О субсидиарной ответственности бенефициаров офшорных компаний и трастов

КАНАШЕВСКИЙ Владимир Александрович, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор

Россия, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9
E-mail: seleron75@mail.ru

Автор исследует вопросы субсидиарной ответственности бенефициарных собственников офшорных компаний и трастов в свете положений российского законодательства о субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц.

Цель исследования заключается в анализе положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», а также российской судебной практики касательно привлечения к субсидиарной ответственности офшорных компаний по долгам российских обществ за умышленное доведение последних до банкротства. Частная цель данной статьи — выяснить, позволяет ли действующее законодательство и практика его толкования и применения привлечь к субсидиарной ответственности контролирующих лиц без срывания корпоративных покровов, в том числе с лиц, действующих через офшорные холдинговые компании и трасты.

В исследовании использованы методы анализа и синтеза.

Автор приходит к выводу, что нормы российского законодательства о субсидиарной ответственности лиц, контролирующих должника, распространяются на ситуации, когда российская организация-должник была доведена до банкротства действиями своей офшорной материнской компании. Лица, фактически управлявшие такой офшорной компанией, в том числе дававшие указания номинальным акционерам и директорам офшорной компании, в результате исполнения которых (указаний) российская организация была доведена до банкротства, могут быть привлечены к субсидиарной ответственности по российскому закону. В свете правила п. 4 ст. 1202 ГК РФ для привлечения к субсидиарной ответственности лица, контролирующего российского должника через офшорную холдинговую структуру, нет необходимости ссылаться на иностранное право, если заявителя устраивают правила российского законодательства об ответственности лиц, контролирующих должника.

Ключевые слова: субсидиарная ответственность, контролирующие лица, личный закон, офшорная компания, траст, бенефициарный владелец, должник, банкротство, бремя доказывания, контролируемые иностранные компании, офшорные юрисдикции, автоматический обмен информацией, снятие корпоративной вуали.

Для цитирования: Канашевский В.А. О субсидиарной ответственности бенефициаров офшорных компаний и трастов // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 50—57. DOI: 10.12737/jrl.2019.6.5

On the Subsidiary Liability of Beneficiaries of Offshore Companies and Trusts

V.A. KANASHEVSKY, Kutafin Moscow State Law University, Moscow 123995, Russian Federation
E-mail: seleron75@mail.ru

The author examines the issues of the subsidiary liability of beneficial owners of offshore companies and trusts in the light of the requirements of the Russian laws on the subsidiary liability of the persons controlling the debtor's entities.

The goal of the article is the analysis of the Federal Law «On Insolvency (Bankruptcy)», as well as the Russian case law regarding the bringing of offshore companies to subsidiary liability for the debts of Russian companies. The particular purpose of this article is to ascertain whether the current Russian laws and practice of their interpretation and application make it possible to bring controlling persons to a subsidiary liability without piercing the corporate veil, including those persons who act through offshore holding companies and trusts.

The author used the methods of analysis and synthesis.

The author concludes that the Russian rules on the subsidiary liability of the controlling persons apply to situations where the Russian organization — the debtor was brought to a bankruptcy by the actions of its offshore parent company. The persons, who actually managed with such offshore company, in particular, who gave the instructions to nominal shareholders and directors of an offshore company, as a result of which (instructions) the Russian organization was brought to bankruptcy, may be brought to subsidiary liability under the Russian law. In the light of the rules of Article 1202(4) of the Russian Civil Code for bringing to a subsidiary liability a person controlling a Russian debtor through an offshore holding structure, there is no need to refer to a foreign law if the applicant is satisfied with the rules of the Russian laws regarding liability of the persons controlling debtor's entities.

Keywords: subsidiary liability, controlling persons, personal law, offshore company, trust, beneficiary owner, debtor, bankruptcy, burden of proof, controlled foreign companies, offshore jurisdictions, automatic exchange of information, piercing the corporate veil.

