

Журнал «Закон», №1, Январь, 2019 г.

И. С. Шиткина, профессор кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, управляющий партнер юридической компании «Шиткина и партнеры».

О.В. Буткова, аспирант кафедры предпринимательского права Юридического МГУ имени М.В. Ломоносова,

Риск привлечения к ответственности директора и предпринимательская инициатива: поиск оптимального баланса

Director liability risk and business initiative: searching for balance

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся привлечения к имущественной ответственности директора за убытки через призму предпринимательских и управленческих рисков, неразрывно связанных с деятельностью директора. Авторы выявляют проблемы, с которыми сталкивается правоприменительная практика, бизнес-сообщество при применении правовых средств, направленных на устранение или ограничение имущественной ответственности директора. Предлагают ряд правовых мер, которые могут быть реализованы для развития предпринимательской инициативы и в целях защиты директора компании от привлечения к имущественной ответственности, когда его действия не направлены на причинение ущерба компании.

Ключевые слова: предпринимательский риск, имущественная ответственность, обязанность действовать добросовестно и разумно, обязанность действовать в интересах юридического лица, соглашение об устранении или ограничении ответственности директора, солидарная ответственность

ABSTRACT

The article deals with issues related to the director's liability for losses through the prism of entrepreneurial and managerial risks, which are inseparably connected with the director's activities. The authors identify the problems faced by court practice, the business community in the application of legal means aimed at eliminating or limiting the property liability of a director. They propose a number of legal measures that can be implemented in order to develop business initiative and to protect the company's director from being held liable when his actions are not aimed at causing damage to the company.

Keywords: entrepreneurial risk, asset liability, good faith, duty of care, duty of loyalty, agreement on the elimination or limitation of the director's responsibility, solidary liability

В последнее время отмечается увеличение количества корпоративных споров, в рамках которых рассматриваются вопросы о привлечении к

имущественной ответственности директоров¹, при этом наблюдается рост количества удовлетворенных исковых требований².

Как правило, убытки причиняются компаниям в результате совершения невыгодных сделок. Анализ норм законодательства и правовых позиций высших судебных инстанций позволяет сделать вывод о прокредиторском регулировании института недействительности сделок с участием юридических лиц, целью которого является обеспечение стабильности имущественного оборота путем преимущественного сохранения сделок в силе. Учитывая это, заинтересованные лица пытаются компенсировать неблагоприятные имущественные последствия за счет взыскания убытков с директора, совершившего убыточную сделку. Такой подход в своих решениях фиксируют и сами суды. Так, отказывая истцу в удовлетворении требований о признании сделки недействительной, суд отметил: «Кроме того, суды разъяснили компании, что если компания полагает, что действиями Югана А.М. ей причинены убытки, то она не лишена права обратиться в суд с самостоятельным иском к Югану А.М. о возмещении убытков на основании статьи 53.1 ГК РФ»³.

Согласно абз. 2 п.1 ст. 53.1 Гражданского кодекса (ГК) РФ директор несет ответственность, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей он действовал недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

¹ Под директором в этой статье мы понимаем лиц, выполняющих полномочия единоличного исполнительного органа

² По данным судебной статистики по делам о взыскании убытков в рамках корпоративных споров за 2-е полугодие 2016 года рассмотрено 315 дел, из них удовлетворено 30,2%; за 1-е полугодие 2017 года – 324 дел, из них удовлетворено 42%; за 2-е полугодие 2017 года – 434 дел, из них удовлетворено 43,3% за 1-е полугодие 2018 года – 491 дел, из них удовлетворено 47,3% (<http://cdep.ru>).

