, а залогодатель в этом случае вправе требовать в судебном порядке прекращения прав залога (п. 2 ст. 358.17 ГК РФ).

Принятие таких превентивных мер в виде составления детализированного договора при залоге акций или доли в уставном капитале компании вместо распространения на залоговые отношения действующего законодательства позволит сохранить контроль над компанией и минимизировать риск «мягкого» захвата бизнеса.

## Глава 8.

### Риски налоговых доначислений

Риски налоговых доначислений не стоит недооценивать.



Исходя из статистики ФНС России ([https://www.nalog.ru/rn77/related\\_activities/statistics\\_and\\_analytics/forms/8753733/](https://www.nalog.ru/rn77/related_activities/statistics_and_analytics/forms/8753733/)), за девять месяцев 2019 года размер доначислений на одну выездную налоговую проверку организации в среднем по России составил около 39 млн руб. Применительно к организациям нарушения были выявлены налоговыми органами в 97% выездных налоговых проверок. Следует напомнить, что в 2011 году средний размер доначислений по результатам выездной налоговой проверки на одну организацию составлял примерно 5,2 млн руб.



**Таким образом,** средний размер доначислений по результатам выездной налоговой проверки на одну организацию за последние восемь лет увеличился более чем в семь раз.



По данным статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ (<http://www.cdep.ru/index.php?id=79>), налогоплательщики в 2018 году выиграли в арбитражных судах 38% дел об оспаривании ненормативных правовых актов налоговых органов и действий (бездействия) их должностных лиц. Для сравнения: в 2014 году этот показатель составлял 54%, т.е. за четыре года соотношение выигрышных для налогоплательщиков дел к общему количеству дел сократилось на 16%.

Учитывая сложившуюся тенденцию, по результатам 2019 года мы, вероятно, увидим уменьшение количества побед налогоплательщиков в судах по сравнению с 2018 годом.

Мы не будем полностью описывать порядок проведения налоговых проверок, поскольку данная тема заслуживает отдельной книги. В этой главе мы остановимся на некоторых аспектах налоговых проверок и дадим несколько практических советов, связанных с ними.

Налоговые доначисления могут быть произведены налоговым органом по результатам камеральной или выездной налоговой проверки.



**Камеральная налоговая проверка** проводится в отношении конкретной налоговой декларации (расчета), представленного налогоплательщиком.

⇒ **Выездная налоговая проверка** проводится в отношении одного или нескольких налогов за определенный период.

## 1. Решение о проведении проверки

Камеральная налоговая проверка проводится уполномоченными должностными лицами налогового органа без какого-либо специального решения руководителя налогового органа, в то время как для проведения выездной налоговой проверки требуется решение руководителя (заместителя руководителя) налогового органа.

Решение о проведении выездной налоговой проверки принимается по форме, утвержденной приказом ФНС России от 07.11.2018 № ММВ-7-2/628@, и должно содержать следующие сведения:

- полное и сокращенное наименования организации или полное и сокращенное наименования организации и филиала (представительства) организации, фамилию, имя и отчество физического лица, ИНН, КПП;
- предмет проверки, т.е. налоги, правильность исчисления и уплаты которых подлежит проверке. При этом в качестве предмета выездной налоговой проверки может быть указано: «По всем налогам, сборам, страховым взносам»;
- периоды, за которые проводится проверка;
- должности, фамилии и инициалы сотрудников налогового органа, которым поручается проведение проверки, с указанием руководителя проверяющей группы (бригады).

Также в решении указываются должности, фамилии и инициалы сотрудников органов внутренних дел, если они участвуют в проверке.

**❗** В решении о проведении выездной налоговой проверки следует **обратить внимание** на предмет проверки и сведения о проверяющих.

**Во-первых**, налоговые органы имеют право проверять правильность исчисления и своевременность уплаты только тех налогов и только за тот период, которые указаны в решении о проведении выездной налоговой проверки. Налоги, не указанные в этом решении, налоговые органы не вправе проверять, равно как они не вправе выходить за пределы проверяемого периода.



ФНС России в письме от 25.07.2013 № АС-4-2/13622 разъяснила, что внесение изменений и дополнений в ранее принятое решение о проведении выездной (повторной выездной) налоговой проверки в части изменения проверяемых налогов и (или) периодов недопустимо.

Однако судебная практика по данному вопросу пошла иным путем.



Арбитражный суд Московского округа в постановлении от 18.01.2019 № А40-94052/2018 (определением Верховного Суда РФ от 27.05.2019 № 305-ЭС19-5981 отказано в передаче этого дела в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства) пришел к выводу, что отсутствие в действующем законодательстве прямую ошибку или опечатку в решении о проведении налоговой проверки, равно как и отсутствие установленной формы решения об исправлении технической ошибки (опечатки), не свидетельствует о неправомерном поведении инспекции по отношению к налогоплательщику, а внесение изменений в решение о проведении выездной налоговой проверки в части предмета этой проверки не противоречит действующему налоговому законодательству.

Тем не менее, если налоговый орган по результатам выездной налоговой проверки доначислит налоги (пени, штрафы), не упомянутые в решении о ее проведении, либо выйдя за пределы проверяемого периода, при этом не внося изменения в данное решение относительно проверяемого налога или периода, налогоплательщик на этом основании может обжаловать (оспорить) решение, вынесенное по результатам выездной налоговой проверки.

**Во-вторых**, выездную налоговую проверку вправе проводить только те сотрудники налогового органа, которые указаны в решении о ее проведении. Поскольку такая проверка проводится на территории (в помещении) налогоплательщика, последний вправе не пускать на нее должностных лиц, не указанных в этом решении. Для того чтобы должностные лица, не упомянутые в решении о проведении выездной налоговой проверки, могли проводить ее, необходимо внесение изменений в это решение в части состава проверяющих лиц.

## 2. Глубина налоговой проверки

|| Под **глубиной налоговой проверки** следует понимать период, который может быть охвачен этой налоговой проверкой.

При камеральной налоговой проверке налоговый орган проверяет только тот период и только тот налог, по которым налогоплательщиком была представлена налоговая декларация (расчет).

В рамках выездной налоговой проверки может быть проверен период, не превышающий трех календарных лет, предшествующих году, в

котором вынесено решение о проведении проверки, если иное не предусмотрено НК РФ.

- ☑ Например, 31 декабря 2020 г. налоговый орган может принять решение о проведении выездной налоговой проверки за период, начинающийся с 2017 года.

Также налоговый орган вправе проверить налоги текущего года, что нашло свое отражение в разъяснениях Минфина России и ФНС России (письма от 26.07.2018 № 03-02-07/1/52519 и от 17.04.2019 № ЕД-4-2/7305 соответственно). Суды в этом мнении солидарны с фискальными органами (см. постановления Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.04.2017 № А33-8287/2016, Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.12.2018 № А27-20641/2017).

Однако в рассматриваемом случае проверяются периоды, в отношении которых наступил срок представления налоговых деклараций (п. 1.3.2 письма ФНС России от 25.07.2013 № АС-4-2/13622).

- ☑ Например, в ноябре 2020 года налоговый орган может принять решение о проведении выездной налоговой проверки по НДС за третий квартал 2020 года.

Из правила о трехлетнем ограничении на глубину проведения выездной налоговой проверки есть следующие исключения.

**Во-первых**, если капитальные вложения в соответствии с региональным инвестиционным проектом должны быть осуществлены в срок, не превышающий пяти лет со дня включения организации в реестр участников региональных инвестиционных проектов, то в рамках выездной налоговой проверки налогоплательщика — участника регионального инвестиционного проекта может быть проверен период, не превышающий пяти календарных лет, предшествующих году, в котором вынесено решение о проведении проверки (п. 2 ст. 89.2 НК РФ).

**Во-вторых**, в случае представления налогоплательщиком уточненной налоговой декларации за период, находящийся за пределами трех лет, предшествующих году, в котором представлена уточненная налоговая декларация.



Как указано в п. 42 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 14 ноября 2018 г., налогоплательщик не ограничен каким-либо сроком в праве подачи уточненной налоговой декларации, и, согласно абз. 3 п. 4 ст. 89 НК РФ, в случае ее представления в рамках соответствующей выездной налоговой проверки проверяется период, за который представлена уточненная

налоговая декларация (в части внесенных уточнений). Данное правило исключает применение трехлетнего ограничения на глубину проведения выездной проверки, установленного абз. 2 п. 4 ст. 89 НК РФ.

Между тем, как указал Верховный Суд РФ в том же обзоре, это не означает, что в случае подачи налогоплательщиком уточненной налоговой декларации повторная выездная проверка может быть инициирована налоговым органом в любое время — без учета разумности срока, прошедшего с момента подачи уточненной налоговой декларации.

**В-третьих**, в случае проведения проверки инвестора или оператора по соглашению о разделе продукции проверкой может быть охвачен любой период в течение срока действия соглашения (п. 1 ст. 346.42 НК РФ).

**В-четвертых**, при проведении выездной налоговой проверки резидента, исключенного из единого реестра резидентов Особой экономической зоны в Калининградской области, в части правильности исчисления и полноты уплаты суммы налога в отношении прибыли, полученной от реализации инвестиционного проекта, и имущества, созданного или приобретенного им при реализации инвестиционного проекта (п. 10 ст. 288.1, п. 7 ст. 385.1 НК РФ).

### 3. Сроки проведения налоговых проверок

Камеральная налоговая проверка начинается со дня представления налоговой декларации (расчета) и должна быть проведена, по общему правилу, в срок не более трех месяцев с этого дня.

Для камеральной налоговой проверки налоговой декларации по НДС установлен специальный срок — два месяца со дня представления налоговой декларации (расчета).

Продление срока проведения камеральной налоговой проверки не предусмотрено, за исключением случаев проверки налоговых деклараций по НДС, когда налоговая проверка может быть продлена решением руководителя (заместителя руководителя) налогового органа до трех месяцев (п. 2 ст. 88 НК РФ).

Приостановление срока проведения камеральной налоговой проверки не предусмотрено НК РФ.

Общий срок проведения выездной налоговой проверки составляет два месяца с даты принятия решения о ее проведении, однако данный срок может быть приостановлен и продлен.

Приостановление выездной налоговой проверки осуществляется на основании решения руководителя (заместителя руководителя) налогового органа с целью:

- истребования документов (информации) в соответствии с п. 1 ст. 93.1 НК РФ;
- получения информации от иностранных государственных органов в рамках международных договоров РФ;
- проведения экспертиз;
- перевода на русский язык документов, представленных налогоплательщиком на иностранном языке.

Данный перечень оснований для приостановления выездной налоговой проверки является закрытым. При этом по основанию истребования документов (информации) в соответствии с п. 1 ст. 93.1 НК РФ приостановление проведения проверки допускается не более одного раза по каждому лицу, у которого истребуются документы. По другим основаниям налоговый орган может приостанавливать проверку несколько раз.

Общий срок приостановления проведения выездной налоговой проверки не может превышать шесть месяцев.

В случае если проверка была приостановлена по основанию получения информации от иностранных государственных органов в рамках международных договоров РФ, и в течение шести месяцев налоговый орган не смог получить запрашиваемую информацию от иностранных государственных органов в рамках международных договоров РФ, срок приостановления указанной проверки может быть увеличен на три месяца, т.е. до девяти месяцев.

На период действия срока приостановления проведения выездной налоговой проверки:

- приостанавливаются действия налогового органа по истребованию документов у налогоплательщика, которому в этом случае возвращаются все подлинники, истребованные при проведении проверки, за исключением документов, полученных в ходе проведения выемки;
- приостанавливаются действия налогового органа на территории (в помещении) налогоплательщика, связанные с указанной проверкой.

Однако налогоплательщик обязан представить налоговому органу те документы, которые были запрошены до момента приостановления выездной налоговой проверки (п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 57 «О некоторых вопросах, возникающих при примене-

нии арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации»).

Кроме этого, в ходе приостановления выездной налоговой проверки налоговый орган может:

- проводить допросы, в том числе работников налогоплательщика, вне территории (помещения) налогоплательщика (письма Минфина России от 18.01.2013 № 03-02-07/1-11, ФНС России от 21.11.2013 № ЕД-3-2/4395@; постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.09.2016 № А05-12601/2015, Арбитражного суда Дальневосточного округа от 28.11.2019 № А73-11713/2018, Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.03.2017 № А75-14467/2015);
- вызывать налогоплательщика в налоговый орган для дачи пояснений (письмо ФНС России от 21.11.2013 № ЕД-3-2/4395@).

Фискальные органы и суды считают такие действия допустимыми в период приостановления выездной налоговой проверки, мотивируя это ссылкой на п. 26 постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации», в котором говорится о том, что налоговый орган не лишен права осуществлять действия вне территории (помещения) налогоплательщика, если они не связаны с истребованием у налогоплательщика документов.



По мнению ФНС России (письмо от 22.09.2017 № СД-4-3/19092@), нарушение срока приостановления выездной налоговой проверки само по себе не является существенным нарушением процедуры проведения выездной налоговой проверки и безусловным основанием для признания решения налогового органа недействительным.

Тем не менее при обжаловании решения налогового органа, вынесенного по результатам выездной налоговой проверки, в вышестоящий налоговый орган и его судебном оспаривании необходимо указать на данное нарушение. С учетом иных обстоятельств, например, в случае нарушения срока проведения выездной налоговой проверки, данное обстоятельство может быть расценено судом как существенное нарушение процедуры рассмотрения материалов налоговой проверки (п. 14 ст. 101 НК РФ), поскольку судебная практика исходит из недопустимости избыточного или неограниченного по продолжительности применения мер налогового контроля в отношении налогоплательщиков, что по существу означало бы придание дискриминационного характера налоговому администрированию и приводило бы к препятство-

ванию предпринимательской деятельности (см., например, постановления Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 № 14-П, Президиума ВАС РФ от 18.03.2008 № 13084/07, Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 08.05.2019 № А81-5225/2018).

#### 4. Допрос свидетелей

Допросу свидетелей посвящена ст. 90 НК РФ.

Допрос свидетелей может проводиться в рамках как камеральной, так и выездной налоговой проверки.

Свидетель, как правило, вызывается для дачи показаний по месту нахождения (в помещение) налогового органа повесткой (п. 5.1 письма ФНС России от 17.07.2013 № АС-4-2/12837).

В то же время показания свидетеля могут быть получены по месту его пребывания, если он вследствие болезни, старости, инвалидности не в состоянии явиться в налоговый орган, а по усмотрению должностного лица налогового органа — и в других случаях. Поэтому допрос может быть проведен и без составления повестки по месту пребывания свидетеля, в том числе на улице (см., например, определение Верховного Суда РФ от 03.02.2015 № 309-КГ14-2191).

В последнее время налоговые органы стали практиковать допросы, например, по месту жительства или работы свидетелей, чтобы, так сказать, застать их врасплох. Участие в таких допросах нежелательно, поскольку от эффекта неожиданности свидетель может дать какие угодно показания — лишь бы допрос поскорее закончился.

В случае если налоговый инспектор пытается провести допрос свидетеля без его вызова повесткой, свидетелю рекомендуется вежливо, но настойчиво отказаться от допроса, указав на то, что у него есть право на получение квалифицированной юридической помощи и что он будет давать показания только в присутствии своего представителя (адвоката), а также на то, что вызывать свидетеля необходимо повесткой. При этом данные причины отказа свидетелю необходимо указать в протоколе допроса.

В соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции РФ каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи.

На необходимость строгого соблюдения гарантированного ч. 1 ст. 48 Конституции РФ права указано в разъяснениях ФНС России (письма от 31.12.2013 № ЕД-4-2/23706@, от 30.10.2012 № АС-3-2/3920@).

Налоговым кодексом РФ не установлен исчерпывающий перечень лиц, которые могут присутствовать при проведении допроса. Поэтому на допрос свидетелю рекомендуется ходить с представителем (адвока-

том). Желательно, чтобы этот представитель (адвокат) специализировался на налоговом праве.

Целесообразнее, чтобы свидетеля сопровождал именно адвокат, поскольку он в силу пп. 2 п. 2 ст. 90 НК РФ не может быть допрошен в качестве свидетеля. Если свидетеля будет сопровождать иной представитель, существует риск, что налоговый инспектор захочет допросить в качестве свидетеля также этого представителя. При этом такое лицо не сможет отказаться от дачи показаний.

Хотя ФНС России и разъясняет (письма от 31.12.2013 № ЕД-4-2/23706@, от 30.10.2012 № АС-3-2/3920@), что на свидетелей не распространяется требование НК РФ о необходимости наличия у представителя нотариально удостоверенной доверенности, тем не менее, во избежание конфликта с налоговым инспектором по причине отсутствия у представителя свидетеля нотариально удостоверенной доверенности рекомендуется такую доверенность все-таки оформить.

Юридическая помощь необходима свидетелю, поскольку допрос, пусть даже и проводимый налоговым органом, — это довольно стрессовое мероприятие.

Перед допросом юрист поможет свидетелю подготовиться к нему, рассказав о том, что собой представляет данное мероприятие, о правах, обязанностях и ответственности свидетеля, а также о том, какие примерно вопросы могут быть заданы свидетелю.

В ходе допроса юрист проконтролирует проведение данного мероприятия, выявит нарушения, допускаемые налоговыми инспекторами. Если налоговый инспектор будет задавать вопросы, не относящиеся к предмету налоговой проверки (например, об обстоятельствах личной жизни свидетеля), юрист укажет налоговому инспектору, что данные вопросы нельзя задавать свидетелю.

Кроме этого, сопровождение юриста окажет моральную поддержку свидетелю. В свою очередь, у налоговых инспекторов будет меньше возможностей оказывать давление на свидетеля, поскольку такие попытки будут пресекаться юристом.

По окончании допроса юрист проверит протокол допроса на предмет того, насколько полно и достоверно занесены в него показания свидетеля, поможет свидетелю составить замечания на протокол, укажет в протоколе на нарушения, допущенные налоговым инспектором при проведении допроса.