For citation: Kanashevsky V.A. On the Subsidiary Liability of Beneficiaries of Offshore Companies and Trusts. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2019, no. 6, pp. 50—57. (In Russ.). DOI: 10.12737/jrl.2019.6.5

Согласно подп. 3 п. 4 ст. 61¹⁰ Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) пока не доказано иное, предполагается, что контролирующими должника лицами (далее — КДЛ) являются те, кто извлекал выгоду из незаконного или недобросовестного поведения руководителя юридического лица — должника. Такие лица несут субсидиарную ответственность по обязательствам должника, если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие их действий или бездействия (п. 1 ст. 61¹¹ Закона о банкротстве). Как поясняет Верховный Суд РФ, контролирующим должника является третье лицо, которое получило существенный актив должника (в том числе по цепочке последовательных сделок), выбывший из владения последнего по сделке, совершенной руководителем должника в ущерб интересам возглавляемой организации и ее кредиторов (например, на заведомо невыгодных для должника условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом («фир-

мой-однодневкой» и т. п.) либо с использованием документооборота, не отражающего реальные хозяйственные операции, и т. д.)¹.

В связи с вышеуказанными законоположениями и их толкованием возникает вопрос: могут ли они быть применены в ситуациях, когда российская организация-должник является дочерним обществом какой-либо офшорной компании, которая, в свою очередь, управляется лицами (как российскими резидентами, так и нерезидентами), дающими указания номинальным акционерам и директорам офшорной компании и действия которых привели организацию-должника к банкротству? Представляется, что ответ на данный вопрос должен быть положительным. Во-первых, Закон о банкротстве не исключает ситуаций, когда контроль за действиями должника осуществляется посредством офшорных холдинговых структур

¹ См. п. 7 постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

и трастов. Во-вторых, наличие номинального сервиса, при котором номинальные акционеры офшорной холдинговой компании играют лишь техническую роль и действуют только по инструкциям бенефициара, свидетельствует, что ответственность за их действия должны нести КДЛ.

Здесь уместно привести аргументацию, связанную с особенностями функционирования транснациональных корпораций (ТНК). Как отмечается в литературе, «структурные элементы ТНК реализуют финансовые интересы группы в целом. Именно поэтому здесь неэффективны правовые конструкции, ориентированные на самостоятельных (независимых) налогоплательщиков. В силу данного обстоятельства у государств возникает потребность распространить действие налогового законодательства на иностранные подразделения и аффилированные лица национальных компаний»².

Российской судебной практике известны случаи привлечения к субсидиарной ответственности офшорных компаний по долгам российских обществ за умышленное доведение последних до банкротства.

Компания HSBC Management (о. Гернси) была привлечена к субсидиарной ответственности за доведение до банкротства российского общества — ООО «Дальняя Степь». Должник являлся одной дочерней компанией Фонда Эрмитаж (о. Гернси), а компания HSBC Management управляла должником через Фонд. В суде было установлено, что, несмотря на наличие у должника значительного объема налоговых обязательств, компания HSBC Management и Фонд, контролировавшие активы должника, осуществили действия, направленные на вывод всех наличных средств со счета должника. Если бы эти действия не были совершены ответчи-

ками, денежных средств было бы достаточно для погашения долга по обязательным платежам³.

Важно отметить, что от ответственности за исполнение инструкций бенефициара номинальные директора и акционеры защищены положениями соглашений об оказании номинальных услуг (agreement for provision of nominee services), односторонних трастовых деклараций (declaration of trust), а также нормами специального трастового законодательства (права), согласно которым номинальный акционер рассматривается в качестве доверительного собственника простого траста (bare trust), владеющего акциями в пользу бенефициара⁴.

В частности, к офшорным холдинговым компаниям можно применить вывод, который содержится в определении ВАС РФ от 29 апреля 2013 г. № ВАС-11134/12 по делу № А60-1260/2009: «Действующее законодательство не исключает возможность привлечения к субсидиарной ответственности фактически контролирующего должника лица, проводящего свою волю через иных подконтрольных фактическому руководителю физических и юридических лиц, которые в действительности не выступали в качестве самостоятельных субъектов гражданских отношений». Однако возникает вопрос о необходимости учета действующего в офшорных юрисдикциях законодательства.

