Samotechnaya str . 7 bld. 2

127473 Moscow, Russia Tel.: + 7 (499) 678 22 98

LLC “ALTHAUS Consulting” www.althausgroup.ru

**ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

**По вопросу разработки стратегии правовой защиты материнской компании в деле о привлечении к субсидиарной ответственности**

|  |
| --- |
| *Заключение предназначено исключительно для Клиента. Сведения, приведенные в Заключении, не предназначены для государственных органов, действительных или потенциальных контрагентов, а также каких-либо иных третьих лиц.*  *Настоящее Заключение основано на нормах действующего гражданского законодательства и размещенных в свободном доступе материалах судебной практики арбитражных судов РФ, а также информации и материалах (документах), которые были получены от Доверителя. Все материалы, полученные нашими юристами, являются копиями соответствующих документов. Юристы не проводили установление фактов соответствия (несоответствия) данных, содержащихся в копиях и проектах, сведениям, содержащимся в подлинных экземплярах документов.*  *Заключение носит информационный характер и при принятии решений о применении указанных в нем положений необходимо учитывать все аспекты возникшей проблемы.*  *По любым вопросам, связанным с настоящим Заключением, обращайтесь, пожалуйста, к партнеру, руководителю практики «Судебные споры и банкротство» Бежану Андрею Викторович по тел.: +7 (915) 482 46 79, e-mail:* [*abezhan@althausgroup.com*](mailto:abezhan@althausgroup.com)*.* |

**СОДЕРЖАНИЕ:**

1. Задачи……………………………………………………………………………………………………………………….3
2. Используемая методика………………………………………………………………………………………….4
3. Анализ……….……………………………………………………………………………………….…………….………6
   1. Определение состава фактических обстоятельств, подлежащих установлению для привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности……………..………..6

Оговорки и ограничения в рамках анализа……………………………………………………………………7

* 1. Касательно установления факта соответствия «материнской компании» критерию контролирующего должника лица……………………………………………………………………..….8
  2. Касательно критериев оценки действий (бездействия) контролирующего лица связанных с совершением (одобрением) сделки, повлекшей причинение вреда имущественным правам кредиторов……………………………………………………………………………………12
  3. Касательно совершения контролирующим лицом, привлекаемом к ответственности, или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких [сделок](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE57A1AE99F8F3711E6F7C53D883660F833048FBFE8E2329CECb0O) должника (совершения таких сделок по указанию этого лица)…………..15
  4. Обстоятельства, смягчающие либо исключающие привлечение к субсидиарной ответственности …………………………………………………………………………………………………………………….19
  5. Вывод по юридическому составу нормы пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве………………………………………………………………………………………………………………………......22
  6. Определение подхода для формирования стратегии защиты по делу о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности по пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве……………………………………………………………………………………………………………..25

1. **Задачи:**

Разработать оптимальный подход к сопровождению дел по привлечению контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности.

1. **Используемая методика анализа:**

Построение оптимальной стратегии сопровождения конфликта основывается на методике моделирования спорного охранительного правоотношения возникающего в результате нарушения субъективного права лица, являющегося участником базовых регулятивных правоотношений. Подобный подход позволяет исследователю наиболее полно исследовать вопрос, связанный с правомерностью действий участников исследуемых правоотношений и оценить судебные перспективы, связанных с возможностью защиты нарушенного права.

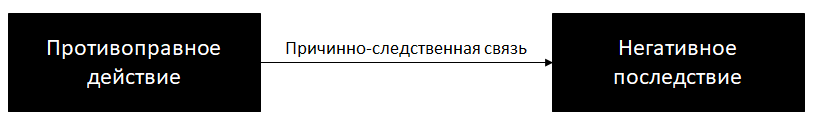
Методика моделирования основывается на воссоздании модели исследуемых регулятивных правоотношений, в рамках которых имело место быть нарушение права одного из участников данных правоотношений, а также на последующем создании модели охранительных правоотношений, которые возникают между сторонами в случае реализации одной из сторон права на защиту нарушенного субъективного права.



В рамках настоящего исследования, консультантом исследуется содержание только нормативной предпосылки возникновения охранительного правоотношения. Иные элементы регулятивных и охранительных правоотношений исследуются только в рамках анализа, связанного с предметным исследованием определенных правоотношений (спор по конкретной ситуации).

Таким образом, в рамках настоящего анализа исследуется взаимосвязь только таких элементов как нормативная предпосылка возникновения охранительных правоотношений и правонарушение, как условие возникновения охранительного правоотношения.

Общую логическую конструкцию, образующую понятие правонарушения, можно представить в следующем виде:



Указанная конструкция является основой для моделирования предпосылок возникновения охранительного правоотношения, связанного с применением управомоченным лицом способа защиты (нормативная предпосылка), соответствующего нарушенному праву.