Если по какой-либо причине должностные лица налогового органа отказываются допустить к участию в допросе представителя свидетеля, в том числе по мотиву отсутствия у него нотариально удостоверенной

доверенности или отсутствия у представителя статуса адвоката, свидетелю необходимо отразить данное обстоятельство в протоколе допроса путем внесения в него, например, такой записи:

«Должностными лицами налогового органа было отказано в допуске к участию в допросе моего представителя, чем было нарушено мое право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное ч. 1 ст. 48 Конституции РФ».

В случае если налоговый орган будет использовать показания данного свидетеля против налогоплательщика, налогоплательщику следует настаивать на том, что протокол допроса этого свидетеля не подлежит использованию, поскольку он был получен с нарушением закона (п. 4 ст. 82 НК РФ).

Статья 90 НК РФ ничего не говорит о возможности участия налогоплательщика (его представителя) в ходе проведения допроса свидетеля. Тем не менее в пп. 8 п. 1 ст. 21 НК РФ предусмотрено право налогоплательщика присутствовать при проведении выездной налоговой проверки. Поскольку допрос свидетеля является одним из мероприятий налоговой проверки, налогоплательщик (его представитель) вправе присутствовать при проведении данного мероприятия.

Кроме этого, ФНС России неоднократно разъясняла, что Налоговым кодексом РФ не установлен исчерпывающий перечень лиц, которые могут присутствовать при проведении допроса (письма от 31.12.2013 № ЕД-4-2/23706@, от 30.10.2012 № АС-3-2/3920@), а форма протокола допроса свидетеля, утвержденная приказом ФНС России от 07.11.2018 № ММВ-7-2/628@, предусматривает участие в нем иных лиц.

В качестве свидетеля может быть допрошено любое физическое лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для осуществления налогового контроля. Соответственно, допрошены могут быть как директор и главный бухгалтер, так и сторож или уборщик. Причем это могут быть не только работники проверяемого налогоплательщика, но и его контрагентов.

На допрос нельзя отправить вместо себя своего представителя, даже если доверенность на этого представителя будет содержать полномочие на дачу показаний.

Согласно ст. 128 НК РФ неявка либо уклонение от явки без уважительных причин лица, вызываемого по делу о налоговом правонарушении в качестве свидетеля, влечет взыскание штрафа в размере 1 тыс. руб.

При этом вызов свидетеля по телефону не относится к числу надлежащих способов вызова на допрос, в связи с чем свидетель может не

реагировать на такие вызовы, его нельзя привлекать к ответственности за неявку либо уклонение от явки по телефонному звонку.

Бывают случаи, когда для того, чтобы создать для свидетеля гнетущую атмосферу, налоговый инспектор проводит допрос не в помещении налогового органа, а в помещении полиции (в тех случаях, когда сотрудники полиции включены в состав проверяющей группы). Однако от того, что допрос проводится в помещении полиции, он не становится допросом, проводимым следователем, а все так же остается допросом, проводимым в рамках мероприятий налогового контроля.

Также почти во всех протоколах допроса содержится фраза о том, что свидетель предупреждается об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний либо за дачу заведомо ложных показаний. Делается это для того, чтобы запугать свидетеля. Не стоит обращать внимание на данную фразу, поскольку свидетель в рамках мероприятий налогового контроля не несет ни уголовной, ни административной ответственности, на что, в частности, указывает ФНС России в п. 5.1 своего письма от 17.07.2013 № АС-4-2/12837.

Статьей 128 НК РФ за неправомерный отказ свидетеля от дачи показаний, а равно за дачу заведомо ложных показаний предусмотрена ответственность в виде штрафа в размере 3 тыс. руб.

Что касается непосредственно самих вопросов, то здесь следует иметь в виду следующее.

⇒ Ответы на поставленные вопросы свидетелю следует давать четко и коротко. Свидетелю не следует пускаться в рассуждения при ответах на заданные вопросы, поскольку чем больше он говорит, тем больше шансов, что у налогового инспектора могут возникнуть дополнительные вопросы. Точно так же свидетелю не следует озвучивать вслух свои размышления на тему заданных вопросов, поскольку это также способно породить у налогового инспектора дополнительные вопросы.

⇒ Свидетель не обязан отвечать на вопросы налоговых инспекторов сразу же после того, как они были заданы. У него есть право обдумать и сформулировать свой ответ. Если налоговый инспектор будет торопить и давить на свидетеля, сопровождающий свидетеля юрист поможет прекратить эти нападки.

⇒ К числу наиболее часто задаваемых вопросов относятся вопросы о месте работы свидетеля. Так вот, в задачи налогоплательщика входит, чтобы каждый его работник точно знал, где именно (в каком юридическом лице или у какого индивидуального предпринимате-

ля) он работает. Неправильное указание свидетелем своего места работы способно привести налоговых инспекторов к нежелательным для налогоплательщика выводам.

- ☑ Например, свидетель, отвечая на вопрос налогового инспектора, говорит, что работает в группе компаний А, идентифицируя себя именно как работника данной группы компаний (поскольку при приеме на работу свидетеля налогоплательщик позиционировал себя именно как группу компаний А), в то время как трудовой договор у него заключен с компанией Б, которая входит в группу компаний А. В дальнейшем в зависимости от целей налоговых инспекторов показания данного свидетеля могут быть интерпретированы таким образом, что, скажем, товары (работы, услуги) реально приобретались компанией А, а не компанией Б.

*Перечень возможных вопросов приведен в приложениях к настоящей книге.*

Также в задачи налогоплательщика входит, чтобы его допрашиваемые работники (особенно из числа менеджмента компании) имели четкое представление о правовой природе отношений с контрагентами и на допросе давали однозначную правовую квалификацию этим отношениям.

Рассмотрим практический пример.

- ☑ Налоговый инспектор задает вопрос свидетелю о том, кто выделил налогоплательщику Б деньги на строительство объекта, на что свидетель отвечает, что деньги выделила компания А по договору займа. Далее налоговый инспектор задает вопрос, можно ли в связи с этим назвать компанию А инвестором, а налогоплательщика Б — заказчиком строительства, на что свидетель (не разбираясь в тонкостях законодательства об инвестиционной деятельности, понимая термин «инвестор» в бытовом смысле просто как лицо, выделившее деньги, и воспринимая слово «заказчик» в рамках дихотомии «заказчик — подрядчик» в терминах гражданского законодательства о подряде) дает утвердительный ответ. На основании данных показаний налоговый инспектор приходит к выводу, что в действительности между компанией А и налогоплательщиком Б имеются инвестиционные отношения, а договор займа заключен ими лишь для вида, чтобы прикрыть эти отношения. Придя к такому выводу, налоговый орган признает неправомерными заявленные налогоплательщиком Б

налоговые вычеты по НДС в отношении товаров (работ, услуг), приобретенных им для строительства объекта, поскольку он как заказчик не имел права заявлять указанные налоговые вычеты, а этим правом обладает инвестор — компания А.

По окончании допроса до подписания протокола допроса необходимо его внимательно прочитать. Важно проверить полноту и достоверность показаний свидетеля, занесенных в протокол.

☑ Например, если свидетель на какой-то вопрос ответил: «не помню», а налоговый инспектор записал: «не знаю», то в замечаниях на протокол необходимо указать, что свидетель ответил именно «не помню», поскольку ответы «не помню» и «не знаю» способны привести к разным выводам.

Кроме этого, следует проследить, чтобы все пустые поля протокола допроса, предназначенные для занесения показаний свидетеля, были перечеркнуты, например, знаком Z, для того, чтобы налоговые инспекторы не могли занести туда нужные им показания.

После составления протокола налоговый инспектор должен вручить свидетелю копию этого протокола. К этому его обязывает п. 6 ст. 90 НК РФ, вступивший в силу 3 сентября 2018 г. (Ранее налоговые инспекторы зачастую отказывали во вручении свидетелю копии протокола допроса, поскольку это не было предусмотрено НК РФ. Теперь у налоговых инспекторов никаких правовых оснований для такого отказа нет.)

## Приложения

### **1. Письмо ФНС России от 11.10.2019 № ЕД-4-1/20922@ (об оценке налоговых рисков при выборе контрагента; о получении сведений, отраженных в налоговых декларациях)**

Министерство финансов Российской Федерации  
Федеральная налоговая служба

#### **Письмо от 11 октября 2019 г. № ЕД-4-1/20922@**

Федеральная налоговая служба рассмотрела письмо и сообщает следующее.

Федеральным законом от 18 июля 2017 года № 163-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 163-ФЗ) часть первая Налогового кодекса Российской Федерации (далее — Кодекс) дополнена статьей 54.1, определяющей конкретные действия налогоплательщика, которые признаются злоупотреблением правами, и условия, которые должны быть соблюдены налогоплательщиком для возможности учесть расходы и заявить налоговые вычеты по имевшим место сделкам (операциям).

При этом статья 54.1 Кодекса не является кодификацией правил, сформулированных в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», а представляет собой новый подход к проблеме злоупотребления налогоплательщиком своими правами, учитывающий основные аспекты сформированной судебной практики.

Данная статья не содержит положений о расширении полномочий налоговых органов по сбору доказательственной базы. Следовательно, сохраняет силу принципа презумпции добросовестности налогоплательщика.

Рекомендации по применению положений статьи 54.1 Кодекса изложены в письмах ФНС России от 11.08.2017 № СА-4-7/15895@ и от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@, размещенных в общем доступе в информационно-телекоммуникационной сети Интернет.

Для целей самостоятельной оценки рисков налогоплательщиками по результатам своей финансово-хозяйственной деятельности, в том числе оценки рисков при выборе контрагентов, могут учитываться критерии

самостоятельной оценки рисков для налогоплательщиков, утвержденные приказом ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@.

В соответствии с 12-м критерием оценки рисков «Ведение финансово-хозяйственной деятельности с высоким налоговым риском» при оценке налоговых рисков, которые могут быть связаны с характером взаимоотношений с некоторыми контрагентами, ФНС России рекомендует налогоплательщику исследовать определенные признаки, свидетельствующие о высокой степени вероятности отнесения контрагента налоговыми органами к категории проблемного (или «однодневки»), а сделок, совершенных с таким контрагентом, — сомнительных.

Кроме того, согласно приказу ФНС России от 29.12.2016 № ММВ-7-14/729@ сведения о среднесписочной численности работников; об уплаченных организацией суммах налогов и сборов; о нарушениях законодательства о налогах и сборах, в том числе о суммах недоимки и задолженности по пеням, штрафам при их наличии; о суммах доходов и расходов по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности размещаются в форме открытых данных на официальном сайте ФНС России [www.nalog.ru](http://www.nalog.ru).

Такое положение в целом может рассматриваться как предоставление дополнительной возможности налогоплательщикам заранее оценить риски при выборе контрагента.

В отношении получения информации об убытках в налоговой декларации по налогу на прибыль организаций и налоговой декларации по налогу, уплачиваемому в связи с применением упрощенной системы налогообложения, необходимо отметить следующее.

В соответствии со статьей 102 Налогового кодекса Российской Федерации вся информация, имеющаяся в налоговом органе, и сведения, полученные в ходе проведения контрольных мероприятий в отношении налогоплательщиков, являются налоговой тайной и не могут быть предоставлены третьим лицам, за исключением сведений, перечисленных в пункте 1 статьи 102 Кодекса. При этом сведения из налоговых деклараций в указанном перечне отсутствуют.

Вместе с тем на основании подпункта 1 пункта 1 статьи 102 Кодекса сведения, полученные налоговым органом, становятся общедоступными с согласия их обладателя — налогоплательщика (плательщика страховых взносов).

С учетом изложенного налоговый орган вправе сообщить сведения, содержащиеся в налоговых декларациях, в случае, если налогоплательщик дал согласие на признание таких сведений, составляющих налоговую тайну, общедоступными по форме, утвержденной приказом ФНС России от 15.11.2016 № ММВ-7-17/615@.

**Действительный государственный советник  
Российской Федерации 2 класса  
Д.В. ЕГОРОВ**

**2. Письмо Минфина России от 13.12.2016 № 03-02-07/1/74372 (об оценке налоговых рисков при выборе контрагента)**

Министерство финансов Российской Федерации

**Письмо**

**от 13 декабря 2016 г. № 03-02-07/1/74372**

Департамент налоговой и таможенной политики рассмотрел письмо по вопросу о подтверждении добросовестности контрагента налогоплательщика и сообщает следующее.

Налоговым кодексом Российской Федерации не определены понятие «должная осмотрительность» и конкретный перечень действий, которые необходимо совершать при заключении договоров с контрагентами с целью подтверждения должной осмотрительности.

Для целей самостоятельной оценки рисков налогоплательщиками по результатам своей финансово-хозяйственной деятельности, в том числе оценки рисков при выборе контрагентов, могут учитываться утвержденные приказом ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ общедоступные критерии самостоятельной оценки рисков для налогоплательщиков, используемые налоговыми органами в процессе отбора объектов для проведения выездных налоговых проверок.

В соответствии с пунктом 12 указанных критериев при оценке налоговых рисков, которые могут быть связаны с характером взаимоотношений с некоторыми контрагентами, налогоплательщику рекомендуется исследовать определенные признаки, в частности, отсутствие информации о государственной регистрации контрагента в Едином государственном реестре юридических лиц, отсутствие документального подтверждения полномочий представителя контрагента, копий документа, удостоверяющего его личность, отсутствие информации о фактическом местонахождении контрагента, а также о местонахождении его складских, и (или) производственных, и (или) торговых площадей и т.д.

Наличие подобных признаков свидетельствует о высокой степени риска квалификации налоговыми органами подобного контрагента как проблемного, а сделок, совершенных с ним, как сомнительных.

Таким образом, налогоплательщику при выборе контрагентов следует учитывать совокупность признаков, указанных в пункте 12 названных критериев.

На официальном сайте ФНС России в сети Интернет размещена информация о способах ведения финансово-хозяйственной деятельности с высоким налоговым риском.

Так, например, на сайте ФНС России размещены сведения об адресах, указанных при государственной регистрации в качестве места нахождения несколькими юридическими лицами (так называемые адреса «массовой» регистрации, характерные, как правило, для «фирм-однодневок»), а также наименования юридических лиц, в со-

став исполнительных органов которых входят дисквалифицированные лица.

**Заместитель директора Департамента  
А.А. СМЕРНОВ**

**3. Письмо ФНС России от 13.02.2017 № ЕД-4-15/2518@ (о проявлении налогоплательщиком должной осмотрительности при заключении договоров с поставщиками)**

Министерство финансов Российской Федерации  
Федеральная налоговая служба

**Письмо  
от 13 февраля 2017 г. № ЕД-4-15/2518@**

Федеральная налоговая служба, рассмотрев обращение по вопросу проведения оценки соответствия дополнительного условия договоров, предполагаемых к заключению с поставщиками товаров (работ, услуг), в целях проявления должной осмотрительности при выборе контрагентов, действующему закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», сообщает следующее.

Информация, которую налоговые органы обязаны бесплатно предоставлять налогоплательщикам, необходимая для исполнения их обязанностей, предусмотренных законодательством о налогах и сборах, указана в подпункте 4 пункта 1 статьи 32 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — Кодекс), а именно информация о действующих налогах и сборах, законодательстве о налогах и сборах и принятых в соответствии с ним нормативных правовых актах, порядке исчисления и уплаты налогов и сборов, правах и обязанностях налогоплательщиков, полномочиях налоговых органов и их должностных лиц, а также разъяснения о порядке заполнения налоговых деклараций (расчетов).

Относительно включения в договор дополнительных условий оплаты за товары (работы, услуги) в целях проверки уплаты налога на добавленную стоимость контрагентом сообщаем, что согласно пункту 4 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

На основании пункта 1 статьи 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Таким образом, общим для всех участников гражданского оборота является определение содержания договора по взаимосогласованному усмотрению.

При этом обращается внимание, что вопрос включения сторонами в договор дополнительных условий, невыгодных для контрагента или не

относящихся к предмету договора, и квалификации такого условия как ограничения конкуренции, согласно Федеральному закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», к компетенции ФНС России не относится.

Одновременно сообщаем, что налоговыми органами при проведении проверок всесторонне оценивается совокупность фактов и обстоятельств, установленных в ходе проверки, указывающих на получение налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды, применительно к каждому случаю.

В целях самостоятельной оценки рисков при выборе контрагентов налогоплательщики могут использовать общедоступные критерии оценки рисков, отраженные в Приказе ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ «Об утверждении концепции системы планирования выездных налоговых проверок».

Также на официальном сайте ФНС России в сети Интернет [www.nalog.ru](http://www.nalog.ru) размещена информация о способах ведения финансово-хозяйственной деятельности с высоким налоговым риском. Сведения об адресах, указанных при государственной регистрации в качестве места нахождения несколькими юридическими лицами (так называемые адреса «массовой» регистрации, характерные, как правило, для «фирм-однодневок»), а также наименования юридических лиц, в состав исполнительных органов которых входят дисквалифицированные лица, также размещены на сайте ФНС России.

**Действительный государственный советник  
Российской Федерации 2 класса  
Д.В. ЕГОРОВ**

**4. Письмо ФНС России от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@ «О рекомендациях по применению положений статьи 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации»**

Министерство финансов Российской Федерации  
Федеральная налоговая служба

Письмо

от 31 октября 2017 г. № ЕД-4-9/22123@

**О рекомендациях по применению положений  
статьи 54.1 Налогового кодекса  
Российской Федерации**

Федеральная налоговая служба в связи со вступлением в силу статьи 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ), введенной Федеральным законом от 18.07.2017 № 163-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 163-ФЗ), а также в целях формирования единообразного подхода к сбору доказательственной базы в отношении фактов на-

рушения налогоплательщиками, плательщиками сборов, плательщиками страховых взносов и налоговыми агентами (далее — налогоплательщики) пределов осуществления прав по исчислению налоговой базы и (или) суммы налога, сбора, страховых взносов, направляет Рекомендации.

Введенная Законом № 163-ФЗ статья 54.1 НК РФ направлена на предотвращение использования «агрессивных» механизмов налоговой оптимизации.

Статья 54.1 НК РФ не является кодификацией правил, сформулированных в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — Постановление Пленума № 53), а представляет собой новый подход к проблеме злоупотребления налогоплательщиком своими правами, учитывающий основные аспекты сформированной судебной практики.

