

ПОТЕНЦИАЛ ФОРМИРОВАНИЯ ПОНЯТИЯ «НОМИНАЛЬНЫЙ» РУКОВОДИТЕЛЬ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

© 2019 Глушенок А.В., Конищева М.Е.

Санкт-Петербургский государственный университет,
г. Санкт-Петербург, Россия

В настоящее время мировая тенденция направлена на выявление конечного бенефициара компаний. Такие действия призваны решить несколько задач. Однако, в первую очередь, в европейском сообществе они рассматриваются как способ борьбы с уклонением компаний от уплаты налогов посредством создания фиктивных юридических лиц в низконалоговых юрисдикциях. В качестве одного из критериев определения действительного осуществления экономической деятельности компанией Европарламентом был выделен критерий осуществления управления компанией реальным руководителем. В настоящей статье авторами оценивается потенциал закрепления понятия «номинальный» руководитель в законодательстве Российской Федерации. Анализируется текущее состояние нормативно-правовой базы и судебной практики, связанных с данной проблематикой. В Российской Федерации отсутствует единое нормативное закрепление понятия «номинальный» руководитель. Объем этого понятия разнится в зависимости от сферы его применения (наиболее важное значение применение данного понятия имеет для сферы налогового и банкротного регулирования).

Ключевые слова: номинальный руководитель, фактический руководитель, теневой бенефициар, банкротство, субсидиарная ответственность.

До настоящего времени понятие «номинальный руководитель» отдельно не выделено в российском законодательстве. В статье 61.11. Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 №127-ФЗ (далее – Закон о несостоятельности (банкротстве)), предусматривающей субсидиарную ответственность за невозможность полного погашения требований кредиторов, установлена ответственность лица, которое при исполнении функций органов управления или учредителя (участника) юридического лица фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица (осуществляло функции органа управления номинально). Таким образом, в этой статье фактически закреплено определение этого термина.

Сложности вызывает доказывание осуществления фактического руководства организацией иным лицом, принимавшим решения, которые привели к тем или иным экономическим последствиям для компании. Данная специфика определена тем, что с точки зрения закона номинальный руководитель осуществляет контроль над юридическим лицом. Он получает должность в соответствии

с установленным порядком, имеет те же права и обязанности, как и реальный (фактический) руководитель. В том числе он может быть привлечен к предусмотренной для руководителя ответственности.

Однако интерес кредиторов заключается в получении максимального удовлетворения своих требований. В связи с этим им необходимо установить лицо, которое фактически осуществляло руководство компанией, чтобы получить взыскание в большем объеме, чем это возможно в случае с номинальным руководителем, и привлечь его к ответственности.

В настоящий момент идет активная борьба с неуплатой налогов и взыскание налоговых недоимок. В разработке мер о субсидиарной ответственности при банкротстве активную позицию занимает Федеральная налоговая служба, которая в соответствии с п. 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 29.05.2004 № 257 «Об обеспечении интересов Российской Федерации как кредитора в деле о банкротстве и в процедурах, применяемых в деле о банкротстве» является федеральным органом исполнительной власти, наделенным полномочиями на пред-

ставление в делах о банкротстве и в процедурах, применяемых в делах о банкротстве, требований об уплате обязательных платежей и требований Российской Федерации по денежным обязательствам [2].

Под ее влиянием в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующего должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее – Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53) [3] были внесены положения, которые призваны обеспечить интересы налоговой службы при взыскании обязательных платежей. Данное постановление также должно было внести определенность в порядок применения норм о субсидиарной ответственности.

Презумпция субсидиарной ответственности номинального руководителя была установлена в связи с тем, что на практике достаточно трудно доказать, что выгоду от незаконного поведения директора извлекало иное лицо.