Использование методики моделирования позволяет исследователю определить условия необходимые для применения судом соответствующей охранительной нормы, а также, основываясь на принципе относимости, допустимости и достоверности доказательств, определить состав доказательственной базы, необходимой для установления имеющих значение для дела обстоятельств либо для предотвращения их установления.

1. **Анализ:**
   1. **Определение состава фактических обстоятельств, подлежащих установлению для привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности:**

Правовое регулирование правоотношений, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности, осуществляется в соответствии с главой III.2 Закона о банкротстве.

Исследуемой нормативной предпосылкой является норма ст. 61.11 Закона о банкротстве, регулирующая вопросы субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов.

В соответствии с п. 1 ст. 61.11, если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие [действий](consultantplus://offline/ref=B32F767349CA4504899C904C331A47EB7755FE65AD0DBF3DCE8B83B4EFD06D09647194613D5F229ElB1EN) и (или) бездействия контролирующего должника лица, такое лицо несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника.

Приведенная в данной норме конструкция образует понятие правонарушения и может быть представлена в следующем виде:

Действия (бездействие) контролирующего лица

Невозможность полного погашения требований кредитора

Причинно-следственная связь

В п. 2 ст. 61.11 приведены презумпции вины контролирующего лица в невозможности погашения требований кредиторов, уточняющие условия применения п. 1 ст. 61.11. Одной из таких презумпций является причинение существенного вреда имущественным правам кредиторов в результате совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких [сделок](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE57A1AE99F8F3711E6F7C53D883660F833048FBFE8E2329CECb0O) должника (совершения таких сделок по указанию этого лица), включая сделки, указанные в [статьях 61.2](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE4721DEE95863711E6F7C53D883660F833048FBFECE2E3b3O) и [61.3](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE4721DEE95863711E6F7C53D883660F833048FBFECE2E3bBO) настоящего Федерального закона» (пп. 1 п. 2 ст. 61.11).

Исходя из приведенного условия, состав фактических обстоятельств (юридических фактов), подлежащих установлению для целей применения пп. 1 п. 2 ст. 61.11, можно представить в следующем виде:

1. Соответствие лица, привлекаемого к ответственности, критерию контролирующего.
2. Совершения контролирующим лицом, привлекаемом к ответственности, или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких [сделок](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE57A1AE99F8F3711E6F7C53D883660F833048FBFE8E2329CECb0O) должника (совершения таких сделок по указанию этого лица).
3. Невозможность полного погашения требований кредитора в результате указанных действий контролирующего лица (причинно-следственная связь).

В отсутствие хотя бы одного из вышеперечисленных условий, юридический состав нормы ст. 61.11 Закона о банкротстве не может считаться установленным, что является основанием для отказа в удовлетворении исковых требований о привлечении Ответчика к субсидиарной ответственности.

**Оговорки и ограничения в рамках анализа:**

В пп. 2-5 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве, приведены иные условия привлечения к субсидиарной ответственности, которые не включены в предмет настоящего анализа.

Согласно вводным данным, предметом анализа должны являться вопросы, связанные с привлечением к субсидиарной ответственности «материнской компании» (мажоритарного участника) должника. В этой связи в предмет анализа не включаются вопросы, связанные с привлечением в качестве контролирующего должника лица иных лиц, не являющихся «материнской компанией».

Дальнейший анализ в рамках настоящего заключения будет посвящен исследованию вопроса о порядке установления обстоятельств (условий применения нормы пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве) исходя из актуальных разъяснений и практики правоприменения в сфере исследуемых правоотношений.

* 1. **Касательно установления факта соответствия «материнской компании» критерию контролирующего должника лица:**

В соответствии с п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом, в целях настоящего Федерального закона под контролирующим должника лицом понимается физическое или юридическое лицо, имеющее либо имевшее не более чем за три года, предшествующих возникновению признаков банкротства, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом **право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника**, в том числе по совершению сделок и определению их условий.

Исходя из указанной нормы, критерием отнесения лица к категории контролирующих является **право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника.** Соответствующий вывод сделан также в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 №53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

Также, как указано в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 №53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве», само по себе участие в органах должника не свидетельствует о наличии статуса контролирующего его лица. Исключение из этого правила закреплено в [подпунктах 1](consultantplus://offline/ref=75C853DCF18684BF433B977F84323324D63C31DF9D2A73EA0E0BA9DECE5B60DCF142B37541C4861B76h6M) и [2 пункта 4 статьи 61.10](consultantplus://offline/ref=75C853DCF18684BF433B977F84323324D63C31DF9D2A73EA0E0BA9DECE5B60DCF142B37541C4861B76h9M) Закона о банкротстве, установивших круг лиц, в отношении которых действует опровержимая презумпция того, что именно они определяли действия должника:

1) являлось руководителем должника или [управляющей организации](consultantplus://offline/ref=0740B000B2055B348AC1B8D6E74C239F0B69D2ED21008A8B0B8503A6473F2912FA7CD23E074EB9EDVCp3R) должника, членом исполнительного органа должника, ликвидатором должника, членом ликвидационной комиссии;

**2) имело право самостоятельно либо совместно с** [**заинтересованными лицами**](consultantplus://offline/ref=0740B000B2055B348AC1B8D6E74C239F0B69D2ED21008A8B0B8503A6473F2912FA7CD23E074EB9EDVCp2R) **распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества, или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, или более чем половиной голосов в общем собрании участников юридического лица либо имело право назначать (избирать) руководителя должника;**

3) извлекало выгоду из незаконного или недобросовестного поведения лиц, указанных в [пункте 1 статьи 53.1](consultantplus://offline/ref=0740B000B2055B348AC1B8D6E74C239F0B69D3EC22038A8B0B8503A6473F2912FA7CD23E054EVBp0R) Гражданского кодекса Российской Федерации).

Как следует из приведенных правовых норм, материнская компания соответствует критерию контролирующего должника лица, указанного в пп. 2 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве.

Для целей опровержения презумпции соответствия материнской компании критериям контролирующего в суд потребуется доказать, что данная компания не имела возможность иным образом определять действия должника. Возможность для материнской компании влиять на действия должника определяется исходя из наличия у нее возможности определять состав органов управления, принимать решение об утверждении крупных сделок и сделок с заинтересованностью, получать информацию о финансово-хозяйственной деятельности и прочее.

Также следует обратить внимание, что в соответствии с п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 №53, для целей применения специальных положений законодательства о субсидиарной ответственности, по общему правилу, учитывается контроль, имевший место в период, предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства, независимо от того, скрывалось действительное финансовое состояние должника или нет, то есть **принимается во внимание трехлетний период, предшествующий моменту, в который должник стал неспособен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов**, в том числе об уплате обязательных платежей, из-за превышения совокупного размера обязательств над реальной стоимостью его активов (далее - объективное банкротство).

На основании изложенного можно сделать вывод, что критериями признания лица контролирующим, являются:

- **право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника;**

**- наличие указанного права или возможности** в период, предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства.

Указанные признаки можно представить в следующем виде:

**Схема.** Признаки контролирующего лица.

При обосновании отсутствия у материнской компании права влиять на должника, следует оценивать наличие соответствующих обстоятельств в каждом конкретном случае.

В соответствии с п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве, арбитражный суд вправе уменьшить размер или полностью освободить от субсидиарной ответственности лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности, если это лицо докажет, что оно **при исполнении функций** органов управления или **учредителя (участника) юридического лица фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица** (осуществляло функции органа управления номинально), и если благодаря предоставленным этим лицом сведениям установлено фактически контролировавшее должника лицо, в том числе отвечающее условиям, указанным в [подпунктах 2](consultantplus://offline/ref=5EBF3BE8C94CA01C0E1CEF5E8DB709D9C59F3885B6A6C1441234E206FC1B5EA2FE4F5531A00D6D3BQ6E4Q) и [3 пункта 4 статьи 61.10](consultantplus://offline/ref=5EBF3BE8C94CA01C0E1CEF5E8DB709D9C59F3885B6A6C1441234E206FC1B5EA2FE4F5531A00D6D3BQ6E5Q) настоящего Федерального закона, и (или) обнаружено скрывавшееся последним имущество должника и (или) контролирующего должника лица.

Таковыми могут являться доказательства, подтверждающие неосведомленность материнской компании о совершаемых должником сделках ввиду сокрытия директором указанной информации, наличие корпоративного конфликта и прочее.

Если в трехлетний период до возникновения признаков объективного банкротства материнская компания не имела возможности определять действия должника по указанным причинам, то, как следует из п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве, в удовлетворении исковых требований может быть отказано.

Таким образом, критериями признания лица контролирующим, являются:

- право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника;

- наличие указанного права или возможности в период, предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства.

Если будет доказано, что при исполнении функций учредителя (участника) юридического лица привлекаемое к ответственности лицо фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица, то в удовлетворении заявления о привлечении к субсидиарной ответственности может быть отказано. Наличие указанных обстоятельств будет оцениваться в трехлетний период до возникновения признаков объективного банкротства.

* 1. **Касательно критериев оценки действий (бездействия) контролирующего лица связанных с совершением (одобрением) сделки, повлекшей причинение вреда имущественным правам кредиторов:**

В соответствии с п. 1 ст. 61.11, если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие [действий](consultantplus://offline/ref=4E53FE878C6655633EDE25894F87CF2D4FCAD1D35E1490C4C18750F474497E42A3B1BFA4A8FC8CBBvDABS) и (или) бездействия контролирующего должника лица, такое лицо несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника.