³ Определение Верховного суда РФ от 15 октября 2018 г. N 304-ЭС18-18198 по делу А45-15874/2017. См. также постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10 апреля 2018 г. N 09АП-7256/2018-ГК по делу А40-153783/17-57-1087

Как указано в абз. 2 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" (далее – Постановление Пленума ВАС РФ №62), поскольку судебный контроль призван обеспечивать защиту прав юридических лиц и их учредителей (участников), а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых директорами, то *директор не может быть привлечен к ответственности за причиненные юридическому лицу убытки в случаях, когда его действия (бездействие), повлекшие убытки, не выходили за пределы обычного делового (предпринимательского) риска.*

В соответствии с п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее – постановление Пленума ВС РФ №25), применяя положения статьи 53.1 ГК РФ об ответственности лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица, следует принимать во внимание, что *негативные последствия, наступившие для юридического лица в период времени, когда в состав органов юридического лица входило названное лицо, сами по себе не свидетельствуют о недобросовестности и (или) неразумности его действий (бездействия), так как возможность возникновения таких последствий связана с риском предпринимательской и (или) иной экономической деятельности.*

Действительно, предпринимательская деятельность, как это определено в п. 1 ст.2 ГК РФ - это деятельность, связанная с риском. В доктрине предпринимательский риск определяется как деятельность предпринимателя на рынке в ситуации неопределенности относительно вероятного получения прибыли или убытков, когда принимающий решение, не будучи в состоянии однозначно предвидеть, добьется он прибыли или понесет убытки,

оказывается перед выбором одного из альтернативных вариантов решения⁴. Так, в момент принятия решений у директора не всегда имеется возможность детального расчета, не допускающего вероятных отклонений. *К тому же на момент оценки ранее принятых решений судом меняются не только обстоятельства их принятия, но и подход к их оценке. Ответственность всегда ретроспективна, а русская поговорка на этот счет весьма красноречива: задним умом все крепки.*

Высшие судебные инстанции в той или иной интерпретации неоднократно выражали следующую правовую позицию: суды не должны вмешиваться в оценку эффективности предпринимательской деятельности.

В частности, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 24.02.2004г. № 3-П установлено, что «судебный контроль призван обеспечивать защиту прав и свобод акционеров, а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых советом директоров и общим собранием акционеров, которые обладают самостоятельностью и широкой дискрецией при принятии решений в сфере бизнеса».

В Определении от 16.12.2008г. № 1072-О-О в развитие приведенного положения Конституционный Суд РФ указал, что «судебный контроль не призван проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых субъектами предпринимательской деятельности, которые в сфере бизнеса обладают самостоятельностью и широкой дискрецией, поскольку в силу рискованного характера такой деятельности существуют объективные пределы в возможностях судов выявлять наличие в ней деловых просчетов».

Тот факт, что экономическая целесообразность решения, принятого директором, не может являться предметом судебного

⁴ Предпринимательское право. Учебник. Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. Норма. Инфра-М. Москва. 2017. С.30. Глава 1. Авторы главы Е.П. Губин, П.Г. Лахно.

контроля, свидетельствует о том, что в российском корпоративном праве, по сути, применяется аналог так называемого правила делового решения (business judgment rule)⁵.

В соответствии с указанным правилом устанавливается презумпция того, что при принятии деловых решений директора корпорации действуют на основе имеющейся информации, добросовестно и честно полагая, что соответствующие действия предпринимаются исключительно в интересах компании. Так, становится невозможным привлечь директора к ответственности за возникновение негативных последствий только из-за того, что принятое бизнес-решение оказалось неудачным. Тем самым «правило делового решения» призвано способствовать проявлению директором предпринимательской инициативы, высокой степени активности в рамках обычного предпринимательского риска.

Анализ российской правоприменительной практики показывает, что суды в большинстве случаев оценивают действия директора как совершенные в пределах обычного делового (предпринимательского) риска, исходя из того, были ли такие действия добросовестными и разумными.

Например, АС Восточно-Сибирского округа, ссылаясь на то, что директор не может быть привлечен к имущественной ответственности в случаях, когда его действия, повлекшие убытки, не выходили за пределы обычного делового (предпринимательского) риска (абз. 2 п.1 Постановления ВАС №62) указал, что суды пришли к правильному выводу о недоказанности

⁵ Раскрывая это понятие, А.Г. Карапетов отмечает: «в ответ на искажение ретроспективного взгляда применительно к искам о привлечении директоров к ответственности за неразумное управление компанией в корпоративном праве ряда стран имплементируется так называемое правило делового решения (business judgment rule), согласно которому суду запрещается ретроспективно оценивать экономическую оправданность принимаемых директором решений, если доказано, что решение принималось на основе оценки релевантной информации и директор не действовал в условиях конфликта интересов» (см.: Карапетов А.Г. Экономический анализ права. Статут. М. 2016. С.94)

факта причинения обществу убытков неразумными либо недобросовестными действиями директора при заключении договора переуступки прав⁶.