С точки зрения российского права офшорная компания является иностранной компанией, правовой статус которой определяется по законодательству места ее регистрации (ст. 1202 ГК РФ). Однако в 2013 г. ст. 1202 ГК РФ была дополнена но-

³ См. определение ВС РФ от 6 августа 2018 г. № 308-ЭС17-6757(2,3) по делу № А22-941/2006.

⁴ См.: Using a Nominee Company. The Easy Guide to Nominee Companies. URL: <https://www.professionaladviser.com/international-investment/feature/1329719/using-nominee-company>.

² Хаванова И.А. Взаимозависимые лица: корпоративные покровы и фискальные проблемы // Журнал российского права. 2018. № 7.

вым правилом (п. 4), цель которого — приблизить режим ответственности иностранных (в том числе, очевидно, офшорных) компаний к режиму ответственности российских юридических лиц: «Если учрежденное за границей юридическое лицо осуществляет свою предпринимательскую деятельность преимущественно на территории Российской Федерации, к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица его учредителей (участников), других лиц, которые имеют право давать обязательные для него указания или иным образом имеют возможность определять его действия, применяется российское право либо по выбору кредитора личный закон такого юридического лица». Данное нововведение, очевидно, нацелено на применение совместно с положениями российского права об ответственности учредителей, участников, других лиц, которые имеют право давать обязательные указания для этого юридического лица (ст. 53¹ ГК РФ), также норм об ответственности КДЛ согласно Закону о банкротстве.

Таким образом, в свете указанного правила (п. 4 ст. 1202 ГК РФ) для привлечения к субсидиарной ответственности лица, контролирующего российского должника через офшорную холдинговую структуру, нет необходимости ссылаться на иностранное право, если заявителя устраивают правила российского законодательства об ответственности КДЛ.

В литературе высказана точка зрения о необходимости закрепления в российском законодательстве о банкротстве модели снятия корпоративной вуали с организаций, не являющихся в соответствии с нормами иностранного законодательства юридическими лицами (инвестиционные фонды и трасты), которые созданы контролирующими лицами и бенефициарами банков-банкротов и которые позволяют скрыть активы, выведенные из кре-

дитной организации⁵. Представляется, что действующее законодательство и практика его толкования и применения позволяют в указанных случаях привлечь к субсидиарной ответственности контролирующих лиц без срывания корпоративных покровов. К субсидиарной ответственности можно привлечь в том числе тех КДЛ, которые действуют через офшорные холдинговые компании и трасты. Об этом свидетельствует практика отечественных судов по делам о привлечении к субсидиарной ответственности руководящих работников банков и лиц, фактически контролирующих банки.

По обязательствам Межпромбанка, признанного банкротом, к субсидиарной ответственности в размере 75 млрд руб. были привлечены руководители банка, а также его создатель и фактический собственник П. Он, хотя и не занимал в банке никаких должностей и не был его акционером, фактически контролировал банк посредством российских хозяйственных обществ, доли которых принадлежали компаниям, зарегистрированным на Британских Виргинских островах, акции которых были переданы в новозеландский траст, протектором и бенефициаром которого выступал П.⁶

В схожей ситуации к субсидиарной ответственности по обязательствам банка-банкрота ОАО «Инкасбанк» в размере 11 млрд руб. был привлечен Г., который фактически контролировал не менее 63,9% акций банка через российские юридические лица и кипрские компании⁷.

⁵ См.: Сеницын С.А. Правовые средства предупреждения и противодействия вывода активов российскими банками: вопросы совершенствования законодательства // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 70.

⁶ См. постановление Арбитражного суда МО от 1 октября 2015 г. № Ф05-10535/2011 по делу № А40-119763/2010.