В постановлении Пленума ВС РФ №53 приведены разъяснения условий применения указанной нормы.

В частности, в соответствии с п. 16 Постановления №53, под действиями бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов ([статья 61.11](consultantplus://offline/ref=4B80BBA2AFBDFB5DDCE6B13CB08C90BA76A5D7CC5FB58B9D5258AFF59EF4D33B19845BEDB56568D1bBt9I) Закона о банкротстве) следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть те, без которых объективное банкротство не наступило бы.

То есть в соответствии с данным разъяснением, невозможность полного погашения требований кредиторов, указанная в пп. 1 п. 2 ст. 61.11, должна быть обусловлена возникновением признаков объективного банкротства.

Иным условием привлечения к субсидиарной ответственности по названной норме, является случай, когда после наступления объективного банкротства контролирующее лицо совершило действия (бездействие), существенно ухудшившие финансовое положение должника. Если же в результате таких действий контролирующего лица произошло несущественное ухудшение финансового положения должника, такое контролирующее лицо может быть привлечено к гражданско-правовой ответственности в виде возмещения убытков по иным, не связанным с субсидиарной ответственностью основаниям (п. 17 Постановления №53).

Таким образом, условия привлечения контролирующего лица к субсидиарной ответственности можно представить в следующем виде:

**Схема.** Условия квалификации действий (бездействия) как повлекших невозможность погашения требований кредиторов.

Согласно абз. 2 п. 16 Постановления №53, указанные неправомерный действия (бездействие) могут выражаться, в частности:

- в принятии ключевых деловых решений с нарушением принципов добросовестности и разумности, в том числе согласование, заключение или одобрение сделок на заведомо невыгодных условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом ("фирмой-однодневкой" и т.п.),

- дача указаний по поводу совершения явно убыточных операций,

- назначение на руководящие должности лиц, результат деятельности которых будет очевидно не соответствовать интересам возглавляемой организации,

- создание и поддержание такой системы управления должником, которая нацелена на систематическое извлечение выгоды третьим лицом во вред должнику и его кредиторам, и т.д.

**Схема.** Виды неправомерных действий.

* 1. **Касательно совершения контролирующим лицом, привлекаемом к ответственности, или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких** [**сделок**](consultantplus://offline/ref=371641BDD8961BAE511E83CE61E36E4EE57A1AE99F8F3711E6F7C53D883660F833048FBFE8E2329CECb0O) **должника (совершения таких сделок по указанию этого лица):**

Как уже было отмечено, настоящий анализ ограничен исследованием вопросов применения нормы пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве.

В соответствии с указанной нормой, пока не доказано иное, предполагается, что полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица в случае если был причинен существенный вред имущественным правам кредиторов в результате совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких [сделок](consultantplus://offline/ref=EA985B68B2FFEFC2D04636976299E99434140E3211221B1F80B0A1A90D9EF55A1306212CDA9851A4u3BCQ) должника (совершения таких сделок по указанию этого лица), включая сделки, указанные в [статьях 61.2](consultantplus://offline/ref=EA985B68B2FFEFC2D04636976299E994351C09351B2B1B1F80B0A1A90D9EF55A1306212CDE98u5B0Q) и [61.3](consultantplus://offline/ref=EA985B68B2FFEFC2D04636976299E994351C09351B2B1B1F80B0A1A90D9EF55A1306212CDE98u5B8Q) настоящего Федерального закона.

Как следует из указанной нормы, имеющим значение для ее применения обстоятельством, является существенность вреда имущественным правам кредиторов.

Как разъяснено в п. 23 Постановлении Пленума ВС РФ№53, к числу таких сделок относятся, в частности, сделки должника, значимые для него (применительно к масштабам его деятельности) и одновременно являющиеся существенно убыточными. При этом следует учитывать, что значительно влияют на деятельность должника, например, сделки, отвечающие критериям крупных сделок ([статья 78](consultantplus://offline/ref=A31B632B5D4939B3D0327C60E0C2C5F0919FB45C6AF4EF5F8C1B20B01FFFF013F7D05286038C76ADR9i0R) Закона об акционерных обществах, [статья 46](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE60753DD96FC03F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C8010S3i7R) Закона об обществах с ограниченной ответственностью и т.д.). Рассматривая вопрос о том, является ли значимая сделка существенно убыточной, следует исходить из того, что таковой может быть признана в том числе сделка, совершенная на условиях, существенно отличающихся от рыночных в худшую для должника сторону, а также сделка, заключенная по рыночной цене, в результате совершения которой должник утратил возможность продолжать осуществлять одно или несколько направлений хозяйственной деятельности, приносивших ему ранее весомый доход.