Как подчеркивает А.А. Кузнецов, "выход за пределы обычного делового (предпринимательского) риска" не есть какое-то дополнительное обстоятельство, подлежащее доказыванию при привлечении к ответственности директора, а представляет собой синоним для обозначения недобросовестных и (или) неразумных действий (бездействия) директора»⁷.

Риск убытков – неотъемлемая часть предпринимательской деятельности, поэтому в случае их возникновения не обязательно искать виновное лицо, на которое возможно возложить эти убытки.

Риск можно охарактеризовать как правомерное поведение, ведущее к наступлению опасности (как потенциальной, так и реальной), в целях получения прибыли, достижения любого другого предпринимательского результата, недостижимого при обычном нерискованном поведении, использовании обычных нерискованных средств. Как правило, чем выше степень предпринимательского риска, тем больше шанс получения высоких прибылей⁸.

Следует подчеркнуть, что для привлечения к имущественной ответственности директора необходимо доказать наличие всего состава правонарушения: противоправного поведения, убытков, причинно-следственной связи между действиями (бездействием) директора и вины. Помимо риска, связанного с принятием решений, непосредственно касающихся предпринимательской деятельности общества, директор подвержен и другим рискам, сопровождающим его управленческую

⁶ Постановление Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа от 25.01.2016 N Ф02-7669/2015 по делу N А33-5170/2014. См. также Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 04.04.2018 N Ф03-917/2018 по делу N А04-5473/2010,

⁷ Кузнецов А.А. Комментарий к Постановлению Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 N 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" // Вестник ВАС РФ. 2013. N 10. С. 42 - 64.

⁸ Предпринимательское право. Учебник. Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. Норма. Инфра-М. Москва. 2017. С.28. Глава 1. Авторы главы Е.П. Губин, П.Г. Лахно.

деятельность. К таковым можно отнести необходимость для директора соблюдать баланс между интересами юридического лица и интересами участников, которые могут не всегда совпадать с интересами созданной ими организации.

1. Риск принятия на себя директором неблагоприятных последствий, вызванных решением, которое было согласовано участниками юридического лица

На практике встречаются примеры, когда в обществах с небольшим количеством участников, изначально связанных между собой доверительными отношениями, возникает конфликтная ситуация, вследствие которой участники пытаются компенсировать убытки за счет директора, притом, что реализованные им управленческие решения, согласовывались участниками или как минимум были обусловлены заданной всеми ними общей стратегией. К сожалению, возникновение в таких обществах корпоративного конфликта не является редкостью – как результат, при ведении дел директор не застрахован от того, что в случае неудачи другие участники могут попытаться компенсировать убытки за его счет.

При условии наличия всех необходимых элементов для возложения на директора имущественной ответственности (состава правонарушения) он может быть привлечен к такой ответственности даже если решение было одобрено участниками. Согласно п. 7 Постановления ВАС РФ №62 не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что действие директора, повлекшее для юридического лица негативные последствия, в том числе совершение сделки, было одобрено решением коллегиальных органов юридического лица, а равно его учредителей (участников), либо директор действовал во исполнение указаний таких лиц, поскольку директор несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ).