Рассмотрим фактическое экономическое содержание юридического лица. Для борьбы с государствами, ведущими низконалоговую или безналоговую политику, способствующую уклонению субъектов предпринимательской деятельности от уплаты налогов и выводу прибыли, 20 мая 2015 года Европарламентом была принята IV Директива Европейского Союза о противодействии отмыванию денежных средств [9]. Ключевое значение для достижения поставленной цели имеет создание во всех странах ЕС реестров, содержащих информацию о конечных бенефициарах компании.

К бенефициарным собственникам, согласно этой директиве, относятся лица:

1) владеющие более чем 25%+1 акцией в уставном капитале компании, при этом странам ЕС предоставляется право по своему усмотрению снизить этот порог;

2) имеющие возможность иным образом контролировать управление юридическим лицом;

3) занимающие старшую руководящую должность (в том случае, если бенефициар компании не выявлен по основаниям 1-2).

Данная директива была принята в рамках «Плана действий в отношении размывания налоговой базы и вывода доходов из-под налогообложения» (далее «План BEPS») [7], разработка которого проходила с 2013 по 2015 годы, и в ноябре 2015 года итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) был одобрен на саммите G20.

В пункте 5 Плана BEPS говорится о необходимости осуществления общего противодействия «недобросовестной налоговой практике» и акцентируется внимание на вопросах прозрачности и наличия реального экономического содержания компании. Данное условие направлено на противодействие созданию оффшорных номинальных компаний путем проведения политики оценивания экономической деятельности компании и наличия реального экономического присутствия.

Механизмом, оказывающим влияние на привлечение большего количества юрисдикций к данным стандартам, является создание «черных» и «серых» списков стран. В такие списки включаются страны, которые, по мнению Европейской комиссии, проводят политику недобросовестной налоговой конкуренции, создающей возможности для компаний уклоняться от уплаты налогов, а также не обмениваются налоговой информацией с другими юрисдикциями.

Для того чтобы избежать попадания в «черный» список, странам было необходимо провести реформирование своего законодательства и внести корректировки, связанные с требованиями ЕС о реальном экономическом присутствии компании.

Под реальным экономическим присутствием компании подразумевается:

1) наличие у компании собственного офиса, который может быть арендован или быть в собственности;

2) наличие фактического директора, который самостоятельно принимает экономически важные для компании решения;

3) наличие персонала компании, осуществляющего рабочие функции на территории юрисдикции;

4) наличие вебсайта.

В качестве примера юрисдикции, которая находится в «сером» списке, можно приве-

ти Британские Виргинские острова (далее - БВО). Благодаря вступлению в силу в январе 2018 года положений закона Economic substance (Companies and Limited partnerships) [10], БВО удалось избежать включения в «черный» список. Согласно положениям данного закона, для того чтобы доказать фактическое экономическое присутствие, компании необходимо удовлетворять следующим критериям:

1) фактическое руководство деятельностью должно осуществляться с территории БВО;

2) на территории БВО должны располагаться офис компании и оборудование, необходимое для осуществления ее деятельности;

3) компания осуществляет расходы на территории БВО, связанные с ее деятельностью;

4) компания должна иметь на территории БВО штат работников, количество и профессиональные навыки которых соответствуют деятельности компании;

5) компания должна осуществлять основную приносящую доход деятельность в рамках релевантной деятельности.

Кроме того, на территории БВО действует закон «О системе обеспечения поиска бенефициарных владельцев» 2017 года [8].

Исходя из приведенных выше положений можно сделать вывод о том, что в настоящий момент в мировом сообществе особое значение в оценивании реального существования компании придается доктрине фактического экономического содержания компании. Одним из важных положений этой доктрины является то, что руководство должен осуществлять фактический директор, который принимает решения, имеющие экономические последствия для компании.

Проводится политика противодействия существованию номинальных руководителей компаний, которых в свою очередь может быть предусмотрена ответственность в виде штрафа или лишения свободы.

Рассмотрим понятие «номинальный» руководитель в законодательстве о юридических лицах Российской Федерации. В соответствии с п.1 ст. 48 Гражданского кодекса Российской Федерации, юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по сво-

им обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде [1].