Суть изменений заключается в том, что законодателем определены конкретные действия налогоплательщика, которые признаются злоупотреблением правами, и условия, которые должны быть соблюдены налогоплательщиком для возможности учесть расходы и заявить налоговые вычеты по имевшим место сделкам (операциям).

Налоговым органам следует учитывать, что статья 54.1 НК РФ не содержит положений о расширении полномочий налоговых органов по сбору доказательственной базы, в связи с чем, при применении положений указанной статьи действуют применяемые налоговыми органами законодательно предусмотренные процедуры по сбору, фиксированию и оценке доказательств.

Доказывание обстоятельств, предусмотренных пунктом 1 статьи 54.1 НК РФ, и (или) факта несоблюдения условий, предусмотренных пунктом 2 статьи 54.1 НК РФ, производится налоговым органом при проведении мероприятий налогового контроля в соответствии с разделами V, V-1, V-2 НК РФ.

Следовательно, сохраняет силу принцип презумпции добросовестности налогоплательщика как один из важнейших элементов конституционно-правового режима регулирования налоговых отношений и публичного правопорядка в целом.

В соответствии с пунктом 2 статьи 2 Закона № 163-ФЗ положения пункта 5 статьи 82 НК РФ (в редакции данного Федерального закона) применяются к камеральным налоговым проверкам налоговых деклараций (расчетов), представленных в налоговый орган после дня вступления в силу Закона № 163-ФЗ, а также выездным налоговым проверкам и проверкам полноты исчисления и уплаты налогов в связи с совершением сделок между взаимозависимыми лицами, решения о назначении которых вынесены налоговыми органами после дня вступления в силу Закона № 163-ФЗ.

Таким образом, понятия, отраженные в Постановлении Пленума № 53 и развитые в сложившейся судебной практике, сформированной до вступления в силу Закона № 163-ФЗ, не используются в рамках проведения камеральных налоговых проверок налоговых деклараций (расчетов) налогово-

плательщиков, представленных в налоговые органы после вступления в силу указанного закона, а также в рамках проведения выездных налоговых проверок и проверок полноты исчисления и уплаты налогов в связи с совершением сделок между взаимозависимыми лицами, решения о назначении которых вынесены после дня вступления в силу указанного закона.

В актах и решениях по результатам налоговых проверок налоговые органы должны правильно квалифицировать выявленные в ходе проверки обстоятельства со ссылкой на конкретный пункт статьи 54.1 НК РФ.

Так, пунктом 1 статьи 54.1 НК РФ предусмотрен запрет уменьшения налогоплательщиком налоговой базы и (или) суммы подлежащего уплате налога в результате искажения сведений о фактах хозяйственной жизни (совокупности таких фактов), об объектах налогообложения, подлежащих отражению в налоговом и (или) бухгалтерском учете либо налоговой отчетности налогоплательщика.

Данные положения следует применять в случае доказывания умышленных действий самого налогоплательщика, выразившихся в сознательном искажении сведений о фактах хозяйственной жизни (совокупности таких фактов), об объектах налогообложения, подлежащих отражению в налоговом и (или) бухгалтерском учете либо налоговой отчетности налогоплательщика в целях уменьшения налогоплательщиком налоговой базы и (или) суммы подлежащего уплате налога, неправильного применения налоговой ставки, налоговой льготы, налогового режима, манипулирования статусом налогоплательщика, умышленных действий налогового агента по неуплате (неполному уплате) сумм налога, подлежащего уплате налоговым агентом. При отсутствии доказательств такого умысла у налогоплательщика методологическая (правовая) ошибка сама по себе не может признаваться искажением в целях применения пункта 1 статьи 54.1 НК РФ.

Характерными примерами такого «искажения» являются: создание схемы «дробления бизнеса», направленной на неправомерное применение специальных режимов налогообложения; совершение действий, направленных на искусственное создание условий по использованию пониженных налоговых ставок, налоговых льгот, освобождения от налогообложения; создание схемы, направленной на неправомерное применение норм международных соглашений об избежании двойного налогообложения; нереальность исполнения сделки (операции) сторонами (отсутствие факта ее совершения). К числу способов искажения сведений об объектах налогообложения, которые могут быть квалифицированы по пункту 1 статьи 54.1 НК РФ, могут быть отнесены: неотражение налогоплательщиком дохода (выручки) от реализации товаров (работ, услуг, имущественных прав), в том числе в связи с вовлечением в предпринимательскую деятельность подконтрольных лиц, а также отражение налогоплательщиком в регистрах бухгалтерского и налогового учета заведомо недостоверной информации об объектах налогообложения.

В соответствии с пунктом 2 статьи 110 НК РФ налоговое правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, осознавало противоправный характер своих действий (бездействия), же-

лало либо сознательно допускало наступление вредных последствий таких действий (бездействия).

Таким образом, доказывание умысла состоит в выявлении обстоятельств, свидетельствующих о том, что лицо осознавало противоправный характер своих действий (бездействия), желало либо сознательно допускало наступление вредных последствий таких действий (бездействия).

Об умышленных действиях налогоплательщика могут свидетельствовать установленные факты юридической, экономической и иной подконтрольности участников, вовлеченных в налоговую схему.

При выявлении таких фактов налоговый орган должен учитывать, что обстоятельства подконтрольности сами по себе не могут служить основанием для вывода об умышленном характере действий налогоплательщика.

В актах и решениях по результатам налоговых проверок налоговые органы должны указывать обстоятельства, свидетельствующие о возможности влияния проверяемого налогоплательщика (его должностных лиц) на условия и результат экономической деятельности, манипулирования условиями, сроками и порядком осуществления расчетов по сделкам (операциям), искусственного создания условий для использования налоговых преференций.

При этом установление умысла не может сводиться к простому перечислению всех сделок (операций), в результате которых налогоплательщик получил налоговую экономию, и приведению анализа возможности влияния фактов подконтрольности на условия и результат экономической деятельности. Необходимо указывать конкретные действия налогоплательщика (его должностных лиц), которые обусловили совершение правонарушения, и приводить доказательства, которые бы свидетельствовали о намерении причинить вред бюджету.

При взаимодействии налогоплательщика с формально независимыми лицами в ряде случаев об умышленности действий могут свидетельствовать обстоятельства, свидетельствующие о согласованности действий участников хозяйственной деятельности, предопределенности движения денежных и товарных потоков, совершения ряда неслучайных действий (операций), подчиненных единой цели — возможности отражения заведомо ложных сведений о фактах хозяйственной жизни (совокупности таких фактов), об объектах налогообложения, подлежащих отражению в налоговом и (или) бухгалтерском учете либо налоговой отчетности налогоплательщика, создания искусственного документооборота и получения налоговой экономии. Также, при проведении мероприятий налогового контроля в целях устранения последствий нарушений в виде неуплаты налогов устанавливаются фактические обстоятельства, связанные с использованием полученной налоговой экономии, которые позволяют определить, в чьих интересах оформлены соответствующие сделки (операции).

Таким образом, налоговые органы для целей применения пункта 1 статьи 54.1 НК РФ должны доказать совокупность следующих обстоятельств: существо искажения (то есть в чем конкретно оно выразилось); причинную связь между действиями налогоплательщика и допущенными

искажениями; умышленный характер действий налогоплательщика (его должностных лиц), выразившихся в сознательном искажении сведений о фактах хозяйственной жизни (совокупности таких фактов), об объектах налогообложения, подлежащих отражению в налоговом и (или) бухгалтерском учете либо налоговой отчетности налогоплательщика в целях уменьшения налогоплательщиком налоговой базы и (или) суммы подлежащего уплате налога; потери бюджета.

Согласно пункту 2 статьи 54.1 НК РФ при отсутствии обстоятельств, предусмотренных пунктом 1 указанной статьи, по имевшим место сделкам (операциям) налогоплательщик вправе уменьшить налоговую базу и (или) сумму подлежащего уплате налога в соответствии с правилами соответствующей главы части второй НК РФ при соблюдении одновременно следующих двух условий:

1) основной целью совершения сделки (операции) не являются неуплата (неполная уплата) и (или) зачет (возврат) суммы налога;

2) обязательство по сделке (операции) исполнено лицом, являющимся стороной договора, заключенного с налогоплательщиком, и (или) лицом, которому обязательство по исполнению сделки (операции) передано по договору или закону.

Налоговым органам следует учитывать, что пункт 2 указанной статьи содержит условия, только при соблюдении которых у налогоплательщика появляется право учесть расходы и вычеты по имевшим место сделкам, то есть установление факта нарушения налогоплательщиком данных условий является отдельным обстоятельством, при наличии которого налоговый орган отказывает налогоплательщику в учете расходов и вычетов. При этом налоговый орган отказывает налогоплательщику в учете расходов и вычетов при выявлении фактов нарушения хотя бы одного из установленных в пункте 2 статьи 54.1 НК РФ условий (подпункт 1 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ, если имеются доказательства наличия у налогоплательщика основной цели совершения сделки (операции) — неуплата (неполная уплата) и (или) зачет (возврат) налога (сбора), и (или) подпункт 2 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ, если материалы проверки свидетельствуют, что товар (работа, услуга) исходят от иного лица, а не от заявленного контрагента).

Подпунктом 1 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ установлен запрет для налогоплательщика уменьшать налоговую базу и (или) сумму подлежащего уплате налога в случае, когда основной целью совершения сделки (операции) являются неуплата (неполная уплата) и (или) зачет (возврат) суммы налога. В этой связи основной целью сделки должна быть конкретная разумная хозяйственная (деловая) цель, а не налоговая экономия. Примером такой сделки может служить бизнес-решение, не свойственное предпринимательскому обороту (присоединение компании с накопленным убытком без актива при отсутствии экономического обоснования и т.п.) и которое не может быть обосновано с точки зрения предпринимательского риска, фактически совершенное не в своем интересе, а в интересах иного лица с целью его скрытого финансирования.

В подпункте 2 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ законодатель фактически ограничил право учесть расходы и вычеты по сделке при исполнении ее лицом, не указанным в первичных документах.

Таким образом, в рамках применения положений подпунктов 1 и 2 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ налоговому органу следует доказывать, что основной целью заключения налогоплательщиком сделки (операции) являлось не получение результатов предпринимательской деятельности, а получение налоговой экономии (при выявлении фактов несоблюдения условий, указанных в подпункте 1 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ), и (или), что сделка (операция) не исполнена заявленным контрагентом, и налогоплательщик использовал формальный документооборот в целях неправомерного учета расходов и заявления налоговых вычетов по спорной сделке (операции) (при выявлении фактов несоблюдения условий, установленных в подпункте 2 пункта 2 статьи 54.1 НК РФ).

При установлении обстоятельств, свидетельствующих, что основной целью заключения налогоплательщиком сделки (операции) являлось не получение результатов предпринимательской деятельности, а получение налоговой экономии, налоговые органы должны доказать, что такая сделка (операция) не имеет какого-либо разумного объяснения с позиции хозяйственной необходимости ее заключения и совершения, а имеет своей целью лишь уменьшение налоговых обязательств, и (или) является частью схемы, основной целью которой является уменьшение налоговых обязательств.

При этом необходимо учитывать, что положения НК РФ не ограничивают само право налогоплательщиков проводить свои хозяйственные операции так, чтобы налоговые последствия были минимальными, однако в избранном налогоплательщиком варианте сделки (операции) не должно присутствовать признака искусственности, лишенной хозяйственного смысла. Кроме того, налоговый орган не вправе настаивать на том, что налогоплательщик должен был выбрать тот или иной вариант построения хозяйственных операций.

Налоговые органы должны опровергать реальность спорной сделки (операции) посредством доказывания фактов исполнения обязательств по сделке (операции) иным лицом, чем лицо, являющееся стороной договора, заключенного с налогоплательщиком, и (или) которому обязательство по исполнению сделки (операции) передано по договору или закону, и (или) доказывания фактов, свидетельствующих о том, что исполнение, предусмотренное спорной сделкой (операцией), выполнено проверяемым налогоплательщиком самостоятельно. В этих случаях налоговые органы должны эффективно использовать такие механизмы как: получение пояснений от лиц, обладающих информацией об обстоятельствах заключения, совершения, исполнения сделки (операции); проведение осмотров территорий, помещений, документов, предметов с применением технических средств; сопоставление объема поставляемых товаров размеру складских помещений (территорий); инвентаризация имущества; анализ и воссоздание полного баланса предприятия (товарного баланса, складского учета и т.п.); истребование документов (информации), а в необхо-

димых случаях проведение выемки документов (предметов), проведение экспертиз и другие. Для целей установления фактов выполнения налогоплательщиком работ, услуг собственными силами основным доказательством может являться информация, прямо или косвенно подтверждающая данный факт, полученная посредством опросов должностных лиц проверяемого налогоплательщика, занятых на производстве; истребования документов (информации) у заказчиков и допросов их должностных лиц, лиц, осуществляющих технический надзор; выявления иных, «непроблемных», контрагентов, оказывающих налогоплательщику аналогичные работы, услуги, с последующим проведением в отношении них контрольных мероприятий; исследования локальных актов об установлении пропускного режима охраняемых объектов, пропусков, журналов регистрации.

Налоговый орган не должен ставить перед собой задачу формально охватить полный перечень имеющихся механизмов для сбора информации, а должен четко понимать целесообразность проведения каждого мероприятия налогового контроля.

Об использовании формального документооборота в целях неправомерного учета расходов и заявления налоговых вычетов по спорной сделке (операции) могут свидетельствовать факты обналичивания денежных средств проверяемым налогоплательщиком или взаимозависимым (подконтрольным) лицом, а также факты использования таких средств на нужды налогоплательщика, учредителей налогоплательщика, его должностных лиц, использование одних IP-адресов, обнаружение печатей и документации контрагента на территории (в помещении) проверяемого налогоплательщика и другие. В рамках исследования финансовых потоков налоговым органам необходимо учитывать, что перечисление денежных средств при осуществлении сделок с проблемным контрагентом, как правило, совершается в целях полного или частичного их возврата налогоплательщику, взаимозависимому (подконтрольному) лицу в наличной, безналичной форме, в виде ценных бумаг или натуральной форме.

Дополнительными доказательствами в случае выявления фактов несоблюдения налогоплательщиком условий, установленных в пункте 2 статьи 54.1 НК РФ, могут быть нетипичность документооборота, несоответствие обычаю делового оборота поведения участников сделки (операции), должностных лиц налогоплательщика при заключении, сопровождении, оформлении результатов сделок (операций). По всем таким фактам следует получать пояснения налогоплательщика и ответственных лиц, а при получении информации, противоречащей показаниям свидетелей или собранным доказательствам, обеспечивать повторное получение пояснений налогоплательщика и ответственных лиц по установленным противоречиям. При получении пояснений и проведении допросов необходимо устанавливать полномочия, а также функциональные и должностные обязанности лиц, исследовать вопросы, связанные с обстоятельствами заключения, сопровождения сделки и исполнения всех ее условий спорным контрагентом, а также наиболее эффективно использовать возможность предъявления свидетелям документов при допросах в целях получения наиболее полных и конкретизированных ответов.

При проведении допросов лиц, числящихся подписантами первичных документов, налоговым органам необходимо реализовывать свое право на изъятие образцов почерка для дальнейшего проведения почерковедческой экспертизы.

Доказательства фальсификации документов, представляемых налогоплательщиком, могут использоваться только с учетом того, что проведение экспертизы не может рассматриваться как самостоятельное и достаточное доказательство налогового нарушения.

Кроме того, пункт 3 статьи 54.1 НК РФ предусматривает несколько критериев, которые самостоятельно не могут служить основанием для предъявления налоговых претензий: подписание первичных учетных документов неустановленным или неуполномоченным лицом; нарушение контрагентом налогового законодательства; наличие возможности получения налогоплательщиком того же результата экономической деятельности при совершении иных не запрещенных законодательством сделок (операций).

Данные критерии закреплены в статье 54.1 НК РФ для того, чтобы исключить возможность предъявления налоговыми органами формальных претензий к налогоплательщикам.

Настоящее письмо не содержит правовых норм, не конкретизирует нормативные предписания и не является нормативным правовым актом. Письменные рекомендации налоговым органам имеют информационно-разъяснительный характер и не препятствуют налогоплательщикам, следственным органам и судам руководствоваться нормами законодательства Российской Федерации в понимании, отличающемся от трактовки, изложенной в настоящем письме.

Одновременно Федеральная налоговая служба поручает Управлениям Федеральной налоговой службы по субъектам Российской Федерации (за исключением Управления Федеральной налоговой службы по Республике Алтай) довести настоящие рекомендации до нижестоящих налоговых органов.

**Действительный государственный советник  
Российской Федерации 2 класса  
Д.В. ЕГОРОВ**

**5. Письмо ФНС России от 27.11.2017 № ЕД-4-13/23938@ (о контроле соответствия цен, примененных в контролируемых сделках, рыночным)**

Министерство финансов Российской Федерации  
Федеральная налоговая служба

**Письмо  
от 27 ноября 2017 г. № ЕД-4-13/23938@**

ФНС России рассмотрела письмо по вопросу разъяснения пункта 9 статьи 105.3 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — Кодекс) и сообщает следующее.

Согласно пункту 1 статьи 105.3 Кодекса в случае если в сделках между взаимозависимыми лицами создаются или устанавливаются коммерческие или финансовые условия, отличные от тех, которые имели бы место в сделках, признаваемых в соответствии с настоящим разделом сопоставимыми, между лицами, не являющимися взаимозависимыми, то любые доходы (прибыль, выручка), которые могли бы быть получены одним из этих лиц, но вследствие указанного отличия не были им получены, учитываются для целей налогообложения у этого лица.

В соответствии с пунктом 2 статьи 105.3 Кодекса определение в целях налогообложения доходов (прибыли, выручки) взаимозависимых лиц, являющихся сторонами сделки, которые могли бы быть получены этими лицами, но не были получены вследствие отличия коммерческих и (или) финансовых условий указанной сделки от коммерческих и (или) финансовых условий такой же сделки, сторонами которой являются лица, не признаваемые взаимозависимыми, производится федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов, с применением методов, установленных главой 14.3 Кодекса.