Действительно, директор, являясь волеизъявляющим органом, в итоге определяет, реализовывать ли принятое коллегиально решение или нет, в связи с чем несет самостоятельную ответственность. Тем не менее иногда суды, учитывая конкретные обстоятельства дела, и, не желая потворствовать недобросовестному поведению отдельных участников общества, отказывают в удовлетворении исковых требований о привлечении к имущественной ответственности директора. Так, в одном из дел, приняв во внимание обстоятельства дела, которые, как указал суд, «однозначно свидетельствуют об осведомленности (протоколы общих собраний об одобрении сделок, принятие участниками на себя обязательств поручителей по кредитному договору) и согласии всех участников общества в отношении избранной ими экономической модели инвестирования строительства, о созданных дочерних обществах... их финансово-хозяйственной деятельности, а также недоказанность факта умышленного нарушения директором прав общества, указал, что удовлетворение исковых требований о привлечении к имущественной ответственности директора привело бы к неправомерному возложению на ответчика обязанности возместить обществу, директором которого он являлся, убытков, как считает истец, причиненных в результате заключения ряда сделок, которые изначально были согласованы с другими участниками общества; *риски предпринимательской деятельности в указанном случае не могут быть возложены только на одного участника общества, являющегося одновременно и директором*»⁹ (выделено нами - И.Ш. и О.Б.).

Отметим, что подобные решения суда встречаются в правоприменительной практике нечасто, поэтому директору не стоит рассчитывать на то, что суд в любом деле непременно применит к участникам запрет на недобросовестное осуществление гражданских прав (ст. 10 ГК РФ) или воспользуется правилом эстоппель (запрет на

⁹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13.06.2017 N Ф09-2173/17 по делу N А60-19440/2015

противоречивые действия). Кроме участников, с иском о взыскании с директора убытков могут обратиться и члены коллегиального органа управления (совета директоров), имеющие собственную позицию о складывающемся в обществе конфликте.

Действительно, в лучшем для директора случае при определенных условиях участники или члены совета директоров могут лишь разделить с ним ответственность за причиненные обществу убытки.

Так, участники могут быть привлечены к ответственности, когда в силу закона или учредительного документа могут выступать от имени юридического лица, а так же при наличии фактического контроля (ст. 53.1 ГК РФ). Члены совета директоров могут быть привлечены к солидарной ответственности с директором, если они одобрили вменяемую ему в ответственность сделку или воздержались от голосования за такую сделку (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62). *Солидарную ответственность директора и участников или членов совета директоров можно рассматривать как механизм распределения рисков, однако на практике применить ее значительно труднее, нежели привлечь к ответственности директора.*

Возможность истца при солидарной ответственности для истца выбрать по своему усмотрению лицо, к которому предъявляется требование, может неблагоприятно отразиться на директоре и повысить его риски быть привлеченным к ответственности.

Например, в деле ООО «РН-Аэро» «судебная коллегия приняла во внимание ссылку фактически контролирующего лица на то, что убытки следовало также взыскивать и с остальных лиц, причастных к согласованию и подписанию указанного договора, однако указала, что в данном случае [это] не может являться основанием для отмены оспариваемого судебного акта и освобождения ответчиков от ответственности, поскольку ответственность за убытки является персонифицированной и в силу ст. 1064 и 1080 ГК РФ

наличие вины других лиц не влечет снятие вины с ответчиков непосредственно»¹⁰

Конечно, с правовой точки зрения возможности выбора ответчика при солидарной ответственности можно противопоставить то, что действующее законодательство предусматривает общее правило: если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками, должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам (п. 1 ст. 325 ГК РФ).

Однако представляется, что директор, возместивший совместно причиненный вред, по факту может столкнуться с проблемой более сложного доказывания того, что ответчик по иску о регрессном требовании является таким же причинителем вреда как и возместившее вред лицо (ответчик по иску в пользу общества) в сравнении с тем, если бы это лицо (к которому предъявляется иск в порядке регресса) было привлечено в качестве соответчика изначально по иску в пользу общества. Даже в случае удовлетворения регрессных требований ответчик может по разным причинам не исполнить судебный акт в пользу лица, возместившего вред в полном объеме. Таким образом, "выбранное" в качестве ответчика по иску в пользу общества лицо (чаще всего директор общества) оказывается в невыгодном, неравноценном положении по сравнению с другими солидарными должниками.