⁷ См. постановление 13-го ААС от 30 мая 2018 г. № 13АП-9330/2018, 13АП-9332/2018, 13АП-9333/2018 по делу № А56-9862/2009/суб.

Таким образом, концепция бенефициарной собственности⁸ теперь получила развитие в Законе о банкротстве. Однако отечественному законодателю стоит подумать о включении правил о субсидиарной ответственности контролирующих лиц не только в законодательство о банкротстве, но и в общегражданское законодательство. В этом случае гражданское законодательство будет находиться в гармонии с основными тенденциями развития налоговой ответственности контролирующих лиц, получивших международное закрепление в последние годы. Хотя такие положения будут противоречить принципам имущественной обособленности юридического лица и раздельной ответственности юридического лица и его участников по долгам друг друга (ст. 56 ГК РФ), в российской судебной практике уже имелись прецеденты раздела имущества офшорных компаний по искам супругов, предъявленным к бенефициарам таких офшорных компаний⁹, признания за лицами, владеющими российскими обществами через цепочку офшорных компаний, их прав по управлению такими российскими обществами¹⁰ и др.

Согласно п. 3 ст. 53¹ ГК РФ лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания лицам, осуществляющим руководство юридическим лицом, несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. Таким лицом, очевидно, должен быть признан бенефициар офшорной компании (однако ответственность наступает перед са-

мым юридическим лицом, но не перед кредиторами такого юридического лица, чем снижается практический эффект указанной нормы). Ответ на вопрос о том, в какой степени бенефициар офшорной компании может быть привлечен к ответственности по ее долгам, случаи такой ответственности, возможность возложения ответственности по долгам бенефициара на активы офшорной компании, применение доктрины снятия корпоративной вуали, очевидно, лежат в плоскости права той юрисдикции, в которой учреждена офшорная компания, т. е. должны решаться по ее личному закону (ст. 1202 ГК РФ). Вместе с тем российские суды по ходатайству кредитора вправе пойти по упрощенному варианту и применить к ответственности бенефициара российское законодательство при условии, что офшорная компания основную деятельность осуществляет на территории России (п. 4 ст. 1202 ГК РФ).

В соответствии с п. 2 ст. 61¹⁶ Закона о банкротстве арбитражный суд может оставить заявление о привлечении к субсидиарной ответственности без движения, если установит, что оно не содержит сведений, позволяющих с минимально необходимой степенью достоверности сделать обоснованные предположения, что ответчик, указанный в заявлении, является или являлся КДЛ. При этом под сведениями понимаются обстоятельства, на которых основаны утверждения заявителя о наличии у ответчика статуса КДЛ, и подтверждающие их доказательства¹¹. В отношении офшорной холдинговой компании или траста (который управляет акциями офшорной компании) такими доказательствами могут служить трастовые договоры с номинальными акционерами, инструкции номинальным акционерам и директорам, деловая переписка, свидетельствующая, что именно бенефициар — контролирую-

⁸ См.: Канашевский В.А. Концепция бенефициарной собственности в российской судебной практике (частноправовые аспекты) // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 27—38.

⁹ См. определение ВС РФ от 7 июля 2015 г. № 5-КГ15-34.

¹⁰ См. постановление 9-го ААС от 17 октября 2016 г. № 09АП-44354/2016, 09АП-47076/2016 по делу № А40-104595/14.

¹¹ См. п. 33 постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53.

щее офшорную компанию лицо — принимает ключевые решения, касающиеся бизнеса и имеющие цели воздействия на расположенные в России активы либо распоряжения активами (средствами) офшорной компании (траста). Такие доказательства могут быть представлены в рамках дела о банкротстве уже на предварительном судебном заседании, а бремя доказывания наличия оснований привлечения КДЛ к субсидиарной ответственности лежит на лице, подавшем соответствующее заявление, — арбитражном управляющем, а также на кредиторах, в интересах которых заявлено требование о привлечении КДЛ к ответственности¹².