Согласно пункту 1 статьи 105.17 Кодекса контроль соответствия цен, примененных в контролируемых сделках, рыночным ценам не может быть предметом выездных и камеральных проверок.

Таким образом, положения статьи раздела V.1 Кодекса, в том числе пункт 9 статьи 105.3 Кодекса, регулируют порядок определения цен в сделках, подлежащих налоговому контролю в связи с совершением сделок между взаимозависимыми лицами, предусмотренному статьей 105.17 Кодекса.

Как указано выше, в случаях, не предусмотренных разделом V.1 Кодекса, налоговые органы не вправе оспаривать цену товаров (работ, услуг), указанную сторонами сделки и учтенную при налогообложении в рамках выездных и камеральных проверок.

Однако многократное отклонение цены сделки от рыночного уровня может учитываться в рамках выездной и камеральной проверки в качестве одного из признаков получения необоснованной налоговой выгоды в совокупности и взаимосвязи с иными обстоятельствами, указывающими на несоответствие между оформлением сделки и содержанием финансово-хозяйственной операции.

Указанная позиция изложена в пункте 3 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 Кодекса, утвержденного Верховным судом Российской Федерации 16 февраля 2017 года.

ФНС России обращает внимание, что в соответствии с пунктом 1 статьи 34.2 Кодекса предоставление письменных разъяснений по вопросам применения законодательства Российской Федерации о налогах и сборах входит в полномочия Министерства финансов Российской Федерации.

**Действительный государственный советник  
Российской Федерации 2 класса  
Д.В. ЕГОРОВ**

**6. Перечень вопросов, подлежащих обязательному выяснению у сотрудников (например, ООО «1»), по выбору контрагентов, процедуре подписания договоров, учету товарно-материальных ценностей (приложение № 1 к письму ФНС России от 13.07.2017 № ЕД-4-2/13650@ «О направлении методических рекомендаций по установлению в ходе налоговых и процессуальных проверок обстоятельств, свидетельствующих об умысле в действиях должностных лиц налогоплательщика, направленном на неуплату налогов (сборов)»)**

**Перечень вопросов, подлежащих обязательному выяснению у сотрудников (например, ООО «1»), по выбору контрагентов, процедуре подписания договоров, учету товарно-материальных ценностей (далее — ТМЦ)**

1. Когда вы приступили к исполнению обязанностей в Вашей должности?
2. Ваше образование, специальность?
3. Что входит в Ваши должностные обязанности?
4. Вы исполняли аналогичные обязанности ранее?
5. Где и кем Вы работали до ООО «1»?
6. Кто занимается подбором поставщиков, субподрядчиков для ООО «1»?
7. Как происходит поиск контрагентов, какими источниками информации Вы пользуетесь при выборе контрагентов?
8. Кто выступает инициатором заключения договора с Поставщиками, от кого исходит предложение о работе с конкретным поставщиком?
9. Одобрение того или иного контрагента — это Ваше единоличное решение или коллегиальное?
10. Есть в организации лица или отдел, которые несут ответственность за выбор того или иного контрагента? Укажите их.
11. Какая ответственность предусмотрена в вашей организации при установлении поставщика?  
Для установления личности руководителя-контрагента и деловой репутации организации-контрагента.
12. Знаком ли Вам лично руководитель организации-контрагента, при каких обстоятельствах, когда Вы познакомились?
13. Какие взаимоотношения (дружеские, деловые) Вас объединяют?
14. Какие работы (услуги) выполняла организация-контрагент для вас, какие товары поставляла?
15. Ранее эта организация оказывала для вас подобные услуги, выполняла работы, поставляла товары?
16. Какие действия Вы предпринимали для установления деловой репутации организации-контрагента?  
Подписание договора.
17. Кто дает указание для подготовки проектов договоров?

18. Кто в вашей организации отвечает за подготовку проекта договора, или вы используете типовые договоры?

19. Вы лично общаетесь с предполагаемыми партнерами, на чьей территории?

20. Какие вопросы задаете при встрече, с какими документами знакомитесь?

21. В случае, если контрагент находится не в г. Москве или Московской области, как вы взаимодействуете?

22. В случае необходимости у кого спрашиваете контактные данные партнера?

23. Кто согласовывает проекты договоров для последующего подписания Вами?

24. В организации существуют какие-либо регламентирующие документы по документообороту?

25. Кто несет ответственность за качество поставляемых ТМЦ (ГСМ, запчасти и др.), услуг (транспортных и др.), работ (субподряд)?

26. Назовите программу, которая используется для учета ТМЦ.

27. Как у Вас в Компании организован документооборот с момента поступления документа от поставщика до момента принятия товаров (работ, услуг) к бухгалтерскому учету и отражения в бухгалтерской программе?

28. Кто имеет доступ к базам 1С-Бухгалтерия, 1С Торговля, 1С-Склад?

29. У вас попадались недобросовестные поставщики товаров (работ, услуг), какие действия Вы предпринимали в подобных случаях?

30. Кто в ООО «1» отвечает за сохранность ТМЦ, кто ведет учет, какими внутренними документами происходит списание ТМЦ для своих подразделений для производства работ?

31. Есть ли склад и где он находится?

32. Кто контролирует качество и количество поставляемых товаров (работ, услуг)?

33. В случае выполнения работ субподрядчиками кто занимается бытовыми вопросами рабочих и ИТР на месте проведения работ?

34. Вы лично присутствуете при принятии работ от субподрядчика, какие документы подписываете?

35. В случае брака или нарушения технологии строительства по работам, выполненным субподрядчиком, кто несет ответственность за допущенные нарушения перед Заказчиком, перед ООО «1»?

36. Есть ли в ООО «1» служба безопасности или сотрудник, который занимается экономической безопасностью организации? Укажите ФИО, его обязанности и ответственность.

37. Укажите должностное лицо, визирующее документы, которые Вы оформляете.

38. Перечислите наименование документов, которые Вы оформляете.

**7. Перечень вопросов, подлежащих обязательному выяснению у руководителя (например, ООО «1»), по выбору контрагентов, процедуре подписания договоров, учету товарно-материальных ценностей (приложение № 2 к письму ФНС России от 13.07.2017 № ЕД-4-2/13650@ «О направлении методических рекомендаций по установлению в ходе налоговых и процессуальных проверок обстоятельств, свидетельствующих об умысле в действиях должностных лиц налогоплательщика, направленном на неуплату налогов (сборов)»)**

**Перечень вопросов, подлежащих обязательному выяснению у руководителя (например, ООО «1»), по выбору контрагентов, процедуре подписания договоров, учету товарно-материальных ценностей (далее — ТМЦ)**

1. Кем, в какой должности Вы работаете в ООО «1»?
2. Когда вы приступили к исполнению обязанностей в Вашей должности?
3. Кто назначил Вас на эту должность?
4. Где и кем Вы работали до ООО «1»?
5. Вы исполняли аналогичные обязанности ранее или работа в ООО «1» — это новые профессиональные навыки?
6. Вмешиваются ли учредители непосредственно в финансово-хозяйственную деятельность ООО «1»?
7. Если учредители вмешиваются в финансово-хозяйственную деятельность ООО «1», то каким образом это происходит?
8. Вы представляете отчеты о результатах финансово-хозяйственной деятельности ООО «1» учредителям?
9. Вы согласовываете выбор контрагентов или расходы, которые необходимо произвести, с учредителями?
10. Кто в вашей организации отвечает за подготовку договоров к подписанию сторонами?
11. Кто занимается подбором поставщиков, субподрядчиков для ООО «1»?
12. Как происходит поиск контрагентов?
13. Какими источниками информации Вы пользуетесь при выборе контрагентов?
14. Сколько человек в Вашем отделе занимается поиском поставщиков?
15. Как обычно происходит общение с поставщиком, по почте, лично, через посредника?
16. Опишите процесс подготовки договора внутри организации при установлении поставщика.
17. Одобрение того или иного контрагента — это решение единоличное или коллегиальное?
18. Если решение коллегиальное, назовите лиц, принимающих решение.
19. Если решение принимается единолично, Вы выступаете инициатором заключения договора именно с этим поставщиком?

20. Есть в организации лица или отдел, которые несут ответственность за выбор того или иного контрагента? Укажите их.

21. Какая ответственность предусмотрена в вашей организации при установлении поставщика?

22. Кто определяет, кого из поставщиков выбрать?

23. Кто дает указание для подготовки проектов договоров?

24. Кто выступает инициатором заключения договора с поставщиками, от кого исходит предложение о работе с конкретным поставщиком?

Для установления личности руководителя-контрагента и деловой репутации организации-контрагента.

25. Знаком ли Вам лично руководитель организации-контрагента, при каких обстоятельствах, когда Вы познакомились?

26. Какие взаимоотношения (дружеские, деловые) Вас объединяют?

27. Какие работы (услуги) выполняла организация-контрагент для вас, какие товары поставляла?

28. Ранее эта организация оказывала для вас подобные услуги, выполняла работы, поставляла товары?

29. Какие действия Вы предпринимали для установления деловой репутации организации-контрагента?

Подписание договора и учет товаров (работ, услуг).

30. В организации существуют какие-либо регламентирующие документы по документообороту?

31. Кто несет ответственность за количество и качество поставляемых ТМЦ (ГСМ, запчасти и др.), услуг (транспортных и др.), работ (субподряд)?

32. Кто принимает первичные документы от поставщика (ТН, ТН, ТОРГ-12, Акты), кто подписывается в документе, где происходит принятие товаров (работ, услуг) по документу?

33. Кто должен присутствовать при принятии товаров (работ, услуг) в обязательном порядке?

34. У вас попадались недобросовестные поставщики товаров (работ, услуг), какие действия Вы предпринимали в подобных случаях?

35. Кто в ООО «1» отвечает за сохранность ТМЦ, кто ведет учет?

36. Есть ли склад и где он находится, кто является кладовщиком?

37. Если при принятии работ от субподрядчика присутствуют представители Заказчика, кто именно присутствует, какие документы подписывает?

38. В случае брака или нарушения технологии по работам, выполненным субподрядчиком, кто несет ответственность за допущенные нарушения перед Заказчиком, перед ООО «1»?

39. Кто составляет претензии от ООО «1» в адрес субподрядчика в случае выявления брака или нарушения технологии, кто подписывает такие документы?

40. Есть ли в ООО «1» служба безопасности или сотрудник, который занимается экономической безопасностью организации?

41. На компьютере какого должностного лица установлены базы 1С-Бухгалтерия, 1С-Торговля, 1С-Склад

42. Кто имеет доступ к базам 1С-Бухгалтерия, 1С-Торговля, 1С-Склад?

**8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19  
«О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»**

Постановление  
Пленума Верховного Суда Российской Федерации  
от 16 октября 2009 г. № 19

**О судебной практике по делам о злоупотреблении  
должностными полномочиями и о превышении  
должностных полномочий**

В связи с вопросами, возникающими у судов по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий, Пленум Верховного Суда Российской Федерации, руководствуясь статьей 126 Конституции Российской Федерации, статьями 2 и 5 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», **постановляет:**

1. Обратить внимание судов на направленность уголовной ответственности за преступления против интересов государственной службы на обеспечение защиты граждан от коррупции и других общественно опасных деяний, совершенных должностными лицами по службе. Лица, злоупотребляющие должностными полномочиями либо превышающие свои должностные полномочия, посягают на регламентированную нормативными правовыми актами деятельность государственных органов, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждений, государственных корпораций, государственных компаний, государственных и муниципальных унитарных предприятий, акционерных обществ, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований Российской Федерации и органов, в результате чего существенно нарушаются права и законные интересы граждан или организаций либо охраняемые законом интересы общества и государства.

2. Судам при рассмотрении уголовных дел о злоупотреблении должностными полномочиями (статья 285 УК РФ) и о превышении должностных полномочий (статья 286 УК РФ) необходимо устанавливать, является ли подсудимый субъектом указанных преступлений — должностным лицом. При этом следует исходить из того, что в соответствии с пунктом 1 примечаний к статье 285 УК РФ должностными признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, государственных компаниях, государственных и муниципальных унитарных предприятиях,

акционерных обществах, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских формированиях Российской Федерации и органах.

3. К исполняющим функции представителя власти следует относить лиц, наделенных правами и обязанностями по осуществлению функций органов законодательной, исполнительной или судебной власти, а также, исходя из содержания примечания к статье 318 УК РФ, иных лиц правоохранительных или контролирующих органов, наделенных в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся от них в служебной зависимости, либо правом принимать решения, обязательные для исполнения гражданами, организациями, учреждениями независимо от их ведомственной принадлежности и форм собственности.

4. Под организационно-распорядительными функциями следует понимать полномочия должностного лица, которые связаны с руководством трудовым коллективом государственного органа, государственного или муниципального учреждения (его структурного подразделения) или находящимися в их служебном подчинении отдельными работниками, с формированием кадрового состава и определением трудовых функций работников, с организацией порядка прохождения службы, применения мер поощрения или награждения, наложения дисциплинарных взысканий и т.п.

К организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия (например, по выдаче медицинским работником листка временной нетрудоспособности, установлению работником учреждения медико-социальной экспертизы факта наличия у гражданина инвалидности, приему экзаменов и выставлению оценок членом государственной экзаменационной (аттестационной) комиссии).

5. Как административно-хозяйственные функции надлежит рассматривать полномочия должностного лица по управлению и распоряжению имуществом и (или) денежными средствами, находящимися на балансе и (или) банковских счетах организаций, учреждений, воинских частей и подразделений, а также по совершению иных действий (например, по принятию решений о начислении заработной платы, премий, осуществлению контроля за движением материальных ценностей, определению порядка их хранения, учета и контроля за их расходом).

6. Исполнение функций должностного лица по специальному полномочию означает, что лицо осуществляет функции представителя власти, исполняет организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции, возложенные на него законом, иным нормативным правовым актом, приказом или распоряжением вышестоящего должностного лица либо правомочным на то органом или должностным лицом (например, функции присяжного заседателя). Функции должностного лица по специальному полномочию могут осуществляться в течение опреде-

ленного времени или однократно, а также могут совмещаться с основной работой.

При временном исполнении функций должностного лица или при исполнении их по специальному полномочию лицо может быть признано должностным лишь в период исполнения возложенных на него функций.

Если лицо, назначенное на должность с нарушением требований или ограничений, установленных законом или иными нормативными правовыми актами, к кандидату на эту должность (например, при отсутствии диплома о высшем профессиональном образовании, необходимого стажа работы, при наличии судимости и т.п.), из корыстной или иной личной заинтересованности использовало служебные полномочия вопреки интересам службы либо совершило действия, явно выходящие за пределы его полномочий, повлекшие существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, то такие действия следует квалифицировать соответственно как злоупотребление должностными полномочиями либо как превышение должностных полномочий.

7. В Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских (специальных) формированиях и органах, осуществляющих функции по обеспечению обороны и безопасности государства, должностные лица, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные и (или) административно-хозяйственные функции, могут являться начальниками по служебному положению и (или) воинскому званию.

Начальниками по служебному положению являются лица, которым военнослужащие подчинены по службе. К ним следует относить:

лиц, занимающих соответствующие воинские должности согласно штату (например, командира отделения, роты, начальника вещевого служебного полка);

лиц, временно исполняющих обязанности по соответствующей воинской должности, а также временно исполняющих функции должностного лица по специальному полномочию.

Лица гражданского персонала являются начальниками для подчиненных военнослужащих в соответствии с занимаемой штатной должностью.

Начальники по воинскому званию определены в статье 36 Устава внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации (в частности, сержанты и старшины являются начальниками по воинскому званию для солдат и матросов только одной с ними воинской части).

8. Субъектом преступлений, предусмотренных частью 1 статьи 285 УК РФ и частью 1 статьи 286 УК РФ, является лицо, осуществляющее функции представителя власти, выполняющее организационно-распорядительные или (и) административно-хозяйственные функции в государственном органе, органе местного самоуправления, государственном и муниципальном учреждении, государственной корпорации, государственной компании, государственном и муниципальном унитарном предприятии, акционерном обществе, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или

муниципальному образованию, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских формированиях Российской Федерации и органах, не занимающее при этом государственную должность Российской Федерации или государственную должность субъектов Российской Федерации.

9. При решении вопроса о субъекте преступления, предусмотренного частью 2 статьи 285 УК РФ или частью 2 статьи 286 УК РФ, судам следует исходить из пунктов 2 и 3 примечаний к статье 285 УК РФ, согласно которым под лицами, занимающими государственные должности Российской Федерации, понимаются лица, занимающие государственные должности, устанавливаемые Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами для непосредственного исполнения полномочий федеральных государственных органов (пункт 2 примечаний), а под лицами, занимающими государственные должности субъектов Российской Федерации, — лица, занимающие должности, устанавливаемые конституциями, уставами или законами субъектов Российской Федерации для непосредственного исполнения полномочий государственных органов субъектов Российской Федерации (пункт 3 примечаний). Сводный перечень государственных должностей Российской Федерации утвержден Указом Президента Российской Федерации от 11 января 1995 г. № 32 (в редакции от 15 мая 2018 г.); перечень типовых государственных должностей субъектов Российской Федерации утвержден Указом Президента Российской Федерации от 4 декабря 2009 г. № 1381 (в редакции от 5 октября 2015 г.).

10. Наряду с лицом, занимающим государственную должность Российской Федерации или государственную должность субъекта Российской Федерации, субъектом ответственности по части 2 статьи 285 УК РФ и части 2 статьи 286 УК РФ является глава органа местного самоуправления, под которым следует понимать только главу муниципального образования — высшее должностное лицо муниципального образования, наделенное уставом муниципального образования собственными полномочиями по решению вопросов местного значения (статья 36 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»).

11. Судам следует отграничивать преступные действия должностных лиц от деяний других лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации, ответственность которых за злоупотребление своими полномочиями установлена статьей 201 УК РФ.

Субъектами указанного преступления являются лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации, основной целью деятельности которых является извлечение прибыли, а также в некоммерческой организации, которая не является государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, государственной корпорацией.