Следовательно, директор должен самостоятельно взвешивать принимаемое им решение, и, если он испытывает определенное давление со стороны участников общества или членов совета директоров, диктующих ему тот или иной вариант поведения, он должен осознавать, что с большой долей вероятности в результате ему придется

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 февраля 2018 г. по делу N А40-13997/17. А, например, в деле Московской венчурной компании из всего состава совета директоров (пять членов) к имущественной ответственности за не исполнение директивы на голосование в части установления должностного оклада генеральному директору были привлечены только три члена совета директоров, по выбору Мосимущества, выступающего в качестве истца (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14 сентября 2015 г. по делу N А40-93262/12-62-870).

самостоятельно нести ответственность за принятое решение. В любом случае он не будет освобожден от ответственности за убытки, причиненные обществу, если участники на общем собрании или члены совета директоров согласовали такое решение, только по этому основанию.

2. Риск для директора быть привлеченным к ответственности за убытки после смены состава участников юридического лица

Еще одним следствием ситуации, когда директор по разным причинам следовал при принятии им решений интересам отдельного участника/участников общества, пренебрегая интересами самого общества, может быть привлечение его к имущественной ответственности после смены состава участников общества, а также после сложения им полномочий, по иску нового участника, члена совета директоров или нового директора (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ №62).

Директору следует всегда иметь в виду, что он не может быть признан действовавшим в интересах юридического лица, если он действовал в интересах одного или нескольких его участников, но в ущерб юридическому лицу (п.2 Постановления Пленума ВАС РФ №62). В действительности директор часто придерживается интересов участников общества, а иногда и прямо следует им при принятии решений. Само по себе это вполне логично и объяснимо – трудно представить ситуацию, при которой директор руководствуется только своим видением вопросов деятельности общества, игнорируя интересы участников, которые его избрали в качестве единоличного исполнительного органа. Тем не менее директор должен учитывать, что такое следование интересам участников или участника не должно быть в ущерб самому обществу или противоправным.

3. Риски директора, связанные с необходимостью действовать в интересах юридического лица и соблюдением интересов участников при принятии предпринимательских решений

Директор может стать заложником наличия в обществе корпоративного конфликта или столкнуться с безинициативностью участников, которые не стремятся проявлять интереса к управлению обществом. Результатом этого может стать невозможность одобрения важных для деятельности общества решений. Представим ситуацию, что перед директором компании, имеющей непрерывную технологию производства, встала задача оперативного финансирования и по указанным выше причинам принять соответствующее решение компетентным органом не удастся. При этом отсутствие такого финансирования с большой долей вероятности приведет общество как минимум к убыткам, а как максимум - к банкротству. Что делать директору, который обязан действовать в интересах общества? С одной стороны, у него связаны руки - если вопрос согласования финансирования отнесен к полномочиям общего собрания он некомпетентен принимать такое решение под страхом нарушения обязанности добросовестного поведения (совершил сделку без одобрения). С другой стороны, его вынужденное бездействие может привести к существенным убыткам, однако в этом случае директора привлечь к ответственности будет сложнее. Если директор решит проигнорировать необходимость одобрения и совершить сделку на благо компании может ли такое управленческое решение быть защищено тем обстоятельством, что директор действовал в рамках предпринимательского риска?

Как уже было указано выше, действия в рамках предпринимательского риска – это действия правомерные, добросовестные. Нарушение директором положений закона, предписывающих в определенных случаях одобрение сделок общим собранием участников формально будет соответствовать недобросовестному поведению (подп.3 п.2 Постановления Пленума ВАС РФ №62). Исходя из этого получается, что мы не можем расценить такое решение директора как принятое в пределах предпринимательского риска. Но ведь в приведенной ситуации мы знаем, что директор действует в интересах юридического лица и в отсутствие конфликта интересов, а одобрение должно

производиться участниками общества, действия которых не всегда могут быть в интересах общества. Получается, что действия директора в интересах общества на практике могут формально подпадать под недобросовестные.