Юридическое лицо участвует в обороте через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительным документом (п. 1 ст. 53 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Единоличным исполнительным органом юридического лица может быть директор, генеральный директор, президент организации. Данное лицо осуществляет руководство текущей деятельностью юридического лица. Допустимо создание нескольких единоличных исполнительных органов в одной организации, сведения о них должны быть внесены в Единый государственный реестр юридических лиц, где также должна быть зафиксирована информация о том, осуществляют они свою деятельность совместно или независимо друг от друга.

В соответствии с п. 3 ст. 53 Гражданского кодекса Российской Федерации 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.

В ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве) дается следующее определение руководителя организации: единоличный исполнительный орган юридического лица или руководитель коллегиального исполнительного органа, а также иное лицо, осуществляющее в соответствии с федеральным законом деятельность от имени юридического лица без доверенности.

В федеральных законах о юридических лицах не выделяются понятия фактического и номинального руководителей. В них содержатся основные характеристики исполнительного органа юридического лица, в частности, он может быть единоличным или коллегиальным. Например, в корпорации в соответствии с п. 3 ст. 65.3 Гражданского кодекса Российской Федерации образуется единоличный исполнительный орган, уставом корпорации может быть предусмотрено предоставление полномочий единоличного исполнительного органа нескольким лицам,

действующим совместно, или образование нескольких единоличных исполнительных органов, действующих независимо друг от друга (абз. 3 п. 1 ст. 53). В качестве единоличного исполнительного органа корпорации может выступать как физическое лицо, так и юридическое лицо.

Впервые понятие «номинальный» руководитель было закреплено в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53. До этого оно использовалось в судебной практике, связанной с налоговыми спорами, но, при сравнении определения, данного в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53 и того значения, в котором оно использовалось в судебной практике, можно говорить о расширении объема понятия и большего его соответствия принятому в международной практике.

Номинальный руководитель – руководитель, формально входящий в состав органов юридического лица, но не осуществлявший фактическое управление, например, полностью передоверивший управление другому лицу на основании доверенности либо принимавший ключевые решения по указанию или при наличии явно выраженного согласия третьего лица, не имевшего соответствующих формальных полномочий (фактического руководителя) [4].

В делах о налоговых спорах понятие «номинальный» руководитель использовалось в основном для признания того, что компания, которой он руководит, – фиктивна и была создана для целей уклонения от уплаты налогов и иных обязательных платежей [5].

В таком случае не было отдельного закрепления данного понятия и объяснения его значения. В целом можно говорить о том, что Федеральная налоговая служба Российской Федерации пользовалась общей практикой фактического экономического содержания компании, и факт руководства компанией «номинальным» руководителем наряду с отсутствием материально-технической базы и трудового персонала использовался как один из признаков фиктивности юридического лица.

В Определении Верховного суда Российской Федерации от 30.07.2018 №305-КГ18-10187 по делу №А40 – 154702/2017 номи-

нальным руководителем признается лицо, не владеющее сведениями о месте нахождения организации, ее имущества, численности работников и иными, характеризующими хозяйственную деятельность. Помимо этого, организация, признаваемая в данном случае фиктивной, не имела трудовых и материальных ресурсов для совершения фактических хозяйственных операций.

Аналогичная аргументация приведена в Определении Верховного суда Российской Федерации от 22.08.2018 №308-КГ18-12155 по делу № А53- 405/2017 и в Определении Верховного Суда Российской Федерации от 08.10.2018 N 310-КГ18-11857 по делу N А09-11445/2017.

Так или иначе, интерес налоговой службы как в делах при банкротстве юридического лица, так и в делах о налоговых правонарушениях направлен на получение сведений о конечном бенефициаре, так как в первом случае выяснение его личности позволит в большем объеме удовлетворить требования кредиторов, во втором - доказать аффилированность юридических лиц, произвести доначисление неуплаченных налогов и обязательных платежей и привлечь лицо к налоговой ответственности.