Из указанного разъяснения следует, что одним из условий применения пп. 2 п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве, является существенность вреда, причиненного имущественным интересам кредиторов в результате совершения контролирующим лицом соответствующей сделки.

По смыслу [подпункта 1 пункта 2 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85123DB789S8i0R) Закона о банкротстве для доказывания факта совершения сделки, причинившей существенный вред кредиторам, заявитель вправе ссылаться на основания недействительности, в том числе предусмотренные [статьей 61.2](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85163FSBi5R) (подозрительные сделки) и [статьей 61.3](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85163FSBiDR) (сделки с предпочтением) Закона о банкротстве. Однако и в этом случае на заявителе лежит обязанность доказывания как значимости данной сделки, так и ее существенной убыточности. Сами по себе факты совершения подозрительной сделки либо оказания предпочтения одному из кредиторов указанную совокупность обстоятельств не подтверждают.

По смыслу [пункта 3 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85123DB78AS8i7R) Закона о банкротстве для применения презумпции, закрепленной в [подпункте 1 пункта 2](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85123DB789S8i0R) данной статьи, наличие вступившего в законную силу судебного акта о признании такой сделки недействительной не требуется. Равным образом не требуется и установление всей совокупности условий, необходимых для признания соответствующей сделки недействительной, в частности недобросовестности контрагента по этой сделке.

В соответствии с п. 3 ст. 61.11, положения [подпункта 1 пункта 2](consultantplus://offline/ref=6DD6E20DCCA77ABF665E867E25762EAC17924D3B3A52DF4068C587E6B38CF6784826A7052331CE5FeBA0Q) настоящей статьи применяются независимо от того, были ли предусмотренные данным подпунктом сделки признаны судом недействительными, если:

1) заявление о признании сделки недействительной не подавалось;

2) заявление о признании сделки недействительной подано, но судебный акт по результатам его рассмотрения не вынесен;

3) судом было отказано в признании сделки недействительной в связи с истечением срока давности ее оспаривания или в связи с недоказанностью того, что другая сторона сделки знала или должна была знать о том, что на момент совершения сделки должник отвечал либо в результате совершения сделки стал отвечать признаку неплатежеспособности или недостаточности имущества.

По смыслу [подпункта 3 пункта 3 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=DE6AC4000FCDEFA67419C058A249E91AE70E54DE99F303F14FCCFBC4B386EE48A4ED0C85123DB78AS8i0R) Закона о банкротстве, если в удовлетворении иска о признании сделки недействительной ранее было отказано по мотиву равноценности полученного должником встречного денежного предоставления, то заявитель впоследствии не вправе ссылаться на нерыночный характер цены этой же сделки в целях применения презумпции доведения до банкротства.

Из приведенных разъяснений следует, что другим условием применения пп. 2 п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве, является факт совершения должником сделки, имеющей признаки недействительности по специальным основаниям Закона о банкротстве (ст. 61.2, 61.3). При этом наличие судебного акта о признании такой сделки недействительной не требуется. Кроме того, даже в случае наличия судебного акта которым было отказано в признании сделки недействительной не освобождает контролирующего лица от ответственности, если суд не исследовал фактические обстоятельства ее совершения. Также для доказывания не требуется установление всей совокупности условий для признания сделки недействительной – требуется лишь установление факта значимости данной сделки и ее существенной убыточности.

В то же время, если соответствующая сделка оспаривалась по мотиву, например, неравноценности встречного исполнения, но суд отказал в удовлетворении заявления установив факт равноценности встречного исполнения, то заявитель, при привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности не вправе ссылаться на неравноценность встречного исполнения.

В соответствии с абз. 3 п. 23 постановления Пленума ВС РФ №53, если к ответственности привлекается контролирующее должника лицо, одобрившее сделку прямо (например, действительный участник корпорации) либо косвенно (например, фактический участник корпорации, оказавший влияние на номинального участника в целях одобрения им сделки), для применения названной презумпции заявитель должен доказать, что сделкой причинен существенный вред кредиторам, о чем контролирующее лицо в момент одобрения знало либо должно было знать исходя из сложившихся обстоятельств и с учетом его положения.

То есть другим критерием привлечения к ответственности по названной норме для материнской компании, является осведомленность контролирующего лица о противоправном характере сделки или презумпция такой осведомленности исходя из сложившихся обстоятельств и с учетом его положения.

Таким образом, обстоятельствами, подлежащими установлению для целей применения пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве являются:

- существенность вреда, причиненного имущественным интересам кредиторов в результате совершения контролирующим лицом соответствующей сделки

- факт совершения должником сделки, имеющей признаки недействительности по специальным основаниям Закона о банкротстве (ст. 61.2, 61.3).