Вернемся к вопросу: как быть в таком случае директору? Если директор, поставив во главу угла интерес общества, решит в данном случае пренебречь одобрением сделки общим собранием участников, то он может быть освобожден от имущественной ответственности, если в результате совершения сделки у общества не возникнут убытки. Но если убытки возникнут, то директору необходимо будет доказать, что в его действиях не было вины, а, учитывая, что он осознанно совершил сделку в отсутствие одобрения, сделать это ему будет весьма непросто. Представляется, что так же непросто будет доказать, что он действовал в интересах юридического лица. Подобных ситуаций на практике немало. Получается, что директору необходимо выбирать, что называется, меньшее из двух зол, причем, учитывая риски для компании, он как разумный субъект не может не учитывать риски, связанные с привлечением к имущественной ответственности самого себя. Выбор скорее всего будет сделан в пользу осторожного поведения, ограждающего директора от персональной ответственности.

В одном из дел суд указал, что наличие в обществе корпоративного конфликта, в результате чего отсутствует реальная возможность осуществлять нормальную хозяйственную деятельность, получать прибыль и, как следствие, погашать образовавшиеся долги может являться обстоятельством, исключающим привлечение директора к имущественной ответственности¹¹, однако такие решения встречаются нечасто.

4.Риски директора, связанные с необходимостью выполнения юридическим лицом публично-правовых обязанностей

¹¹ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.04.2015 N Ф01-970/2015 по делу N А43-15891/2013

Как определено в п.4 Постановления Пленума ВАС РФ г. № 62, добросовестность и разумность при исполнении возложенных на директора обязанностей заключаются в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на юридическое лицо действующим законодательством. В связи с этим в случае привлечения юридического лица к публично-правовой ответственности (налоговой, административной и т.п.) по причине недобросовестного и (или) неразумного поведения директора, ***виновно не обеспечившего исполнение юридическим лицом соответствующей обязанности***, понесенные в результате этого убытки юридического лица могут быть взысканы с директора.

В рамках данной статьи мы не будем подробно останавливаться на проблемных вопросах, связанных с привлечением директора к имущественной ответственности за ненадлежащую организацию бухгалтерского и налогового учета в компании, за контроль действий соответствующих работников и т.п.¹².

Заострим внимание лишь на одном вопросе, касающемся исполнения юридическим лицом публично-правовых обязанностей. Это вопрос конфликта обязанностей и возможностей директора, конфликта публично-правовых требований и позиции участников.

С одной стороны, все вроде бы все понятно: закон требует от общества исполнять те или иные публично-правовые обязанности и директор должен вовремя это осуществлять, не подвергая компанию возможному наложению административных штрафов. С другой стороны, в реальности имеют место ситуации, когда директору приходится принимать, в сущности, рисковое решение, взвешивая за и против. К примеру, обществу в целях соблюдения законодательства о защите окружающей среды, санитарно-эпидемиологических правил необходимо провести определенные

¹² При рассмотрении вопроса о привлечении директора к имущественной ответственности и по этому основанию необходимо доказать весь состав правонарушения, включая вину директора, одного только факта привлечения юридического лица к административной, налоговой ответственности недостаточно.

мероприятия, которые могут быть весьма финансово затратными, в противном случае оно будет привлечено к административной ответственности. К тому же, зачастую участникам не интересно поддерживать такие затратные мероприятия, в связи с чем, они могут уклоняться от принятия соответствующего решения.

В одном из дел суд указал, что коммерческая организация создается в целях получения прибыли, а значит, несет риск, связанный с осуществлением коммерческой деятельности, и не может ссылаться на отсутствие средств для осуществления такой деятельности. Отсутствие необходимых для выполнения публично-правовых обязанностей денежных средств не является обстоятельством, исключающим вину, так как действующее законодательство не ставит исполнение публично-правовых обязанностей в зависимость от наличия денежных средств на эти цели¹³. Перед директором опять дилемма: если он не исполнит публично-правовые обязанности, то общество будет привлечено к административной ответственности, а затем убытки с большой долей вероятности будут взысканы с директора. Если же директор возьмет на себя риск и выполнит мероприятия в рамках исполнения публично-правовых обязанностей в отсутствие одобрения участников, то его действия формально подпадут под критерии недобросовестных. Этот пример несколько переключается с предыдущим: разница лишь в том, что в данной ситуации у директора отсутствует в чистом виде выбор, который обычно имеется при принятии бизнес-решения. Представляется, что в рассматриваемой ситуации надлежащее выполнение директором публично-правовых обязанностей должно освобождать его от имущественной ответственности.