Суммируя перечисленное выше, можно говорить о том, что в российской практике понятия «номинальный» руководитель и «фактический» руководитель изначально имели негативный оттенок и применялись для обоснования каких-либо противоправных действий Подтверждением этого является тот факт, что для номинального руководителя предусмотрена ответственность, в частности, по ст. 173.2. Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ за предоставление документа, удостоверяющего личность, или выдачу доверенности, если эти действия совершены для внесения в единый государственный реестр юридических лиц сведений о подставном лице, и по ст. 14.25.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ за нарушение юридическим лицом обязанностей по установлению и представлению информации о своих бенефициарных владельцах [6].

Рассмотрим понятие «номинальный» руководитель в Великобритании. На примере

законодательства Великобритании как первой юрисдикции, где в законе «О дисквалификации директоров компаний» произошло разделение понятия руководителя компании на «номинального» и «фактического», можно выделить следующие характеристики «номинального» руководителя.

Понятие «номинальный» руководитель в нормативно-правовых актах приравнивается к понятию официально назначенного руководителя. Отдельного регулирования непосредственно для номинального руководителя не предусматривается. Презюмируется, что номинальный директор, имея возможность осуществлять руководство юридическим лицом, должен был это делать, следовательно, несет ответственность за последствия. Фактически такое понимание схоже со сложившимся в российском праве определением «номинального» руководителя как контролирующего должника лица при банкротстве и предусмотренной для него субсидиарной ответственностью.

В законодательстве Великобритании отсутствует ответственность, предусмотренная исключительно для номинального руководителя. Номинальный руководитель несет ответственность за свои действия в отношении юридического лица в том же объеме, что и директор, действующий самостоятельно, не имеет существенного значения, были ли противоправные действия совершены им по своему усмотрению или по указанию иного лица. В Российской Федерации, по общему правилу, номинальный руководитель также несет всю ответственность, предусмотренную для реального руководителя.

В Великобритании в отличие от Российской Федерации понятие «номинальный» руководитель не имеет обязательно негативного значения. Тот факт, что руководство деятельностью организации осуществляется лицом, официально зарегистрированным в качестве директора, в соответствии с требованиями и указаниями третьего лица, не влечет серьезных юридических последствий для обоих до того момента, пока в их деятельности не будет установлен факт нарушения норм права.

Наличие номинального руководителя в управлении компании может рассматриваться как косвенное доказательство фиктивности

сти компании. В данном случае наблюдается сходство как с правовой системой Российской Федерации, так и с европейской практикой, где закреплено понятие фактического экономического содержания компании.

В судебных прецедентах также сформулированы определения понятий директор *de jure* и директор *de facto*. Первый из них – лицо, наделенное своими полномочиями в соответствии с требованиями закона и осуществляющее фактическое управление компанией, а второй – лицо, официально не являющееся руководителем, в определенный период времени осуществляло функции, которые мог исполнять директор или другой субъект, входящий в высший орган управления компании.

Резюмируя все вышеизложенное, можно сделать следующие выводы. В настоящий момент в российском законодательстве только начинают формироваться понятия «номинального» и «фактического» руководителей. Введение понятия номинального руководителя в законодательство о банкротстве без предварительного раскрытия его содержания в общих законах вызывает сложности в определении объема данного понятия в сравнении с такими, как единоличный исполнительный орган и фактический директор. Понятие «номинальный» руководитель используется в двух случаях: в налоговых правоотношениях и в законодательстве о несостоятельности. В налоговых спорах понятие «номинальный» руководитель используется как один из признаков фиктивности юридического лица и понимается очень узко. Таким образом, в случае закрепления такого понятия в законе необходимо использовать то значение, которое имеет этот термин в делах о банкротстве.

Введение понятия «номинальный» руководитель в законодательство о банкротстве напрямую связано с необходимостью установления фактического руководителя компании и увеличения за счет этого конкурсной массы должника. Иными словами, это продиктовано в большей степени причинами, связанными с необходимостью поиска теневого бенефициара, установлением возможных «схем» вывода имущества организации и уклонением ее от уплаты налогов и иных обязательных платежей. Разделение

понятий «руководитель» и «номинальный» руководитель было проведено для того, чтобы предусмотреть для последнего возможность уменьшения ответственности за счет предоставления информации о деятельности юридического лица.