К лицам, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, относятся лица, выполняющие функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного колле-

гиального исполнительного органа, а также лица, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях (например, директор, генеральный директор, член правления акционерного общества, председатель производственного или потребительского кооператива, руководитель общественного объединения, религиозной организации).

В тех случаях, когда указанные лица используют свои полномочия вопреки законным интересам коммерческой или иной организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, они подлежат ответственности по статье 201 УК РФ, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества и государства.

12. Если в результате злоупотребления полномочиями лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, причинен вред интересам исключительно коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием либо организацией с участием в уставном (складочном) капитале (паевом фонде) государства или муниципального образования, уголовное преследование осуществляется по заявлению руководителя данной организации или с его согласия (статья 23 УПК РФ). В случае причинения вреда интересам других организаций (например, некоммерческой организации, государственному или муниципальному предприятию), а также интересам граждан, общества или государства, уголовное преследование за злоупотребление полномочиями в коммерческой или иной организации осуществляется на общих основаниях.

Когда в результате злоупотребления полномочиями руководителем коммерческой или иной организации вред причинен исключительно этой организации, уголовное преследование руководителя осуществляется по заявлению или с согласия органа управления организации, в компетенцию которого входит избрание или назначение руководителя, а также с согласия члена органа управления организации или лиц, имеющих право принимать решения, определяющие деятельность юридического лица.

13. В случаях, когда деяние, содержащее признаки злоупотребления должностными полномочиями (статья 285 УК РФ) или превышения должностных полномочий (статья 286 УК РФ), совершено должностным лицом для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности, охраняемым законом интересам общества или государства, и эта опасность не могла быть устранена иными средствами, то такое деяние не может быть признано преступным при условии, что не было допущено превышения пределов крайней необходимости (статья 39 УК РФ).

14. Не могут быть признаны преступными деяния должностного лица, связанные с использованием служебных полномочий, повлекшие причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам, если они были совершены во исполнение обязательного для него приказа или распоряжения (статья 42 УК РФ).

Должностное лицо, совершившее умышленное преступление, предусмотренное статьей 285 УК РФ или статьей 286 УК РФ, во исполнение заведомо для него незаконного приказа или распоряжения, несет уголовную ответственность на общих основаниях. При этом действия вышестоящего должностного лица, издавшего такой приказ или распоряжение, следует рассматривать при наличии к тому оснований как подстрекательство к совершению преступления или организацию этого преступления и квалифицировать по соответствующей статье Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации со ссылкой на часть 3 или часть 4 статьи 33 УК РФ.

Должностное лицо, издавшее заведомо незаконный приказ или распоряжение подчиненному лицу, не осознавшему незаконность такого приказа или распоряжения и исполнившему его, подлежит ответственности как исполнитель преступления.

15. Под использованием должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы (статья 285 УК РФ) судам следует понимать совершение таких деяний, которые хотя и были непосредственно связаны с осуществлением должностным лицом своих прав и обязанностей, однако не вызывались служебной необходимостью и объективно противоречили как общим задачам и требованиям, предъявляемым к государственному аппарату и аппарату органов местного самоуправления, так и тем целям и задачам, для достижения которых должностное лицо было наделено соответствующими должностными полномочиями. В частности, как злоупотребление должностными полномочиями должны квалифицироваться действия должностного лица, которое из корыстной или иной личной заинтересованности совершает входящие в круг его должностных полномочий действия при отсутствии обязательных условий или оснований для их совершения (например, выдача водительского удостоверения лицам, не сдавшим обязательный экзамен; прием на работу лиц, которые фактически трудовые обязанности не исполняют; освобождение командирами (начальниками) подчиненных от исполнения возложенных на них должностных обязанностей с направлением для работы в коммерческие организации либо обустройства личного домовладения должностного лица).

Ответственность по статье 285 УК РФ наступает также за умышленное неисполнение должностным лицом своих обязанностей в том случае, если подобное бездействие было совершено из корыстной или иной личной заинтересованности, объективно противоречило тем целям и задачам, для достижения которых должностное лицо было наделено соответствующими должностными полномочиями, и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества и государства.

16. При решении вопроса о наличии в действиях (бездействии) подсудимого состава преступления, предусмотренного статьей 285 УК РФ, под признаками субъективной стороны данного преступления, кроме умысла, следует понимать:

корыстную заинтересованность — стремление должностного лица путем совершения неправомерных действий получить для себя или других лиц выгоду имущественного характера, не связанную с незаконным безвозмездным обращением имущества в свою пользу или пользу других лиц (например, незаконное получение льгот, кредита, освобождение от каких-либо имущественных затрат, возврата имущества, погашения долга, оплаты услуг, уплаты налогов и т.п.);

иную личную заинтересованность — стремление должностного лица извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленное такими побуждениями, как карьеризм, семейственность, желание приукрасить действительное положение, получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность и т.п.

Как использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы следует рассматривать протекционизм, под которым понимается незаконное оказание содействия в трудоустройстве, продвижении по службе, поощрении подчиненного, а также иное покровительство по службе, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности.

17. В отличие от хищения чужого имущества с использованием служебного положения злоупотребление должностными полномочиями из корыстной заинтересованности образуют такие деяния должностного лица, которые либо не связаны с изъятием чужого имущества (например, получение имущественной выгоды от использования имущества не по назначению), либо связаны с временным и (или) возмездным изъятием имущества.

Если использование должностным лицом своих служебных полномочий выразилось в хищении чужого имущества, когда фактически произошло его изъятие, содеянное полностью охватывается частью 3 статьи 159 УК РФ или частью 3 статьи 160 УК РФ и дополнительной квалификации по статье 285 УК РФ не требует.

В тех случаях, когда должностное лицо, используя свои служебные полномочия, наряду с хищением чужого имущества, совершило другие незаконные действия, связанные со злоупотреблением должностными полномочиями из корыстной или иной личной заинтересованности, содеянное им надлежит квалифицировать по совокупности указанных преступлений.

Равным образом, исходя из положений статьи 17 УК РФ, должен решаться вопрос, связанный с правовой оценкой действий должностного лица, совершившего служебный подлог. В случаях, когда такое лицо в связи с исполнением своих служебных обязанностей внесло в официальные документы заведомо ложные сведения либо исправления, искажающие их действительное содержание, содеянное должно быть квалифицировано по статье 292 УК РФ. Если же им, наряду с совершением действий, влекущих уголовную ответственность по статье 285 УК РФ, совершается служебный подлог, то содеянное подлежит квалификации по совокупности со статьей 292 УК РФ.

18. По делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий судам надлежит, наряду с другими

обстоятельствами дела, выяснять и указывать в приговоре, какие именно права и законные интересы граждан или организаций либо охраняемые законом интересы общества или государства были нарушены и находится ли причиненный этим правам и интересам вред в причинной связи с допущенным должностным лицом нарушением своих служебных полномочий.

Под существенным нарушением прав граждан или организаций в результате злоупотребления должностными полномочиями или превышения должностных полномочий следует понимать нарушение прав и свобод физических и юридических лиц, гарантированных общепризнанными принципами и нормами международного права, Конституцией Российской Федерации (например, права на уважение чести и достоинства личности, личной и семейной жизни граждан, права на неприкосновенность жилища и тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также права на судебную защиту и доступ к правосудию, в том числе права на эффективное средство правовой защиты в государственном органе и компенсацию ущерба, причиненного преступлением, и др.). При оценке существенности вреда необходимо учитывать степень отрицательного влияния противоправного деяния на нормальную работу организации, характер и размер понесенного ею материального ущерба, число потерпевших граждан, тяжесть причиненного им физического, морального или имущественного вреда и т.п.

Под нарушением законных интересов граждан или организаций в результате злоупотребления должностными полномочиями или превышения должностных полномочий следует понимать, в частности, создание препятствий в удовлетворении гражданами или организациями своих потребностей, не противоречащих нормам права и общественной нравственности (например, создание должностным лицом препятствий, ограничивающих возможность выбрать в предусмотренных законом случаях по своему усмотрению организацию для сотрудничества).

19. В отличие от предусмотренной статьей 285 УК РФ ответственности за совершение действий (бездействия) в пределах своей компетенции вопреки интересам службы ответственность за превышение должностных полномочий (статья 286 УК РФ) наступает в случае совершения должностным лицом активных действий, явно выходящих за пределы его полномочий, которые повлекли существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, если при этом должностное лицо осознавало, что действует за пределами возложенных на него полномочий.

Превышение должностных полномочий может выражаться, например, в совершении должностным лицом при исполнении служебных обязанностей действий, которые:

относятся к полномочиям другого должностного лица (вышестоящего или равного по статусу);

могут быть совершены только при наличии особых обстоятельств, указанных в законе или подзаконном акте (например, применение оружия в отношении несовершеннолетнего, если его действия не создавали реальной опасности для жизни других лиц);

совершаются должностным лицом единолично, однако могут быть произведены только коллегиально либо в соответствии с порядком, установленным законом, по согласованию с другим должностным лицом или органом;

никто и ни при каких обстоятельствах не вправе совершать.

Исходя из диспозиции статьи 286 УК РФ для квалификации содеянного как превышение должностных полномочий мотив преступления значения не имеет.

20. При квалификации действий лица по пункту «б» части 3 статьи 286 УК РФ судам под применением оружия или специальных средств надлежит понимать умышленные действия, связанные с использованием лицом поражающих свойств указанных предметов, или использование их по назначению.

Отграничивая превышение должностных полномочий, совершенное с применением оружия или специальных средств, от правомерных действий должностных лиц, судам следует учитывать, что основания, условия и пределы применения оружия или специальных средств определены в соответствующих нормативных правовых актах Российской Федерации (например, в Федеральном законе от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности», Федеральном законе от 3 июля 2016 г. № 226-ФЗ «О войсках национальной гвардии Российской Федерации», Федеральном законе от 27 мая 1996 г. № 57-ФЗ «О государственной охране», Федеральном законе от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции»).

К специальным средствам относятся специальные палки, средства ограничения подвижности и сковывания движения, специальные газовые средства, водометы, бронемашины, средства разрушения преград, служебные животные и другие средства, состоящие на вооружении органов внутренних дел, войск национальной гвардии, федеральных органов государственной охраны, органов федеральной службы безопасности, органов уголовно-исполнительной системы и др.

21. Под тяжкими последствиями как квалифицирующим признаком преступления, предусмотренным частью 3 статьи 285, пунктом «б» части 2 статьи 285.4 и пунктом «в» части 3 статьи 286 УК РФ, следует понимать последствия совершения преступления в виде крупных аварий и длительной остановки транспорта или производственного процесса, иного нарушения деятельности организации, причинение значительного материального ущерба, причинение смерти по неосторожности, самоубийство или покушение на самоубийство потерпевшего и т.п.

22. При рассмотрении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных статьей 285 УК РФ или статьей 286 УК РФ, судам надлежит выяснять, какими нормативными правовыми актами, а также иными документами установлены права и обязанности обвиняемого должностного лица, с привлечением их в приговоре, и указывать, злоупотребление какими из этих прав и обязанностей или превышение каких из них вменяется ему в вину, со ссылкой на конкретные нормы (статью, часть, пункт).

При отсутствии в обвинительном заключении или обвинительном акте указанных данных, восполнить которые в судебном заседании не пред-

ставляется возможным, уголовное дело подлежит возвращению прокурору в порядке статьи 237 УПК РФ для устранения препятствий его рассмотрения судом.

23. Судам следует иметь в виду, что в соответствии с пунктом «а» части 1 статьи 104.1 УК РФ деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате преступлений, предусмотренных статьями 285 и 285.4 УК РФ, и любые доходы от этого имущества подлежат конфискации, за исключением имущества и доходов от него, подлежащих возвращению законному владельцу.

24. При установлении обстоятельств, способствовавших совершению преступлений, предусмотренных статьями 285 и 286 УК РФ, нарушений прав и свобод граждан, а также других нарушений закона, допущенных при производстве дознания, предварительного следствия или при рассмотрении уголовного дела нижестоящим судом, рекомендовать судам в соответствии с частью 4 статьи 29 УПК РФ выносить частные определения или постановления, обращая внимание соответствующих организаций и должностных лиц на данные обстоятельства и факты нарушений закона, требующие принятия необходимых мер для их устранения.

25. В связи с принятием настоящего Постановления признать не действующим на территории Российской Федерации Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 г. № 4 «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге».

**Председатель Верховного Суда  
Российской Федерации  
В.М. ЛЕБЕДЕВ**

**Секретарь Пленума, судья Верховного Суда  
Российской Федерации  
В.В. ДОРОШКОВ**

## **9. Определение Верховного Суда РФ от 30.09.2019 № 305-ЭС19-10079 (требование о привлечении бывшего руководителя должника к субсидиарной ответственности)**

### **Определение Верховного Суда Российской Федерации от 30 сентября 2019 г. № 305-ЭС19-10079**

Резолютивная часть определения объявлена 23 сентября 2019 г.

Полный текст определения изготовлен 30 сентября 2019 г.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ в составе:

председательствующего судьи Букиной И.А.,  
судей Капкаева Д.В. и Самуйлова С.В. –

кассационную жалобу Скляровой Ирины Васильевны на определение Арбитражного суда Московской области от 14.09.2018 (судья Бобринев А.А.), постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 19.12.2018 (судьи Мурина В.А., Мизяк В.П. и Каткина Н.Н.) и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.03.2019 (судьи Тарасов Н.Н., Мысак Н.Я. и Холодкова Ю.Е.) по делу № А41-87043/2015 о несостоятельности (банкротстве) общества с ограниченной ответственностью «Управление Бизнес Системами» (далее — должник).

В судебном заседании приняли участие представители:

Скляровой И.В. — Журанкин В.И. по доверенности от 19.02.2018; конкурсного управляющего должником Росинского Федора Викторовича — Вагина О.В. по доверенности от 02.09.2019, Головизнин В.В. по доверенности от 16.08.2019 и Шипелев И.С. по доверенности от 02.08.2019.

Заслушав доклад судьи Верховного Суда РФ Букиной И.А. и объяснения представителей участвующих в обособленном споре лиц, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ

#### **установила:**

в рамках дела о банкротстве должника его конкурсный управляющий обратился с заявлением о привлечении бывшего руководителя должника Скляровой И.В. к субсидиарной ответственности по обязательствам должника на сумму 293 978 200,06 руб.

Определением суда первой инстанции от 14.09.2018, оставленным без изменения постановлениями судов апелляционной инстанции от 19.12.2018 и округа от 27.03.2019, заявление удовлетворено.

Склярова И.В. обратилась в Верховный Суд РФ с кассационной жалобой, в которой просит обжалуемые судебные акты отменить.

Определением Верховного Суда РФ от 16.08.2019 (судья Букина И.А.) кассационная жалоба вместе с делом переданы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ.

В отзыве на кассационную жалобу конкурсный управляющий просит обжалуемые судебные акты оставить без изменения.

В судебном заседании представитель Скляровой И.В. поддержал доводы, изложенные в кассационной жалобе, а представители конкурсного управляющего возражали против ее удовлетворения.

Проверив материалы обособленного спора, обсудив доводы, изложенные в кассационной жалобе и отзыве на нее, заслушав представителей участвующих в обособленном споре лиц, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ считает, что обжалуемые судебные акты подлежат отмене по следующим основаниям.

Судами установлено и из материалов дела следует, что определением от 18.04.2016 на Склярову И.В. как бывшего руководителя должника судом возложена обязанность передать временному управляющему в трехдневный срок копии учредительных документов и бухгалтерской документации, получен исполнительный лист. Решением от 25.08.2016 суд вновь обязал ответчика в трехдневный срок передать конкурсному управ-

ляющему печати и штампы, материальные ценности, бухгалтерскую документацию.

Кроме этого, конкурсный управляющий самостоятельно обращался к Скляровой И.В. с запросом о предоставлении документации, но запрос, полученный 28.09.2016, оставлен без ответа и удовлетворения.

Таким образом, Склярова И.В. документацию конкурсному управляющему не передала, а судебные акты об обязанности передать документацию должника не исполнила. Так, в частности, ответчиком не переданы документы по дебиторской задолженности на сумму 48 580 000 руб.; документы, подтверждающие наличие запасов, отраженных в бухгалтерском балансе, стоимостью 9 654 000 руб., а также документы на земельный участок, трансформаторную подстанцию и склад арочного типа.

Суды указали, что Склярова И.В. как директор должника в 2011 году осуществила действия по приобретению земельного участка и расположенного на нем здания склада, однако впоследствии здание склада было снесено (в отсутствии доказательств обоснованности принятия подобного управленческого решения), чем должнику причинен ущерб.

Также суды установили, что в 2013 году ответчик от имени должника подписывал договоры поручительства, которые в итоге привели общество к банкротству. Кроме этого, определением Арбитражного суда Московской области от 26.10.2016 по делу № А41-61037/14 признана недействительной сделка по аренде должником лифтов, в результате которой из активов должника выбыли денежные средства в размере 1 500 000 руб.

Сославшись на положения статей 64, 61.10, 61.11 и 126 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», суды пришли к выводу, что непередача Скляровой И.В. документации конкурсному управляющему и заключение ею не выгодных для должника сделок привели к невозможности погашения требований кредиторов, в связи с чем Склярова И.В. подлежит привлечению к субсидиарной ответственности. При этом судами отклонено возражение ответчика об изъятии у него документов следственными органами. Как указали суды, Склярова И.В. не обосновала, в рамках каких следственных действий проводилось изъятие документов, кроме того, она не сообщала названную информацию конкурсному управляющему в ответ на его запросы.

Между тем судами не учтено следующее.

Контроль над должником был утрачен Скляровой И.В. как директором в любом случае не позднее августа 2016 года, учитывая открытие в отношении должника конкурсного производства и передачи функций его руководителя к конкурсному управляющему (статьи 126 и 129 Закона о банкротстве). Таким образом, вменяемые ответчику действия по доведению должника до банкротства также не могли быть совершены после названного месяца.

В обозначенный период времени законодателем еще не была принята глава III.2 Закона о банкротстве, а отношения по привлечению контролирующих лиц к субсидиарной ответственности регулировались, в первую очередь, положениями статьи 10 данного Закона (в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ).