- осведомленность контролирующего лица о противоправном характере сделки или презумпция такой осведомленности исходя из сложившихся обстоятельств и с учетом его положения.

**Схема.** Обстоятельства, подлежащие установлению по пп. 1 п. 2 ст. 61.11:

* 1. **Обстоятельства, смягчающие либо исключающие привлечение к субсидиарной ответственности:**

Контролирующее должника лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности в случае, когда его действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, не выходили за пределы обычного делового риска и не были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов ([пункт 3 статьи 1](consultantplus://offline/ref=CB0F23753B8A78C7E591C9FC2475B4667730E84F8427C3837E326F6FC98A1610E4921B39D0w1f5R) ГК РФ, [абзац 2 пункта 10 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=CB0F23753B8A78C7E591C9FC2475B4667639ED4F842CC3837E326F6FC98A1610E4921B3AD316619Ew4f4R) Закона о банкротстве). При рассмотрении споров о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности данным правилом о защите делового решения следует руководствоваться с учетом сложившейся практики его применения в корпоративных отношениях, если иное не вытекает из существа законодательного регулирования в сфере несостоятельности.

При доказанности обстоятельств, составляющих основания опровержимых презумпций доведения до банкротства, закрепленные в [пункте 2 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=60A18CDCA9AE0FF0A6E4284D1B7EEFB1277E141DB79E0C1216C7B53DFC743F5B391459DA380F9F3846g3R) Закона о банкротстве, предполагается, что именно действия (бездействие) контролирующего лица явились необходимой причиной объективного банкротства.

Доказывая отсутствие оснований привлечения к субсидиарной ответственности, в том числе при опровержении установленных законом презумпций ([пункт 2 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=60A18CDCA9AE0FF0A6E4284D1B7EEFB1277E141DB79E0C1216C7B53DFC743F5B391459DA380F9F3846g3R) Закона о банкротстве), контролирующее лицо вправе ссылаться на то, что банкротство обусловлено исключительно внешними факторами (неблагоприятной рыночной конъюнктурой, финансовым кризисом, существенным изменением условий ведения бизнеса, авариями, стихийными бедствиями, иными событиями и т.п.).

Если банкротство наступило в результате действий (бездействия) контролирующего лица, однако помимо названных действий (бездействия) увеличению размера долговых обязательств способствовали и внешние факторы (например, имели место неправомерный вывод активов должника под влиянием контролирующего лица и одновременно порча произведенной должником продукции в результате наводнения), размер субсидиарной ответственности контролирующего лица может быть уменьшен по правилам [абзаца второго пункта 11 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=60A18CDCA9AE0FF0A6E4284D1B7EEFB1277E141DB79E0C1216C7B53DFC743F5B391459DA380F9F3A46g0R) Закона о банкротстве.

Если допущенные контролирующим лицом (несколькими контролирующими лицами) нарушения явились необходимой причиной банкротства, применению подлежат нормы о субсидиарной ответственности ([пункт 1 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60AAA55D9E565E26D0779DD231A2CD606D1B88317D1273ED0AT2h1R) Закона о банкротстве), совокупный размер которой, по общим правилам, определяется на основании [абзацев первого](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60AAA55D9E565E26D0779DD231A2CD606D1B88317D1273ED08T2h4R) и [третьего пункта 11 статьи 61.11](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60AAA55D9E565E26D0779DD231A2CD606D1B88317D1273ED08T2hAR) Закона о банкротстве. В том случае, когда причиненный контролирующими лицами, указанными в [статье 53.1](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60ABAC589E565526D0779DD231A2CD606D1B88317D1071TEh6R) ГК РФ, вред исходя из разумных ожиданий не должен был привести к объективному банкротству должника, такие лица обязаны компенсировать возникшие по их вине убытки в размере, определяемом по правилам [статей 15](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60ABAC589E565526D0779DD231A2CD606D1B88317D1271EE02T2h3R), [393](consultantplus://offline/ref=DE3B74191200972679A15E2BDA7D4D60ABAC589E565526D0779DD231A2CD606D1B88317D1270E603T2hAR) ГК РФ.

Исходя из указанных разъяснений, приведенных в постановлении Пленума ВС РФ №35, следует, что аргументами защиты контролирующего лица могут являться:

- действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, не выходили за пределы обычного делового риска и не были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов

- банкротство обусловлено исключительно внешними факторами (неблагоприятной рыночной конъюнктурой, финансовым кризисом, существенным изменением условий ведения бизнеса, авариями, стихийными бедствиями, иными событиями и т.п.).

- помимо неправомерных действий (бездействия) увеличению размера долговых обязательств способствовали и внешние факторы. В таком случае размер субсидиарной ответственности определяется исходя из расчета степени влияния неправомерных действий на финансовое состояние должника.