В случае если лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности, не представляет отзыв по неуважительным причинам или его возражения носят явно неполный характер, суд вправе возложить бремя доказывания отсутствия оснований для привлечения к субсидиарной ответственности на привлекаемое лицо (п. 4 ст. 61¹⁶ Закона о банкротстве). В этом положении Закона усматривается влияние англо-американского процессуального института раскрытия доказательств (*disclosure order*), который позволяет добросовестному истцу получить доступ к необходимым доказательствам, а отказ от предоставления соответствующей информации толкуется против соответствующей стороны.

Нельзя исключать ситуацию, когда номинальный акционер офшорной компании или номинальный доверительный собственник траста даст в российском суде показания, свидетельствующие о его номинальной роли, и представит суду сведения, изобличающие реального бенефициара — в этом случае он освобождает

от какой-либо субсидиарной ответственности в силу прямого указания Закона о банкротстве (п. 9 ст. 61¹¹).

Как отметил Верховный Суд РФ, при разрешении вопроса о привлечении к субсидиарной ответственности конечного бенефициара следует руководствоваться не только прямыми доказательствами (т. е. исходящими от бенефициара документами), поскольку конечный бенефициар не заинтересован в раскрытии своего статуса контролирующего лица, а, напротив, обычно скрывает наличие возможности оказания влияния на должника¹³.

В России в отношении офшорных компаний установилась практика, согласно которой обязанность по раскрытию личности бенефициаров возлагается на офшорные компании, а если соответствующее лицо ее не предоставляет, предполагается, что факт является доказанным. Указанная практика начала свое становление после известного дела «Скаковая 5», в котором Президиум ВАС РФ отметил: «Вследствие непубличной структуры владения акциями (долями) в офшорной компании... бремя доказывания наличия либо отсутствия обстоятельств, защищающих офшорную компанию как самостоятельного субъекта в ее взаимоотношениях с третьими лицами, должно возлагаться на офшорную компанию. Такое доказывание осуществляется, прежде всего, путем раскрытия информации о том, кто в действительности стоит за компанией, то есть раскрытия информации о ее конечном бенефициаре»¹⁴. В дальнейшем данная практика получила развитие в других решениях российских судов, которые использовали аналогичную аргументацию, а непредо-

¹² См.: Алтухов А.В., Левичев С.В. Процессуальные особенности рассмотрения заявлений о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности при банкротстве // Судья. 2018. № 4. С. 29—30.

¹³ См. определение ВС РФ от 15 февраля 2018 г. № 302-ЭС14-1472(4, 5, 7) по делу № А33-1677/2013.

¹⁴ Постановление ВАС РФ от 26 марта 2013 г. № 14828/12 по делу № А40-82045/11-64-444.

ставление сведений влекло для соответствующей стороны неблагоприятные процессуальные последствия¹⁵. Суды также соглашались принимать представленные офшорными компаниями доказательства лишь в том случае, если будет раскрыта информация о бенефициарах компаний, т. е. будет доказана их добросовестность¹⁶.

Так, в одном из дел российский арбитражный суд отметил, что «кредитор уклонился от раскрытия бенефициара (офшорной компании. — В.К.) несмотря на предложение суда и несмотря на то, что, приобретая права требования офшорной компании к должнику, он (кредитор. — В.К.) не освобождается от доказывания факта отсутствия корпоративного характера займа и несет риск уклонения от раскрытия сведений о конечном бенефициаре»¹⁷. В другом деле российский арбитражный суд отметил: «В связи с отказом (офшорных компаний. — В.К.) предста-

вить суду сведения о конечном бенефициаре суд первой инстанции правомерно исходил из того, что данные лица являются взаимосвязанными, что также опровергает довод заявителей о добросовестности (офшорной компании. — В.К.) (возмездность сделки, осведомленность лица о наличии спора в отношении права требования)»¹⁸.

Помощь в осуществлении контроля за российским должником с помощью инструментов бенефициарного владения окажет и информационный обмен¹⁹.