Подводя итоги анализа сложившейся практики, заметим, что **наличия одного лишь правила о том, что директор не несет ответственности, если его действия соответствовали обычному предпринимательскому риску,**

¹³ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 октября 2015 г. N 15АП-14629/2015 по делу N А53-27189/2012

недостаточно для того, чтобы директор как управленец был активен и стремился развивать компанию, не боясь быть привлеченным к ответственности за свои решения.

Проблема здесь заключается не столько в возможности привлечения директора к имущественной ответственности за его деятельность – профессия управленца статусна и высокооплачиваема - за что и предполагается повышенная в сравнении, например, с другими работниками, ответственность, - сколько в отсутствии четкой правовой определенности относительно того, какие действия (бездействие) могут повлечь за собой привлечение директора к ответственности за убытки. Неясность критериев действий в рамках обычного предпринимательского риска также не способствует управленческой активности. И хотя принятое Пленумом ВАС РФ Постановление №62 существенно облегчило понимание принципов, которым должен следовать директор при выполнении своих обязанностей, но в правоприменительной практике по-прежнему не решены многие проблемы, в частности, разграничения принципов разумности и добросовестности, понимания критериев обычного предпринимательского риска. Между тем эти обстоятельства крайне важны для развития предпринимательства, в котором непосредственное участие принимают директора компаний.

5. Меры, которые могут быть реализованы в целях защиты директора юридического лица от привлечения к имущественной ответственности, когда его действия не направлены на причинение ущерба компании

1) Пунктом 5 ст. 53.1 ГК РФ предусмотрена возможность заключения *соглашения об устранении или ограничении ответственности директоров непубличных обществ, за исключением ответственности за совершение ими недобросовестных действий.* Этот механизм мог бы стать хорошей защитой для добросовестного директора, однако пока он не используется активно. Одна из причин здесь в том, что в деловой и судебной практике при разрешении споров о привлечении директоров к ответственности зачастую не

делается различий между недобросовестным и неразумным поведением директора. Более того, иногда суды, не просто не проводят, но и не стремятся проводить такие разграничения, как правило, устанавливая, что поведение директора было и недобросовестным, и неразумным¹⁴. Тем самым предоставленная законом возможность ограничения ответственности директоров непубличных обществ нивелируется, поскольку в ситуации, когда действия директора соответствовали только критерию неразумности, а суд, не вдаваясь в подробное обоснование, заключает, что они были как неразумными, так и недобросовестными, возможность применения условий соглашения об ограничении или освобождении от ответственности директора, утрачивается. Ведь в силу положений п.5 ст. 53.1 ГК РФ соглашение об устранении или ограничении ответственности директора за совершение недобросовестных действий ничтожно.

Д.И. Степанов и Ю.М. Михальчук высказали предположение, что в делах, где суды одновременно констатировали нарушение обязанностей добросовестности и разумности, скорее всего, при отсутствии доказательств недобросовестности, суду все же что-то подсказывало, что в рассматриваемом споре поведение директора было не только неразумным, но и недобросовестным (подозрение в конфликте интересов). Также, комментируя ряд судебных решений, авторы пишут: «Однако зачастую доказать связь фирмы-однодневки с директором нельзя, да и не всегда она имеется (директор реально мог заблуждаться), поэтому суды фактически задействуют оба аргумента: если нет оснований для ответственности по одному варианту, то будет хотя бы по второму, а какой именно из двух является надлежащим правовым основанием ответственности, уже не так важно; в любом случае

¹⁴ См., например, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 13.08.2018 N Ф01-3014/2018 по делу N А82-15673/2016, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 13.06.2018 N Ф10-1943/2017 по делу N А08-2525/2016, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22.11.2018 N Ф05-986/2016 по делу N А40-171516/14.