- вред исходя из разумных ожиданий не должен был привести к объективному банкротству должника. В таком случае взысканию подлежат убытки, причиненные должнику в результате указанных действий.

**Схема.** Обстоятельства смягчающие или исключающие ответственность.

* 1. **Вывод по юридическому составу нормы пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве:**

Приведенный набор элементов образует юридический состав нормы пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве. Понимание данного состава позволяет исследователю как формировать необходимы состав доказательственной базы, так и не допускать его формирование. Общую модель подобного подхода можно представить в следующем виде:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **№** | **Положительное условие юридического состава** | **Обратное (отрицательное) условие состава** |
|  | **Соответствие лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности критериям контролирующего лица, обладающего следующими признаками** | **Несоответствие лица критериям контролирующего** |
| 1.1. | Имело право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника | Не имело право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника |
| 1.2. | Имело указанное право или возможность в период, предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства | Указанное право если и было, то в иной период |
|  | **Совершение неправомерного действия в виде совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких** [**сделок**](consultantplus://offline/ref=EA985B68B2FFEFC2D04636976299E99434140E3211221B1F80B0A1A90D9EF55A1306212CDA9851A4u3BCQ) **должника (совершения таких сделок по указанию этого лица)** | **Неправомерное действие этим лицом не совершалось, либо указанное действие не является неправомерным (то есть не повлекло негативные последствия в виде причинения вреда кредиторам)** |
| 2.1. | Указанные действия повлекли возникновение признаков объективного банкротства либо совершены после возникновения признаков объективного банкротства и повлекли существенное ухудшение финансового состояния | Указанные действия не повлекли возникновение признаков объективного банкротства / не повлекли существенное ухудшение финансового состояния в период после возникновения признаков объективного |
| 2.2. | Существенность вреда, причиненного имущественным интересам кредиторов в результате совершения контролирующим лицом соответствующей сделки | Вред если и был причинен, то является несущественным |
| 2.3. | Факт совершения должником сделки, имеющей признаки недействительности | Сделка не имеет признаков недействительности |
| 2.4. | Осведомленность контролирующего лица о противоправном характере сделки или презумпция такой осведомленности исходя из сложившихся обстоятельств и с учетом его положения | Контролирующее лицо не знало и не могло знать о противоправном характере сделки |
|  | **Отсутствие обстоятельств, смягчающих либо отягчающих ответственность** | **Наличие обстоятельств смягчающих либо отягчающих ответственность** |
| 3.1. | Действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, выходили за пределы обычного делового риска (критерии недобросовестности и неразумности), а также были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов | Действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, **не** выходили за пределы обычного делового риска и **не** были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов |
| 3.2. | Банкротство не обусловлено исключительно внешними факторами (неблагоприятной рыночной конъюнктурой, финансовым кризисом, существенным изменением условий ведения бизнеса, авариями, стихийными бедствиями, иными событиями и т.п.). | Банкротство обусловлено исключительно внешними факторами (неблагоприятной рыночной конъюнктурой, финансовым кризисом, существенным изменением условий ведения бизнеса, авариями, стихийными бедствиями, иными событиями и т.п.). |
| 3.3. | Внешние факторы не способствовали увеличению размера долговых обязательств | Помимо неправомерных действий (бездействия) увеличению размера долговых обязательств способствовали и внешние факторы. В таком случае размер субсидиарной ответственности определяется исходя из расчета степени влияния неправомерных действий на финансовое состояние должника |
| 3.4 | Вред исходя из разумных ожиданий должен был привести к объективному банкротству должника. | Вред исходя из разумных ожиданий **не** должен был привести к объективному банкротству должника. В таком случае взысканию подлежат убытки, причиненные должнику в результате указанных действий |

* 1. **Определение подхода для формирования стратегии защиты по делу о привлечении контролирующего лица к субсидиарной ответственности по пп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве:**

В вышеприведенной таблице был сформирован состав обстоятельств необходимый для обоснования довода об отсутствии оснований привлечения лица к субсидиарной ответственности.

Установление имеющего значение для дела обстоятельства производится судом на основании доказательств к которым относятся письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

Представляемые доказательства должны соответствовать трем основным критериям:

- относимость,

- допустимость,

- достоверность.