Следовательно, ссылка судов на положения статей 61.10 и 61.11 Закона о банкротстве являлась ошибочной, сделанной без учета того, что субсидиарная ответственность по своей правовой природе является разновидностью ответственности гражданско-правовой, материально-правовые нормы о порядке привлечения к данной ответственности применяются на момент совершения вменяемых ответчикам действий (возникновения обстоятельств, являющихся основанием для их привлечения к ответственности (определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 06.08.2018 № 308-ЭС17-6757(2,3) по делу № А22-941/2006).

Однако, учитывая тот факт, что предусмотренное статьей 10 Закона о банкротстве (в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ) такое основание для привлечения к субсидиарной ответственности как «признание должника несостоятельным вследствие поведения контролирующих лиц» по существу мало чем отличается от предусмотренного действующей в настоящее время статьей 61.11 Закона основания ответственности в виде «невозможности полного погашения требований кредитора вследствие действий контролирующих лиц», а потому значительный объем разъяснений норм материального права, изложенных в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее — постановление № 53), может быть применен и к статье 10 Закона о банкротстве (в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ).

При этом как ранее, так и в настоящее время процесс доказывания обозначенных выше оснований привлечения к субсидиарной ответственности был упрощен законодателем для истцов посредством введения соответствующих опровержимых презумпций, при подтверждении условий которых предполагается наличие вины ответчика в доведении должника до банкротства, и на ответчика перекладывается бремя доказывания отсутствия оснований для удовлетворения иска.

При этом как ранее, так и в настоящее время действовала презумпция, согласно которой отсутствие (непередача руководителем арбитражному управляющему) финансовой и иной документации должника, существенно затрудняющее проведение процедур, применяемых в деле о банкротстве, указывает на вину руководителя.

Смысл этой презумпции состоит в том, что руководитель, уничтожая, искажая или производя иные манипуляции с названной документацией, скрывает данные о хозяйственной деятельности должника. Предполагается, что целью такого сокрытия, скорее всего, является лишение арбитражного управляющего и конкурсных кредиторов возможности установить факты недобросовестного осуществления руководителем или иными контролирующими лицами своих обязанностей по отношению к должнику. Как таковым, в частности, могут относиться сведения о заключении заведомо невыгодных сделок, о выводе активов и т.п., что само по себе позволяет применить иную презумпцию субсидиарной ответственности (подпункт 1 пункта 2 статьи 61.11 в нынешней редакции Закона о банкротстве,

абзац 3 пункта 4 статьи 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ). Кроме этого, отсутствие определенного вида документации затрудняет наполнение конкурсной массы, например, посредством взыскания дебиторской задолженности, возврата незаконно отчужденного имущества.

Именно поэтому предполагается, что непередача документации указывает на наличие причинно-следственной связи между действиями руководителя и невозможностью погашения требований кредиторов.

Однако, когда передача документации становится невозможной ввиду объективных факторов, находящихся вне сферы контроля директора, соответствующая презумпция применена быть не может. Согласно позиции, изложенной в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 22.07.2019 № 306-ЭС19-2986, при изъятии документации должника правоохранительными органами возникает объективная невозможность исполнения руководителем обязанности по ее передаче арбитражному управляющему. Это, в свою очередь, исключает возможность удовлетворения судом требования об исполнении им в натуре обязанности, предусмотренной абзацем 2 пункта 2 статьи 126 Закона о банкротстве.

Именно на наличие подобных объективных препятствий и ссылалась Склярова И.В. при рассмотрении настоящего обособленного спора. В частности, она обращала внимание, что в материалах дела имеется ее запрос в УЭБ и ПК ГУ МВД по Московской области, а также ответ вышеуказанного органа, согласно которому полномочия ответчика как руководителя должника прекращены, в силу чего ему не может быть предоставлена информация о следственных действиях. Ответчик также обращал внимание, что в ходе изъятия документов следственными органами копии протокола об изъятии не выдавались.

Однако в нарушение положений статей 71, 168 и 170 АПК РФ суды не дали правовой оценки названным доводам. При этом ссылка судов на то, что Склярова И.В. не обосновала, в рамках каких следственных действий проводилось изъятие документов, не свидетельствует о беспочвенности ее доводов с учетом содержания ответа следственного органа, фактически отказавшегося предоставлять информацию на запрос заявителя ввиду прекращения его статуса директора.

Конкурсный управляющий как лицо, осуществляющее полномочия руководителя должника и иных органов управления (пункт 1 статьи 129 Закона о банкротстве), для решения задач, возложенных на него этим Законом, имел возможность обратиться в правоохранительные органы с требованием о выдаче копий изъятых документов, а при отказе — просить содействия в получении документации у суда, рассматривающего дело о банкротстве, применительно к правилам части 4 статьи 66 АПК РФ. Однако соответствующие действия управляющим предприняты не были.

Вместо этого он, зная о совершении в отношении должника следственных действий (обыск с изъятием документов), направил заявление о привлечении Скляровой И.В. к субсидиарной ответственности. Рав-

ным образом Склярова И.В., зная о совершении правоохранительными органами следственных действий, в ответ на запросы управляющего о предоставлении документации не ссылалась на ее изъятие, а заявила соответствующее возражение только в рамках настоящего обособленного спора. Судам надлежало исследовать причины такого поведения управляющего и ответчика, и оценить их действия на предмет разумности и добросовестности (статья 10 ГК РФ, пункт 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Кроме этого, в обоснование вывода о наличии оснований для удовлетворения иска суды сослались на то, что Скляровой И.В. были предприняты действия по сносу здания склада, приобретенного в 2011 году, а также заключена невыгодная сделка по аренде лифтов, в результате которой из активов должника выбыли денежные средства в размере 1 500 000 руб., т.е. указали на иную презумпцию доведения до банкротства — совершение существенно не выгодной для должника сделки (подпункт 1 пункта 2 статьи 61.11 в нынешней редакции Закона о банкротстве, абзац 3 пункта 4 статьи 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ).

Вместе с тем суды, во-первых, не дали оценку возражениям ответчика о целесообразности и разумности действий по разрушению склада, который на момент его сноса по сведениям ответчика являлся ветхим. Во-вторых, суды не учли, что указанная презумпция совершения невыгодной сделки может применяться только тогда, когда инициированная контролирующим лицом невыгодная сделка являлась существенно невыгодной, в том числе применительно к масштабам деятельности должника. В частности, надлежало дать правовую оценку существенности произведенным ответчиком манипуляциям с конкурсной массой, а именно, сопоставить размер неудовлетворенных требований кредиторов с размером потерь от невыгодных сделок, например, от договора аренды лифтов.

Судебная коллегия также полагает необходимым обратить внимание и на следующее. Судебное разбирательство о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности по основанию невозможности погашения требований кредиторов должно в любом случае сопровождаться изучением причин несостоятельности должника. Удовлетворение подобного рода исков свидетельствует о том, что суд в качестве причины банкротства признал недобросовестные действия ответчиков, исключив при этом иные (объективные, рыночные и т.д.) варианты ухудшения финансового положения должника.

В настоящем случае Склярова И.В., являясь бывшим руководителем должника, при рассмотрении спора ссылалась на то, что реальной причиной банкротства послужил невозврат кредитов обществом с ограниченной ответственностью «Спортивный мир Атеми», за которое поручился должник.

Сама по себе выдача должником поручительства за аффилированное лицо не может быть вменена контролирующему лицу в качестве основа-

ния для привлечения его к субсидиарной ответственности даже при условии, что размер обязательства, исполнение которого обеспечено поручительством, превышает размер активов должника. Это объясняется тем, что при кредитовании одного из участников группы лиц, как правило, в конечном счете, выгоду в том или ином виде должны получить все ее члены, так как в совокупности имущественная база данной группы прирастает (определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 15.02.2019 № 305-ЭС18-17611). В то же время ссылка на поручительство как причину банкротства не может использоваться контролирующим лицом как условие, освобождающее его от ответственности, если такое контролирующее лицо осуществляло действия, например, по выводу активов поручителя, что в свою очередь снизило эффективность обеспечения.

Однако суды проигнорировали названный довод Склярновой И.В. и не выяснили, обусловлена ли выдача поручительства аффилированностью должника с заемщиком либо их отношения имеют иное экономическое основание. В то же время названные обстоятельства имели существенное значение для разрешения настоящего спора при определении причин несостоятельности должника и, как следствие, могли дать возможность сделать мотивированные суждения о вине ответчика в невозможности погашения долгов кредиторов.

В связи с тем, что в принятых по обособленному спору судебных актах содержатся нарушения норм права, которые повлияли на исход рассмотрения дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов Склярновой И.В. в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, данные судебные акты на основании части 1 статьи 291.11 АПК РФ подлежат отмене с направлением обособленного спора на новое рассмотрение.

Руководствуясь статьями 291.11–291.14 АПК РФ, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ

**определила:**

определение Арбитражного суда Московской области от 14.09.2018, постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 19.12.2018 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.03.2019 по делу № А41-87043/2015 отменить.

Обособленный спор направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд Московской области.

**Председательствующий судья  
И.А. БУКИНА**

**Судья  
Д.В. КАПКАЕВ**

**Судья  
С.В. САМУЙЛОВ**

**10. Определение Верховного Суда РФ от 31.03.2016 № 305-ЭС15-14197 (требование о признании недействительным решения общего собрания акционеров)**

**Определение  
Верховного Суда Российской Федерации  
от 31 марта 2016 г. по делу № 305-ЭС15-14197**

Резолютивная часть определения оглашена: 24 марта 2016 г.

Определение в полном объеме изготовлено: 31 марта 2016 г.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ в составе: председательствующего судьи Золотовой Е.Н., судей Маненкова А.Н., Чучуновой Н.С.

рассмотрела в открытом судебном заседании кассационную жалобу гражданина Москалева Максима Владимировича (Москва, заявитель) на решение Арбитражного суда города Москвы от 27.03.2015 (судья Шустикова С.Н.), постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2015 (судьи Лялина Т.А., Елоев А.М., Крылова А.Н.) и постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.09.2015 (судьи Комарова О.И., Нечаев С.В., Петрова В.В.) по иску гражданина Москалева Максима Владимировича (далее — Москалев М.В., истец) к закрытому акционерному обществу «Аспект-Финанс» (Москва, далее — общество, общество «Аспект-Финанс», ответчик), при участии в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, *MINIFERA TRADING LTD* (Республика Кипр, Лимассол, далее — МИНИФЕРА ТРЕЙДИНГ ЛИМИТЕД), *CONSILIUR LIMITED* (Республика Кипр, Ларнака, далее — КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД), закрытого акционерного общества «Сервис-Реестр» (Москва), о признании недействительным решения общего собрания акционеров от 21.10.2013.

В судебном заседании приняли участие представители Москалева М.В. Ильин М.Л. (доверенность от 06.04.2015), Романов М.Ю. (доверенность от 06.04.2015), Слагода С.К. (доверенность от 06.04.2015), общества «Аспект-Финанс» Мясников В.В. (доверенность от 18.01.2016), Ендовин С.Ю. (доверенность от 01.06.2015). Другие лица, участвующие в деле, извещенные надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, своих представителей в суд не направили, что, в соответствии со статьей 291.10 АПК РФ, не является препятствием для рассмотрения кассационной жалобы с делом в их отсутствие.

Ответчиком и третьими лицами, не заявляющими самостоятельных требований относительно предмета спора, письменные отзывы на кассационную жалобу Москалева М.В. не представлены.

Заслушав доклад судьи Верховного Суда РФ Золотовой Е.Н., выслушав объяснения представителей Москалева М.В., поддержавших доводы жалобы, и представителей общества «Аспект-Финанс», полагавших обжалуемые судебные акты законными и обоснованными, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ

**установила:**

решением Арбитражного суда города Москвы от 27.03.2015, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2015 и постановлением Арбитражного суда Московского округа от 10.09.2015, Москалеву М.В. отказано в удовлетворении иска.

Отказывая в удовлетворении заявленных истцом требований, суд первой инстанции, ссылаясь на статью 12, пункт 3 статьи 96, статью 103 ГК РФ, пункт 7 статьи 49, статьи 58, 59 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ (далее — Закон об акционерных обществах), исходил из того, что в связи с недоказанностью Москалевым М.В. заинтересованности в оспаривании решения общего собрания акционеров от 21.10.2013 отсутствуют основания полагать его права нарушенными и, как следствие, не подлежащими судебной защите.

Суд апелляционной инстанции, соглашаясь с выводами суда первой инстанции, также полагал, что перечисление последовательной «цепочки» компаний само по себе не является доказательством, подтверждающим заявленное истцом обстоятельство (то, что он бенефициар указанных лиц, конечный бенефициар ответчика).

Кроме этого, суд апелляционной инстанции подверг сомнению представленные Москалевым М.В. документы, так как в корпоративной структуре, созданной истцом, имеется конфликт, препятствующий акционерам общества «Аспект-Финанс» обратиться с иском о признании недействительным решения, принятого внеочередным общим собранием акционеров от 21.10.2013, следовательно, утверждение истца о его влиянии на указанные компании спорно и не подлежит установлению в рамках данного дела. Представленный в материалы дела Ордер суда Никосии от 29.05.2014, которым на все компании, входящие в корпоративную структуру, были наложены обеспечительные меры, устанавливающие запрет для названных компаний обращаться в суды любых юрисдикций с любыми имущественными требованиями, подтверждает наличие в «цепочке» корпоративного конфликта, не подлежащего разрешению в судах российской юрисдикции (все компании зарегистрированы вне пределов Российской Федерации).

Судом округа в постановлении указано на то, что суды пришли к обоснованному выводу о недоказанности Москалевым М.В. наличия своей заинтересованности в деятельности общества «Аспект-Финанс» и нарушения его прав и законных интересов обжалуемым решением внеочередного общего собрания акционеров.

При этом суд кассационной инстанции отметил, что решение Арбитражного суда города Москвы от 20.03.2015 по делу № А40-95372/2014, на которое ссылался Москалев М.В. в подтверждение своего статуса как бенефициарного владельца общества «Аспект-Финанс», отменено постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.06.2015.

Довод заявителя жалобы о неисследованности судами обстоятельств проведения оспариваемого собрания акционеров (о нарушении порядка проведения общего собрания акционеров, а именно: о нарушении правил

уведомления акционеров о его проведении; участия в общем собрании акционеров общества «Аспект-Финанс», состоявшемся 21.10.2013, неуполномоченных лиц) признан судом округа неосновательным, так как при установленном судом обстоятельстве отсутствия у истца права на иск не подлежит установлению при рассмотрении настоящего дела наличие или отсутствие перечисленных заявителем нарушений.

Москалев М.В., ссылаясь на существенное нарушение судами первой, апелляционной и кассационной инстанций норм права, его прав и законных интересов, обратился в Верховный Суд РФ с кассационной жалобой, в которой просил отменить принятые по делу судебные акты и передать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Определением Верховного Суда РФ от 24.02.2016 кассационная жалоба вместе с делом № А40-104595/2014 переданы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ.

Основаниями для отмены или изменения судебных актов в порядке кассационного производства в Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов (часть 1 статьи 291.11 АПК РФ).

В соответствии с частью 2 статьи 291.14 АПК РФ при рассмотрении дела в порядке кассационного производства Судебная коллегия Верховного Суда РФ проверяет правильность применения и (или) толкования норм материального права и (или) норм процессуального права арбитражными судами, рассматривавшими дело, в пределах доводов, изложенных в кассационных жалобе, представлении. В интересах законности Судебная коллегия Верховного Суда РФ вправе выйти за пределы доводов, изложенных в кассационных жалобе, представлении.

Из материалов дела усматривается, установлено судами и не оспаривается лицами, участвующими в деле, что акционерами общества «Аспект-Финанс» являются две иностранные компании — МИНИФЕРА ТРЕЙДИНГ ЛИМИТЕД и КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД, каждой из которых принадлежит по 50% акций.

Согласно выписке из протокола от 21.10.2013 № 30 внеочередным общим собранием акционеров общества «Аспект-Финанс» принято решение о назначении Сторожа М.Р. генеральным директором общества.

Как следует из указанного протокола, во внеочередном общем собрании интересы акционера КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД представлял на основании доверенности Ларюшин А.С., а акционера МИНИФЕРА ТРЕЙДИНГ ЛИМИТЕД — Сторож М.Р., также действовавший на основании доверенности.

Отказывая истцу в удовлетворении заявленных требований, суды фактически исходили из того, что, в силу пункта 7 статьи 49 Закона об акцио-

нерных обществах, правом на обжалование решений, принятых общим собранием акционеров, наделены только акционеры, в связи с чем при отсутствии у Москалева М.В. права на иск другие обстоятельства, которые входят в предмет доказывания по спорам данной категории, не подлежат установлению и оценке.

Вместе с тем судами не принято во внимание, что по смыслу названной нормы закона об акционерных общества, с учетом положений статьи 181.4 ГК РФ, акционеру предоставлено право обжаловать в суд решение общего собрания акционеров по основаниям принятия данного решения с нарушением требований настоящего Федерального закона, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, устава общества, которые являются оспоримыми.

Статьей 181.5 ГК РФ предусмотрены основания для признания ничтожным решения собрания, в том числе, если оно принято при отсутствии необходимого кворума (пункт 2) либо по вопросу, не относящемуся к компетенции собрания (пункт 3).

В соответствии с пунктом 1 статьи 69 Закона об акционерных обществах руководство текущей деятельностью общества осуществляется единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) или единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и коллегиальным исполнительным органом общества (правлением, дирекцией). Исполнительные органы подотчетны совету директоров (наблюдательному совету) общества и общему собранию акционеров.

Абзацем 1 пункта 3 статьи 69 Закона об акционерных обществах предусмотрено, что образование исполнительных органов общества и досрочное прекращение их полномочий осуществляются по решению общего собрания акционеров, если уставом общества решение этих вопросов не отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества.

В подпункте 8.2.9, пунктах 8.11, 9.1 устава общества «Аспект-Финанс» предусмотрено, что избрание генерального директора относится к компетенции Совета директоров, количественный состав которого определяется решением общего собрания акционеров.