В свете новых положений о субсидиарной ответственности КДЛ российская судебная практика должна пойти по пути более активного привлечения к субсидиарной ответственности офшорных холдинговых структур (а также их контролирующих лиц) по долгам контролируемых ими российских должников, доведенных до банкротства. Желательно также, чтобы высшие судебные инстанции дали отдельное разъяснение о применении норм о субсидиарной ответственности к контролирующим должника иностранным структурам.

¹⁵ См. постановление Арбитражного суда ВВО от 21 мая 2018 г. № Ф01-1545/2018 по делу № А43-30569/2015; постановление Арбитражного суда МО от 29 марта 2018 г. № Ф05-7221/2017 по делу № А40-96862/2016; постановление Арбитражного суда МО от 20 января 2016 г. № Ф05-12062/2014 по делу № А40-26432/12; постановление 14-го ААС от 22 июня 2018 г. № 14АП-2998/2018 по делу № А13-10654/2016; постановление 18-го ААС от 10 мая 2017 г. № 18АП-4133/2017 по делу № А07-17994/2015.

¹⁶ См. постановление 17-го ААС от 19 сентября 2017 г. № 17АП-1083/2017-ГК по делу № А60-27089/2016.

¹⁷ Постановление Арбитражного суда ЗСО от 20 августа 2018 г. № Ф04-2192/2018 по делу № А70-1759/2017.

¹⁸ Постановление 7-го ААС от 26 февраля 2018 г. № 07АП-1669/2014(29), 07АП-1669/2014(30) по делу № А27-18417/2013; см. также постановление 9-го ААС от 7 августа 2018 г. № 09АП-23046/2018 по делу № А40-158290/16.

¹⁹ См.: Канашевский В.А. О раскрытии информации о бенефициарах офшорных компаний и трастов: текущее состояние и перспективы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 2.

Библиографический список

Using a Nominee Company. The Easy Guide to Nominee Companies. URL: <https://www.professionaladviser.com/international-investment/feature/1329719/using-nominee-company>.

Алтухов А.В., Левичев С.В. Процессуальные особенности рассмотрения заявлений о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности при банкротстве // Судья. 2018. № 4.

Канашевский В.А. Концепция бенефициарной собственности в российской судебной практике (частноправовые аспекты) // Журнал российского права. 2016. № 9.

Канашевский В.А. О раскрытии информации о бенефициарах офшорных компаний и трастов: текущее состояние и перспективы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 2.

Синицын С.А. Правовые средства предупреждения и противодействия вывода активов российскими банками: вопросы совершенствования законодательства // Предпринимательское право. 2018. № 1.

Хаванова И.А. Взаимозависимые лица: корпоративные покровы и фискальные проблемы // Журнал российского права. 2018. № 7.

References

Altukhov A.V., Levichev S.V. Procedural characteristics of consideration of applications for bringing the persons who control the debtors to subsidiary liability in bankruptcy. *Sudya*, 2018, no. 4, pp. 27—32. (In Russ.)

Kanashevskiy V.A. On disclosure of Information about Beneficiaries of Trusts and Offshore Companies: the Current Status and Perspectives. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya = Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2018, no. 2, pp. 81—86. (In Russ.)

Kanashevskiy V.A. The Concept of Beneficial Ownership in Russian Judicial Practice (Private Law Aspects). *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2016, no. 9, pp. 27—38. (In Russ.)

Khavanova I.A. Interdependent Persons: Corporate Covers and Fiscal Issues. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2018, no. 7, pp. 112—122. (In Russ.)

Sinitsyn S.A. The Legal Means of Preventing and Combating the Dissipating of Assets by the Russian Banks: Law Improvement Issues. *Predprinimatelskoe pravo*, 2018, no. 1, pp. 66—70. (In Russ.)

Using a Nominee Company. The Easy Guide to Nominee Companies. Available at: <https://www.professionaladviser.com/international-investment/feature/1329719/using-nominee-company>.