Для обоснования отсутствия оснований для привлечения материнской компании к субсидиарной ответственности может быть использован следующий подход.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **№** | **Доказываемые обстоятельства** | **Возможный тезис** | **Допустимые доказательства** |
| 3.4 | Лицо не имело право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника | Материнская компания не могла давать обязательные для должника указания ввиду наличия корпоративного конфликта связанного с нарушением права материнской компании получать информацию о деятельности дочернего юридического лица либо нарушением права на участие в управлении дочерним юридическим лицом | Судебные акты, подтверждающие наличие корпоративного конфликта |
|  | Указанное право если и было у привлекаемого лица, то в иной период, не предшествующий фактическому возникновению признаков банкротства | В период когда лицо обладало правом давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, признаки объективного банкротства не возникли | Заключение специалиста (экономический анализ) в котором будет определен момент возникновения признаков объективного банкротства должника |
|  | Действия, совершенные материнской компанией, не повлекли возникновение признаков объективного банкротства / не повлекли существенное ухудшение финансового состояния в период после возникновения признаков объективного | Сделка, совершенная по указанию материнской компании, не повлекла возникновение признаков объективного банкротства | Заключение специалиста (экономический анализ) в котором будет установлено, что соответствующая сделка не привела к возникновению признаков объективного банкротства, которые возникли по иным причинам |
|  | Вред если и был причинен, в результате действий (бездействия) материнской компании, то является несущественным | Вред причиненный в результате сделки не является существенным | Заключение специалиста (экономический анализ) в котором будет установлено, что вред причиненный в результате сделки не является существенным |
|  | Сделка не имеет признаков недействительности | Сделка не соответствует критериям недействительной сделки, указанным в ст. ст. 61.2, 61.3 Закона о банкротстве | Правовое обоснование в соответствии с фактурой конкретной задачи |
|  | Контролирующее лицо не знало и не могло знать о противоправном характере сделки | Сделка была совершена в рамках обычной хозяйственной деятельности, соответствует критериям добросовестности и разумности, и не предполагала возникновение негативных последствий | Правовое обоснование в соответствии с фактурой конкретной задачи |
|  | Действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, **не** выходили за пределы обычного делового риска и **не** были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов | Сделка была совершена в рамках обычной хозяйственной деятельности, соответствует критериям добросовестности и разумности, и не предполагала возникновение негативных последствий | Правовое обоснование в соответствии с фактурой конкретной задачи |
|  | Банкротство обусловлено исключительно внешними факторами (неблагоприятной рыночной конъюнктурой, финансовым кризисом, существенным изменением условий ведения бизнеса, авариями, стихийными бедствиями, иными событиями и т.п.). | - | Заключение специалиста (экономический анализ) в котором будет установлено, что причинами банкротства явились внешние обстоятельства, а не вменяемые материнской компании действия (бездействие) |
|  | Помимо неправомерных действий (бездействия) увеличению размера долговых обязательств способствовали и внешние факторы. В таком случае размер субсидиарной ответственности определяется исходя из расчета степени влияния неправомерных действий на финансовое состояние должника | Если и считать, что сделка повлекла банкротство должника, то негативные последствия обусловлены не только такой сделкой, но и внешними факторами | Заключение специалиста (экономический анализ) в котором будет установлено, что причинами банкротства явились не только вменяемая материнской компании сделка, но и внешние обстоятельства |
|  | Вред исходя из разумных ожиданий **не** должен был привести к объективному банкротству должника. В таком случае взысканию подлежат убытки, причиненные должнику в результате указанных действий | Сделка была совершена в рамках обычной хозяйственной деятельности, соответствует критериям добросовестности и разумности, и не предполагала возникновение негативных последствий | Правовое обоснование в соответствии с фактурой конкретной задачи |

В качестве примеров успешных правовых позиций не некоторым указанным обстоятельствам можно привести следующие:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **№** | **Доказываемое обстоятельство** | **Позиция заявителя по привлечению к субсидиарной ответственности** | **Вывод суда** |
| 1 | Действия, совершенные привлекаемым лицом, не повлекли возникновение признаков объективного банкротства | Единоличными исполнительными органами должнику был причинен материальный ущерб, что подтверждено приговором суда. Органы управления должника формировались его единственным учредителем, который по мнению заявителя должен возместить ущерб. | Не доказано наличие причинно-следственной связи между действиями учредителя и возникшими убытками.  Не доказано вины учредителя в доведении должника до банкротства (см. определение Верховного Суда РФ от 27.08.2018 N 305-ЭС18-12208 отказано в передаче дела N А41-28545/2009) |
| 2 | Действия, совершенные привлекаемым лицом, не повлекли возникновение признаков объективного банкротства | Должник привлечен к налоговой ответственности в результате неразумны и недобросоветсных действий генерального директора. Подтверждено судебным актом. | Суды незаконно посчитали судебный акт о привлечении должника к налоговой ответственности преюдициальным. Не доказана причинно-следственная связь между действиями руководителя Должника и возникшими убытками.  (см. определение Верховного Суда РФ от 13.08.2018 N 305-ЭС18-11260 отказано в передаче дела N А40-198359/2016) |