Согласно пункту 3 статьи 66 Закона об акционерных обществах количественный состав совета директоров (наблюдательного совета) общества определяется уставом общества или решением общего собрания акционеров, но не может быть менее чем пять членов.

Судами не исследовались обстоятельства, связанные с полномочиями внеочередного общего собрания акционеров общества «Аспект-Финанс» рассмотреть вопрос об избрании исполнительного органа, который уставом общества отнесен к компетенции Совета директоров.

Пунктом 1 статьи 57 Закона об акционерных обществах (в редакции, действовавшей на дату принятия оспариваемого решения) определено право акционера на участие в общем собрании акционеров как лично, так и через своего представителя.

Акционер вправе в любое время заменить своего представителя на общем собрании акционеров или лично принять участие в общем собрании акционеров.

В силу абзаца 3 пункта 1 названной нормы представитель акционера на общем собрании акционеров действует в соответствии с полномочиями, основанными на указаниях федеральных законов или актов уполномоченных на то государственных органов или органов местного самоуправления либо доверенности, составленной в письменной форме. Доверенность на голосование должна содержать сведения о представляемом и представителе (для физического лица — имя, данные документа, удостоверяющего личность (серия и (или) номер документа, дата и место его выдачи, орган, выдавший документ), для юридического лица — наименование, сведения о месте нахождения). Доверенность на голосование должна быть оформлена в соответствии с требованиями пунктов 4 и 5 статьи 185 ГК РФ или удостоверена нотариально.

Из материалов дела усматривается, что доверенность на имя Сторожа М.Р. выдана КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД 24 октября 2013 г., и, следовательно, на дату принятия оспариваемого истцом решения — 21 октября 2013 г. — у указанного представителя отсутствовали полномочия на участие во внеочередном общем собрании и голосование по вопросу повестки дня.

В доверенностях Сторожа М.Р. и Ларюшина А.С. не содержится указание на право представителей голосовать по вопросам повестки дня общего собрания акционеров.

Вместе с тем при разрешении спора судами не выяснялись обстоятельность относительно правомочности собрания в целом и при принятии решения по вопросу повестки дня (наличие кворума), а также соблюдение обществом «Аспект-Финанс» порядка созыва внеочередного общего собрания акционеров.

В соответствии с правовой позицией, сформулированной в пункте 2 определения Конституционного Суда РФ от 17.02.2015 № 404-О положения статьи 181.5 ГК РФ, устанавливающие основания отнесения решений собраний, с которыми закон связывает гражданско-правовые последствия для участников соответствующего гражданско-правового сообщества, к категории ничтожных, призваны обеспечивать защиту прав и законных интересов как самих участников данного гражданско-правового сообщества, так и иных лиц, для которых принятие указанных решений также может порождать правовые последствия, на которые эти решения направлены.

Обращаясь в суд с иском о признании недействительным решения общего собрания акционеров общества «Аспект-Финанс» от 21.10.2013 о назначении генеральным директором Сторожа М.Р., Москалев М.В. указал, что является бенефициарным владельцем общества «Аспект-Финанс», имеет возможность влиять на решения, принимаемые акционерами указанного общества — КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД и МИНИФЕРА ТРЕЙДИНГ ЛИМИТЕД — посредством созданной корпоративной структуры.

Имея законный интерес в сохранении имущества общества «Аспект-Финанс», истец полагал, что в результате признания недействительным оспариваемого им решения внеочередного общего собрания акционеров общества «Аспект-Финанс» будут восстановлены его нарушенные права, как конечного владельца данного общества.

В подтверждение доводов истец сослался на то, что наряду с еще двумя физическими лицами, обладающими одинаковым пакетом акций компании *Lotaso*, является акционером кипрской компании *Lotaso Business Consulting Limited* (далее — компания *Lotaso*), которая, в свою очередь, является акционером четырех иностранных компаний: *F.F.C. Financial Factor Consulting LRD*, *Demoiselle Holdings LTD*, *Terrado Limited* и *Aufentus Holdings*;

- компании *F.F.C. Financial Factor Consulting LRD* и *Demoiselle Holdings LTD* являются участниками командитного общества *Bullerup Trade*;

- компании *Terrado Limited* и *Aufentus Holdings* являются участниками командитного общества *Linelung Trade*;

- компания *Bullerup Trade* является единственным акционером компании МИНИФЕРА ТРЕЙДИНГ ЛИМИТЕД, а компания *Linelung Trade* — единственным акционером компании КОНСИЛИУР ЛИМИТЕД;

- для удобства осуществления управления компаниями *F.F.C. Financial Factor Consulting LRD*, *Demoiselle Holdings LTD*, *Terrado Limited* и *Aufentus Holdings* компания *Lotaso* заключила трастовые соглашения в соответствии с правом Республики Кипр, на основании которых компании *D.A. Secretarial Limited* и *D.A. Accounting & Secretarial Limited* стали номинальными собственниками компаний *F.F.C. Financial Factor Consulting LRD*, *Demoiselle Holdings LTD* и *Aufentus Holdings*; а компания *Artoi Consult INC* — номинальным собственником компании *Terrado Limited*;

- функции агента в отношении юридических лиц, принадлежащих компании *Lotaso*, выполняла компания *Globalserve Consultants Ltd*.

Подтверждая изложенные обстоятельства, истец представил суду заверенные переводы: свидетельств, выданных Департаментом регистрации компаний и официального ликвидатора Министерства торговли, промышленности и туризма Республики Кипр; деклараций траста; полного отчета о компании из Управления предпринимательской деятельности и акционерных обществ Дании; полного отчета о предприятии из Торгово-промышленного реестра Дании, которые подтверждают, что истец является бенефициаром общества «Аспект-Финанс» и обладает возможностью влиять на решения, принимаемые обществом «Аспект-Финанс» посредством созданной корпоративной структуры.

Вместе с тем судами не исследовались обстоятельства, связанные с возможностью защиты прав и законных интересов Москалева М.В. как иного лица, для которого оспариваемое решение породило определенные правовые последствия: утрата обществом «Аспект-Финанс» принадлежащего имущества; не утратившись документы, представленные истцом в обоснование его права на иск.

В связи с тем, что при разрешении спора судом не исследованы все обстоятельства, имеющие значение для дела, не оценены доводы истца и

представленные им доказательства в обоснование требований в их совокупности, согласно пункту 2 части 1 статьи 291.14 АПК РФ, все принятые по делу судебные акты подлежат отмене, а дело — направлению на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции.

При новом рассмотрении суду следует установить все обстоятельства, имеющие значение для дела, правильно применить нормы материального и процессуального права.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 167, 176, 291.11, 291.15 АПК РФ, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ

**определила:**

решение Арбитражного суда Москвы от 27.03.2015, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2015, постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.09.2015 по делу № А40-104595/2014 отменить и указанное дело направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы.

Определение вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в порядке надзора в Верховный Суд РФ в трехмесячный срок.

**Председательствующий судья**  
**Е.Н. ЗОЛотова**

**Судьи**  
**А.Н. МАНЕНКОВ**  
**Н.С. ЧУЧУНОВА**

**11. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»**

Постановление  
Пленума Высшего Арбитражного Суда  
Российской Федерации  
от 30 июля 2013 г. № 62

**О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица**

В связи с возникающими в судебной практике вопросами, касающимися возмещения убытков, причиненных действиями (бездействием) лиц, входящих или входивших в состав органов юридического лица, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на основании статьи 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» постановляет дать арбитражным судам следующие разъяснения.

*(Федеральным законом от 05.05.2014 № 99-ФЗ с 1 сентября 2014 г. пункт 3 статьи 53 ГК РФ изложен в новой редакции. Об ответственности лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица, см. статью 53.1 ГК РФ.)*

1. Лицо, входящее в состав органов юридического лица (единоличный исполнительный орган — директор, генеральный директор и т.д., временный единоличный исполнительный орган, управляющая организация или управляющий хозяйственного общества, руководитель унитарного предприятия, председатель кооператива и т.п.; члены коллегиального органа юридического лица — члены совета директоров (наблюдательного совета) или коллегиального исполнительного органа (правления, дирекции) хозяйственного общества, члены правления кооператива и т.п.; далее — директор), обязано действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно (пункт 3 статьи 53 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ). В случае нарушения этой обязанности директор по требованию юридического лица и (или) его учредителей (участников), которым законом предоставлено право на предъявление соответствующего требования, должен возместить убытки, причиненные юридическому лицу таким нарушением.

Арбитражным судам следует принимать во внимание, что негативные последствия, наступившие для юридического лица в период времени, когда в состав органов юридического лица входил директор, сами по себе не свидетельствуют о недобросовестности и (или) неразумности его действий (бездействия), так как возможно возникновения таких последствий сопутствует рисковому характеру предпринимательской деятельности. Поскольку судебный контроль призван обеспечивать защиту прав юридических лиц и их учредителей (участников), а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых директорами, директор не может быть привлечен к ответственности за причиненные юридическому лицу убытки в случаях, когда его действия (бездействие), повлекшие убытки, не выходили за пределы обычного делового (предпринимательского) риска.

В силу пункта 5 статьи 10 ГК РФ истец должен доказать наличие обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности и (или) неразумности действий (бездействия) директора, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица.

Если истец утверждает, что директор действовал недобросовестно и (или) неразумно, и представил доказательства, свидетельствующие о наличии убытков юридического лица, вызванных действиями (бездействием) директора, такой директор может дать пояснения относительно своих действий (бездействия) и указать на причины возникновения убытков (например, неблагоприятная рыночная конъюнктура, недобросовестность выбранного им контрагента, работника или представителя юридического лица, неправомерные действия третьих лиц, аварии, стихийные бедствия и иные события и т.п.) и представить соответствующие доказательства.

В случае отказа директора от дачи пояснений или их явной неполноты, если суд сочтет такое поведение директора недобросовестным (статья 1 ГК РФ), бремя доказывания отсутствия нарушения обязанности действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно может быть возложено судом на директора.

2. Недобросовестность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, когда директор:

1) действовал при наличии конфликта между его личными интересами (интересами аффилированных лиц директора) и интересами юридического лица, в том числе при наличии фактической заинтересованности директора в совершении юридическим лицом сделки, за исключением случаев, когда информация о конфликте интересов была заблаговременно раскрыта и действия директора были одобрены в установленном законодательством порядке;

2) скрывал информацию о совершенной им сделке от участников юридического лица (в частности, если сведения о такой сделке в нарушение закона, устава или внутренних документов юридического лица не были включены в отчетность юридического лица) либо предоставлял участникам юридического лица недостоверную информацию в отношении соответствующей сделки;

3) совершил сделку без требующегося в силу законодательства или устава одобрения соответствующих органов юридического лица;

4) после прекращения своих полномочий удерживает и уклоняется от передачи юридическому лицу документов, касающихся обстоятельств, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица;

5) знал или должен был знать о том, что его действия (бездействие) на момент их совершения не отвечали интересам юридического лица, например, совершил сделку (голосовал за ее одобрение) на заведомо невыгодных для юридического лица условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом («фирмой-однодневкой» и т.п.).

Под сделкой на невыгодных условиях понимается сделка, цена и (или) иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены и (или) иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если предоставление, полученное по сделке юридическим лицом, в два или более раза ниже стоимости предоставления, совершенного юридическим лицом в пользу контрагента). Невыгодность сделки определяется на момент ее совершения; если же невыгодность сделки обнаружилась впоследствии по причине нарушения возникших из нее обязательств, то директор отвечает за соответствующие убытки, если будет доказано, что сделка изначально заключалась с целью ее неисполнения либо ненадлежащего исполнения.

Директор освобождается от ответственности, если докажет, что заключенная им сделка хотя и была сама по себе невыгодной, но являлась частью взаимосвязанных сделок, объединенных общей хозяйственной целью, в результате которых предполагалось получение выгоды юридическим лицом. Он также освобождается от ответственности, если докажет,

что невыгодная сделка заключена для предотвращения еще большего ущерба интересам юридического лица.

При определении интересов юридического лица следует, в частности, учитывать, что основной целью деятельности коммерческой организации является извлечение прибыли (пункт 1 статьи 50 ГК РФ); также необходимо принимать во внимание соответствующие положения учредительных документов и решений органов юридического лица (например, об определении приоритетных направлений его деятельности, об утверждении стратегий и бизнес-планов и т.п.). Директор не может быть признан действовавшим в интересах юридического лица, если он действовал в интересах одного или нескольких его участников, но в ущерб юридическому лицу.

3. Неразумность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, когда директор:

1) принял решение без учета известной ему информации, имеющей значение в данной ситуации;

2) до принятия решения не предпринял действий, направленных на получение необходимой и достаточной для его принятия информации, которые обычны для деловой практики при сходных обстоятельствах, в частности, если доказано, что при имеющихся обстоятельствах разумный директор отложил бы принятие решения до получения дополнительной информации;

3) совершил сделку без соблюдения обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок (например, согласования с юридическим отделом, бухгалтерией и т.п.).

Арбитражным судам следует давать оценку тому, насколько совершение того или иного действия входило или должно было, учитывая обычные условия делового оборота, входить в круг обязанностей директора, в том числе с учетом масштабов деятельности юридического лица, характера соответствующего действия и т.п.

4. Добросовестность и разумность при исполнении возложенных на директора обязанностей заключаются в принятии им необходимых и достаточных мер для достижения целей деятельности, ради которых создано юридическое лицо, в том числе в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на юридическое лицо действующим законодательством. В связи с этим в случае привлечения юридического лица к публично-правовой ответственности (налоговой, административной и т.п.) по причине недобросовестного и (или) неразумного поведения директора понесенные в результате этого убытки юридического лица могут быть взысканы с директора.

При обосновании добросовестности и разумности своих действий (бездействия) директор может представить доказательства того, что квалификация действий (бездействия) юридического лица в качестве правонарушения на момент их совершения не являлась очевидной, в том числе по причине отсутствия единообразия в применении законодательства налоговыми, таможенными и иными органами, вследствие чего не-

возможно было сделать однозначный вывод о неправомерности соответствующих действий (бездействия) юридического лица.

5. В случаях недобросовестного и (или) неразумного осуществления обязанностей по выбору и контролю за действиями (бездействием) представителей, контрагентов по гражданско-правовым договорам, работников юридического лица, а также ненадлежащей организации системы управления юридическим лицом директор отвечает перед юридическим лицом за причиненные в результате этого убытки (пункт 3 статьи 53 ГК РФ).

При оценке добросовестности и разумности подобных действий (бездействия) директора арбитражные суды должны учитывать, входили или должны ли были, принимая во внимание обычную деловую практику и масштаб деятельности юридического лица, входить в круг непосредственных обязанностей директора такие выбор и контроль, в том числе не были ли направлены действия директора на уклонение от ответственности путем привлечения третьих лиц.

О недобросовестности и неразумности действий (бездействия) директора помимо прочего могут свидетельствовать нарушения им принятых в этом юридическом лице обычных процедур выбора и контроля.

6. По делам о возмещении директором убытков истец обязан доказать наличие у юридического лица убытков (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

Арбитражный суд не может полностью отказать в удовлетворении требования о возмещении директором убытков, причиненных юридическому лицу, только на том основании, что размер этих убытков невозможно установить с разумной степенью достоверности (пункт 1 статьи 15 ГК РФ). В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности.

7. 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, в том числе совершение сделки, было одобрено решением коллегиальных органов юридического лица, а равно его учредителей (участников), либо директор действовал во исполнение указаний таких лиц, поскольку директор несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно (пункт 3 статьи 53 ГК РФ). В то же время наряду с таким директором солидарную ответственность за причиненные этой сделкой убытки несут члены указанных коллегиальных органов (пункт 3 статьи 53 ГК РФ, пункт 4 статьи 71 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах), пункт 4 статьи 44 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью)).

Не несут ответственность за убытки, причиненные юридическому лицу, те члены коллегиальных органов юридического лица, кто голосовал против решения, которое повлекло причинение убытков, или, действуя добросовестно (статья 1 ГК РФ), не принимал участия в голосовании (пункт 3

статьи 53 ГК РФ, пункт 2 статьи 71 Закона об акционерных обществах, пункт 2 статьи 44 Закона об обществах с ограниченной ответственностью).

Кроме того, надлежит принимать во внимание ограниченные возможности членов коллегиальных органов юридического лица по доступу к информации о юридическом лице, на основании которой они принимают решения.

8. Удовлетворение требования о взыскании с директора убытков не зависит от того, имелась ли возможность возмещения имущественных потерь юридического лица с помощью иных способов защиты гражданских прав, например, путем применения последствий недействительности сделки, истребования имущества юридического лица из чужого незаконного владения, взыскания неосновательного обогащения, а также от того, была ли признана недействительной сделка, повлекшая причинение убытков юридическому лицу. Однако в случае, если юридическое лицо уже получило возмещение своих имущественных потерь посредством иных мер защиты, в том числе путем взыскания убытков с непосредственного причинителя вреда (например, работника или контрагента), в удовлетворении требования к директору о возмещении убытков должно быть отказано.

*(С 1 сентября 2016 г. Федеральным законом от 29.12.2015 № 409-ФЗ статья 33 АПК РФ изложена в новой редакции, статья 27 дополнена частью 6. Положения о специальной подведомственности дел арбитражным судам, ранее предусмотренные статьей 33 прежней редакции, содержатся в части 6 статьи 27.)*

9. Требование о возмещении убытков (в виде прямого ущерба и (или) упущенной выгоды), причиненных действиями (бездействием) директора юридического лица, подлежит рассмотрению в соответствии с положениями пункта 3 статьи 53 ГК РФ, в том числе в случаях, когда истец или ответчик ссылаются в обоснование своих требований или возражений на статью 277 Трудового кодекса Российской Федерации. При этом с учетом положений пункта 4 статьи 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) споры по искам о привлечении к ответственности лиц, входящих или входивших в состав органов управления юридического лица, в том числе в соответствии с абзацем 1 статьи 277 Трудового кодекса Российской Федерации, являются корпоративными, дела по таким спорам подведомственны арбитражным судам (пункт 2 части 1 статьи 33 АПК РФ) и подлежат рассмотрению по правилам главы 28.1 АПК РФ.