В настоящий момент конкретизировать определение понятия «номинальный» руководитель возможно в ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве), так как там легче всего показать, в каком объеме соотносятся понятия «руководитель» и «номинальный» руководитель. По нашему мнению, в настоящий момент отсутствует существенная необходимость в закреплении понятия «номинальный» руководитель в законах о юридических лицах, поскольку с точки зрения закона номинальный руководитель ничем не отличается в полномочиях от реального руководителя организации. Следовательно, отсутствует необходимость выявления «номинальности» руководителя. Основной задачей определения номинального руководителя является не привлечение его к ответственности, а выявление теневого собственника. Это важно – как в делах о банкротстве, так и в налоговых правоотношениях, так как в дальнейшем можно говорить о необходимости закрепления перечня критериев, по которым будет определяться номи-

нальность руководителя. Однако такой перечень должен быть открытым.

Понятие «номинальный» руководитель на настоящий момент применимо только к единоличному исполнительному органу компании. Вместе с тем возникает вопрос: может ли коллегиальный исполнительный орган быть номинальным? На наш взгляд, теоретически такое возможно, однако на практике не применимо. Следовательно, вводить такое дополнение в законодательство не целесообразно.

Ответственность номинального руководителя за деятельность юридического лица не должна каким-либо существенным образом отличаться от ответственности, которую за такие же действия несет реальный руководитель. Однако должна быть дополнительно предусмотрена ответственность для фактического руководителя, если он давал указания номинальному руководителю для совершения каких-либо противоправных действий. В том числе можно говорить о том, что потенциал формирования понятия «номинальный» руководитель в российском законодательстве достаточно высок. Это связано с тем, что определение данного понятия важно для оценивания фактического экономического содержания компании и признания ее фиктивной.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Собрание законодательства РФ. - 29.01.1996. - № 5.
2. Постановление Правительства РФ от 29.05.2004 N 257 (ред. от 21.07.2017) «Об обеспечении интересов Российской Федерации как кредитора в деле о банкротстве и в процедурах, применяемых в деле о банкротстве».
3. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».
4. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».
5. Постановление ФАС Уральского округа от 18.03.2013 N Ф09-510/13 по делу N А60-22079/2012, Определение ВС РФ от 30.07.2018 №305-КГ18-10187 по делу №А40 – 154702/2017.
6. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 27.12.2018).
7. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting // OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

8. Beneficial Ownership Secure Search System // Beneficial Ownership Secure Search System, Act, 2017, Virgin Islands.
9. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC.
10. Economic substance (Companies and Limited partnerships), Virgin Islands // Economic Substance (Companies and Limited Partnerships) Act, 2018, Virgin Islands.

THE POTENTIAL OF «NOMINEE HOLDER» CONCEPT FORMATION IN RUSSIAN CORPORATE LEGISLATION

©2019 Aleksandra V. Glushonok, Maria E. Konishcheva

Saint Petersburg State University
St. Petersburg, Russia

Nowadays, the worldwide tendency is directed to the revealing of the final beneficiary of companies. These actions are aimed at resolving several tasks. However, they are mainly considered by European society as ways of tax avoidance through the creation of fictitious entities in low tax jurisdictions. Europarlament had evaluated the criteria of the company management by a leader as one of the deterministic principles of evaluation of a company's economic activity. In this article, authors assess the potential of the consolidation of the concept 'nominal' leader in the legislation of the Russian federation. Moreover, the status of the regulatory base and arbitrage practice related to this issue. There is an absence of the unique normative fixing of the word 'nominal' leader. The volume of this notion varies in different spheres of its implementation (it has an important role in areas of tax and bankrupt regulations).

Keywords: nominee shareholder, director, beneficial owner, bankruptcy, subsidiary liability.