10. Арбитражным судам следует учитывать, что участник юридического лица, обратившийся с иском о возмещении директором убытков, действует в интересах юридического лица (пункт 3 статьи 53 ГК РФ и статья 225.8 АПК РФ). В связи с этим не является основанием для отказа в удовлетворении иска тот факт, что лицо, обратившееся с иском, на момент совершения директором действий (бездействия), повлекших для юридического лица убытки, или на момент непосредственного возникновения убытков не было участником юридического лица. Течение срока исковой давности по требованию такого участника применительно к статье 201 ГК РФ начи-

нается со дня, когда о нарушении со стороны директора узнал или должен был узнать правопреемник такого участника юридического лица.

В случаях, когда соответствующее требование о возмещении убытков предъявлено самим юридическим лицом, срок исковой давности исчисляется не с момента нарушения, а с момента, когда юридическое лицо, например, в лице нового директора, получило реальную возможность узнать о нарушении, либо когда о нарушении узнал или должен был узнать контролирующий участник, имевший возможность прекратить полномочия директора, за исключением случая, когда он был аффилирован с указанным директором.

11. В силу части 2 статьи 225.8 АПК РФ решение об удовлетворении требования по иску учредителя (участника) о возмещении убытков принимается в пользу юридического лица, в интересах которого был предъявлен иск. При этом в исполнительном листе в качестве взыскателя указывается учредитель (участник), осуществлявший процессуальные права и обязанности истца, а в качестве лица, в пользу которого производится взыскание, — юридическое лицо, в интересах которого был предъявлен иск.

12. Содержащиеся в настоящем постановлении разъяснения подлежат применению также при рассмотрении арбитражными судами дел о взыскании убытков с ликвидатора (членов ликвидационной комиссии), внешнего или конкурсного управляющих, если иное не предусмотрено законом или не вытекает из существа отношений.

**Председатель Высшего Арбитражного Суда  
Российской Федерации  
А.А. ИВАНОВ**

**Секретарь Пленума Высшего Арбитражного Суда  
Российской Федерации  
Т.В. ЗАВЬЯЛОВА**

**12. Постановление Президиума ВАС РФ от 18.02.2014 № 8457/13  
(содержит указание на возможность пересмотра по новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами)**

**Постановление  
Президиума Высшего Арбитражного Суда  
Российской Федерации  
от 18 февраля 2014 г. № 8457/13**

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в составе:  
председательствующего — Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ Иванова А.А.;

членов Президиума: Абсалямова А.В., Андреевой Т.К., Бациева В.В., Вавилина Е.В., Валявиной Е.Ю., Завьяловой Т.В., Козловой О.А., Маков-

ской А.А., Першутова А.Г., Разумова И.В., Сарбаша С.В., Слесарева В.Л., Юхнея М.Ф. –

рассмотрел заявление гражданина Кудлаева Андрея Викторовича о пересмотре в порядке надзора определения Арбитражного суда Новосибирской области от 31.05.2013 по делу № А45-22511/2011, определения Седьмого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2013 и определения Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.09.2013 по тому же делу.

В заседании приняли участие:

представитель заявителя — гражданина Кудлаева А.В. — Кузнецов А.А.; конкурсный управляющий обществом с ограниченной ответственностью «Меридиан» Ходос И.Е.;

гражданин Терещенко К.Е. и его представитель Савватеев А.В.

Заслушав и обсудив доклад судьи Вавилина Е.В., а также объяснения конкурсного управляющего Ходоса И.Е., гражданина Терещенко К.Е. и представителей участвующих в деле лиц, Президиум **установил следующее.**

Определением Арбитражного суда Новосибирской области от 31.05.2013 завершено конкурсное производство в отношении общества с ограниченной ответственностью «Меридиан» (далее — общество «Меридиан», должник).

Определением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2013 прекращено производство по апелляционным жалобам Кудлаева А.В. и общества с ограниченной ответственностью Юридическая компания «Аурум» (далее — общество «Аурум») на определение суда первой инстанции от 31.05.2013.

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа постановлением от 09.09.2013 определение суда апелляционной инстанции от 29.07.2013 оставил без изменения.

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа определением от 13.09.2013 прекратил производство по кассационным жалобам Кудлаева А.В. и общества «Аурум» на определение суда первой инстанции от 31.05.2013.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд РФ, о пересмотре в порядке надзора определения суда первой инстанции от 31.05.2013, определения суда апелляционной инстанции от 29.07.2013 и определения суда кассационной инстанции от 13.09.2013 Кудлаев А.В. просит их отменить, ссылаясь на нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права, производство по делу прекратить.

В отзывах на заявление конкурсный управляющий обществом «Меридиан» Ходос И.Е. (далее — конкурсный управляющий), Терещенко К.Е. просят оставить оспариваемые судебные акты без изменения.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении, отзывах на него и выступлениях присутствующих в заседании конкурсного управляющего, Терещенко К.Е. и представителей участвующих в деле лиц, Президиум считает, что определения от 31.05.2013, от 29.07.2013,

от 13.09.2013 и постановление от 09.09.2013 подлежат отмене по следующим основаниям.

Суд первой инстанции, рассмотрев отчет конкурсного управляющего, его ходатайство о завершении конкурсного производства, изучив материалы дела, проанализировав позицию кредиторов, пришел к выводу о том, что конкурсное производство в отношении общества «Меридиан» подлежит завершению, и вынес соответствующее определение.

При этом суд исходил из того, что имущество должника реализовано, расчеты с кредиторами произведены, ликвидационная бухгалтерская отчетность должника направлена в налоговый орган, его расчетный счет закрыт, все мероприятия, необходимые для завершения конкурсного производства в отношении должника, конкурсным управляющим выполнены, отчет о его деятельности содержит исчерпывающие сведения о результатах проведенной им процедуры и подтвержден соответствующими документами.

Согласно статье 149 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) после рассмотрения арбитражным судом отчета конкурсного управляющего о результатах проведения конкурсного производства арбитражный суд выносит определение о завершении конкурсного производства.

Отклоняя доводы общества «Аурум» о необходимости прекращения производства по делу в силу того, что в реестр требований кредиторов должника были включены требования в общем размере 15 160 000 руб., имущество должника реализовано по цене 15 160 000 руб. и требования кредиторов удовлетворены на 100%, суд первой инстанции исходил из того, что все имущество должника реализовано, доказательств восстановления его платежеспособности не представлено.

Суды апелляционной и кассационной инстанций, прекращая производство по жалобе Кудлаева А.В., сочли, что он как участник общества «Меридиан» не обладает правом на обжалование определения суда первой инстанции, поскольку данный судебный акт не затрагивает его прав и обязанностей. В качестве обоснования такого вывода был указан пункт 1 статьи 35 Закона о банкротстве, согласно которому к лицам, участвующим в арбитражном процессе по делу о банкротстве, относится представитель участников (учредителей) должника, в то время как в материалах дела отсутствуют доказательства того, что Кудлаев А.В. наделен статусом представителя участников (учредителей) должника.

Однако судами не учтено следующее.

Участниками общества «Меридиан» являются Кудлаев А.В. и Терещенко К.Е. с долями по 50% соответственно. Кроме этого, в заявлении о пересмотре судебных актов в порядке надзора Кудлаев А.В. ссылается на наличие корпоративного конфликта между участниками общества «Меридиан», в результате которого существенно затруднен инициированный им выбор представителя участников должника.

При таких обстоятельствах в силу того, что по смыслу положений законодательства о банкротстве целью ограничения непосредственного участия участников должника в деле о его несостоятельности и возможности

осуществления ими каких-либо действий лишь через представителя является предотвращение несогласованного участия большого количества участников должника, обладающих относительно небольшими долями, отсутствуют условия недопустимости участия Кудлаева А.В. в деле о банкротстве общества «Меридиан».

Таким образом, в данном случае у Кудлаева А.В. имелось право на обжалование определения суда первой инстанции о завершении конкурсного производства.

В результате прекращения судом апелляционной инстанции производства по жалобе Кудлаева А.В. со ссылкой на отсутствие у него права обжалования определения о завершении конкурсного производства его доводы о необходимости прекращения производства по делу о банкротстве, а не завершения конкурсного производства, влекущего ликвидацию юридического лица, по существу не были исследованы судами.

Между тем в соответствии со статьей 57 Закона о банкротстве в случае удовлетворения всех требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, в ходе любой процедуры, применяемой в деле о банкротстве, арбитражный суд прекращает производство по делу о банкротстве.

По смыслу указанной нормы в случае, когда требования кредиторов должника удовлетворены, вопрос о целесообразности дальнейшего существования юридического лица по общему правилу не может решаться без учета воли его участников.

В настоящем деле Кудлаев А.В. как участник общества «Меридиан» в апелляционной и кассационной жалобах ссылался на наличие у него интереса и возможности дальнейшего осуществления хозяйственной деятельности с нормальными экономическими целями посредством участия в обществе «Меридиан».

В случае, когда должником в деле о банкротстве погашена вся имеющаяся задолженность перед кредиторами, а значит, достигнута цель законодательства о банкротстве, в дальнейшем рассматриваемые отношения регулируются не нормами Закона о банкротстве, а корпоративным законодательством и участник вправе обжаловать ликвидацию должника, которая была следствием неправильного применения норм этого Закона.

Кудлаев А.В. как участник общества «Меридиан», по сути, оспаривает основания прекращения правоспособности юридического лица, повлекшие впоследствии внесение Федеральной налоговой службой 1 октября 2013 г. записи об исключении общества из единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ).

Судами ошибочно определена правовая природа данных оснований исходя из норм законодательства о несостоятельности (банкротстве), в то время как они с момента достижения цели банкротства — полного погашения требований кредиторов являются уже корпоративно-правовыми, требующими применения иного правового регулирования.

Ошибочно применив законодательство о банкротстве, суды апелляционной и кассационной инстанций прекратили производство по жалобе Кудлаева А.В., считая общество «Меридиан» утратившим свою легитим-

ность, лишив тем самым заявителя — участника общества судебной защиты его корпоративных прав и законных интересов.

При таких условиях, несмотря на то, что в ЕГРЮЛ внесена запись о ликвидации общества «Меридиан», Президиум не находит правовых оснований для прекращения производства по заявлению Кудлаева А.В., суть которого сводится к несогласию именно с этим обстоятельством.

Запись в ЕГРЮЛ о ликвидации должника, основанная на оспариваемых судебных актах, не может считаться сохраняющей юридическую силу — общество «Меридиан» подлежит восстановлению в ЕГРЮЛ.

При ином подходе Кудлаев А.В. применительно к настоящему спору был бы лишен права на судебную защиту.

При названных обстоятельствах оспариваемые судебные акты и постановление суда кассационной инстанции от 09.09.2013, которым оставлено в силе определение суда апелляционной инстанции от 29.07.2013, подлежат отмене в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 304 АПК РФ как нарушающие единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в настоящем постановлении толкованием, могут быть пересмотрены на основании пункта 5 части 3 статьи 311 АПК РФ, если для этого нет других препятствий.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 303, пунктом 2 части 1 статьи 305, статьей 306 АПК РФ, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ

**постановил:**

определение Арбитражного суда Новосибирской области от 31.05.2013 по делу № А45-22511/2011, определение Седьмого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2013, постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.09.2013 и определение Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.09.2013 по тому же делу отменить.

Дело направить на новое рассмотрение в Арбитражный суд Новосибирской области.

**Председательствующий**  
**А. А. ИВАНОВ**

## Содержание

Коллектив авторов .....	3
Предисловие .....	4
Указатель сокращений.....	5
<b>Глава 1. Риски, связанные с привлечением посредников.....</b>	<b>7</b>
1. Заключение сделок внутри холдинга.....	8
2. Привлечение посредника ввиду невозможности заключения сделки с непосредственным производителем.....	9
3. Несоответствие между заявленным контрагентом и реальным поставщиком (исполнителем).....	11
4. Оценка законности осуществления определенной посреднической деятельности.....	11
<b>Глава 2. Риски, связанные со взаимодействием с недобросовестными контрагентами .....</b>	<b>13</b>
<b>Глава 3. Риски, связанные с привлечением к уголовной ответственности .....</b>	<b>22</b>
<b>Глава 4. Риски, связанные со взысканием убытков с руководителей .....</b>	<b>33</b>
<b>Глава 5. Риски, связанные с нарушением антимонопольного законодательства .....</b>	<b>42</b>
<b>Глава 6. Риски оспаривания сделок по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве.....</b>	<b>56</b>
1. Оспаривание подозрительных сделок.....	58

2.	Оспаривание сделок с предпочтением.....	65
3.	Оспаривание отдельных сделок должника .....	68
4.	Подсудность рассмотрения заявления об оспаривании сделки.....	71
5.	Лица, уполномоченные подавать заявления об оспаривании сделки должника.....	71
6.	Срок исковой давности при оспаривании сделки по основаниям, предусмотренным ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве .....	72
7.	Последствия признания сделки недействительной.....	74
<b>Глава 7.</b>	<b>Риски корпоративного захвата бизнеса .....</b>	<b>77</b>
1.	Что такое корпоративный конфликт?.....	77
2.	Управление корпоративным конфликтом .....	80
3.	Корпоративный захват бизнеса через банкротство .....	84
4.	Захват бизнеса через залог акций или доли в уставном капитале компании .....	89
<b>Глава 8.</b>	<b>Риски налоговых доначислений.....</b>	<b>93</b>
1.	Решение о проведении проверки.....	94
2.	Глубина налоговой проверки .....	95
3.	Сроки проведения налоговых проверок.....	97
4.	Допрос свидетелей .....	100
<b>Приложения .....</b>		<b>106</b>
1.	Письмо ФНС России от 11.10.2019 № ЕД-4-1/20922@ (об оценке налоговых рисков при выборе контрагента; о получении сведений, отраженных в налоговых декларациях).....	106
2.	Письмо Минфина России от 13.12.2016 № 03-02-07/1/74372 (об оценке налоговых рисков при выборе контрагента) .....	108

3. Письмо ФНС России от 13.02.2017  
№ ЕД-4-15/2518@ (о проявлении  
налогоплательщиком должной осмотрительности  
при заключении договоров с поставщиками)..... 109
4. Письмо ФНС России от 31.10.2017  
№ ЕД-4-9/22123@ «О рекомендациях  
по применению положений статьи 54.1  
Налогового кодекса Российской Федерации» ..... 110
5. Письмо ФНС России от 27.11.2017  
№ ЕД-4-13/23938@ (о контроле соответствия цен,  
примененных в контролируемых сделках, рыночным) .... 117
6. Перечень вопросов, подлежащих обязательному  
выяснению у сотрудников (например, ООО «1»),  
по выбору контрагентов, процедуре подписания  
договоров, учету товарно-материальных  
ценностей (приложение № 1 к письму  
ФНС России от 13.07.2017  
№ ЕД-4-2/13650@ «О направлении методических  
рекомендаций по установлению в ходе налоговых  
и процессуальных проверок обстоятельств,  
свидетельствующих об умысле в действиях  
должностных лиц налогоплательщика,  
направленном на неуплату налогов (сборов)»)..... 119
7. Перечень вопросов, подлежащих обязательному  
выяснению у руководителя (например, ООО «1»),  
по выбору контрагентов, процедуре подписания  
договоров, учету товарно-материальных  
ценностей (приложение № 2 к письму  
ФНС России от 13.07.2017  
№ ЕД-4-2/13650@ «О направлении методических  
рекомендаций по установлению в ходе налоговых  
и процессуальных проверок обстоятельств,  
свидетельствующих об умысле в действиях  
должностных лиц налогоплательщика,  
направленном на неуплату налогов (сборов)»)..... 121
8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ  
от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам

---

о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» .....	123
9. Определение Верховного Суда РФ от 30.09.2019 № 305-ЭС19-10079 (требование о привлечении бывшего руководителя должника к субсидиарной ответственности) .....	132
10. Определение Верховного Суда РФ от 31.03.2016 № 305-ЭС15-14197 (требование о признании недействительным решения общего собрания акционеров).....	139
11. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» .....	145
12. Постановление Президиума ВАС РФ от 18.02.2014 № 8457/13 (содержит указание на возможность пересмотра по новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами) .....	151

Производственно-практическое издание  
«Библиотечка «Российской газеты»  
Выпуск № 8, 2020

**Под общей редакцией Е.А. Муратовой**  
**Как защитить свой бизнес:**  
**предпринимательские риски**

<b>Редактор</b>	М.А. Архимандритова
<b>Корректор</b>	И.А. Красавина
<b>Верстка</b>	А.Л. Цветков

Подписано в печать 09.04.2020.  
Формат 60x88 1/16. Усл. печ. л. 10,0. Тираж 1040 экз.  
Заказ №

Журнал «Библиотечка «Российской газеты» зарегистрирован  
Федеральной службой по надзору в сфере связи,  
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)  
Свидетельство о регистрации СМИ ПИ № ФС77-62151 от 19.06.2015 г.

Учредитель ФГБУ «Редакция «Российской газеты»

Редакция и издатель ФГБУ «Редакция «Российской газеты»  
Генеральный директор ФГБУ «Редакция «Российской газеты» П.А. Негоица  
Главный редактор «Российской газеты» В.А. Фронин

*Свободная цена*  
Дата выхода в свет

Адрес редакции и издателя: 125993, г. Москва, ул. Правды, 24, стр. 4

По вопросам публикации и размещения рекламы  
обращаться по тел.: 8-499-257-52-64; 8-499-257-52-47;  
e-mail: bibliotечka@rg.ru.

Шеф-редактор журнала И.А. Бусыгина

Информация о других выпусках журнала: [www.bibliotечka.rg.ru](http://www.bibliotечka.rg.ru)

Подписные индексы:  
по каталогу «Пресса России»: 73097; по каталогу «Роспечать»: 73097

Отпечатано в ОАО «Подольская фабрика офсетной печати».  
Адрес типографии: 142100, г. Подольск, Московская область,  
Революционный пр-т, д. 80/42; тел. 8-496-769-97-22

ISSN 1605-7449

2 0 0 0 8 >