директор нарушил некий конвенциональный стандарт поведения, который вменен для среднестатистического директора»¹⁵.

Представляется, что в ситуации, когда отсутствуют допустимые доказательства недобросовестного поведения директора, суд не должен констатировать, что поведение директора было недобросовестным.

В подобных ситуациях следование принципу, в соответствии с которым при отсутствии явных доказательств недобросовестности директора суд не может признавать действия такого директора недобросовестными, в большей мере будет отвечать принципу правовой определенности. Последствия своих действий (бездействия) должны быть предсказуемы для директоров, что позволит использовать на практике правовые инструменты, предоставленные законодательством и, как следствие, будет способствовать предпринимательской инициативе.

2) Страхование ответственности директоров является одним из способов минимизации убытков и для директора, и для компании, который хорошо зарекомендовал себя в зарубежных правовых порядках. Отметим, что одним из направлений совершенствования корпоративного законодательства, рассматриваемых Рабочей группой по совершенствованию корпоративного законодательства Экспертного совета по корпоративному управлению при Минэкономразвития России¹⁶, является *усовершенствование института страхования ответственности членов органов управления.*

Действительно, в России страхование ответственности членов органов управления нельзя признать распространенной практикой, в том числе по причине законодательной неопределенности. На данный момент такой договор может, во-первых, квалифицироваться как договор страхования

¹⁵ Д.И. Степанов и Ю.М. Михальчук. Ответственность директора перед корпорацией за причиненные ей убытки в судебной практике. Вестник экономического правосудия. Приложение №4 за 2018. С.58-59

¹⁶ П. 6 Протокола Рабочей группы по совершенствованию корпоративного законодательства Экспертного совета по корпоративному управлению при Минэкономразвития России от 8 октября 2018 года № 16-Д22

гражданско-правовой ответственности (ст. 932 ГК РФ) и, соответственно, на этом основании быть признан ничтожным (в связи с тем, что такой вид страхования прямо законом не предусмотрен, как того требует соответствующая статья). Во-вторых, в силу п. 2 ст. 932 ГК РФ по договору страхования риска ответственности за нарушение договора может быть застрахован только риск ответственности самого страхователя. Вместе с тем на практике страхователем чаще всего выступает само общество, поскольку страховать свою ответственность многие директора и члены советов директоров российских компаний пока не готовы. По указанным причинам одной из позитивных, с нашей точки зрения, инициатив, является предложение предусмотреть в законодательстве положения о страховании ответственности членов совета директоров и лиц, занимающих должность единоличного исполнительного органа общества, а также синхронизировать в этих целях корпоративное и налоговое законодательство, чтобы позволить компаниям относить расходы на страхование к экономически оправданным затратам.

Мы поддерживаем идею страхования ответственности директоров, полагая, что это будет хорошим условием для развития предпринимательства.

Мы не можем быть солидарными с позицией, что применение института страхования снизит негативный мотивирующий эффект института ответственности – застрахованный директор якобы не будет думать о рисках собственному благополучию и тем самым станет менее внимательным к принимаемым решениям. Заметим, что речь ведь не идет о страховании виновных противоправных действий директора, а правомерная предпринимательская деятельность априори не свободна от рисков и эти вот риски могут быть нивелированы страхованием ответственности директоров.

Действительно, страхованием должны покрываться действия (бездействие) директора, не связанные с умышленной виной (не направленные на

причинение вреда компании), а также расходы на юридическую поддержку при привлечении директора к ответственности.

3) Законодательство и правоприменительная практика проявляют осторожность при регулировании и разрешении вопросов ответственности директоров, имея в виду, в основном необходимость защиты интересов общества и участников. Тем не менее реальность такова, что во многих случаях хозяйственному обществу в лице его участников нужен не администратор, который будет пассивно держать компанию на плаву, педантично соблюдая все требования законодательства, а именно грамотный управленец, умеющий принимать рискованные решения, с целью развивать компанию. Участники зачастую готовы дать директору значительную свободу для того, чтобы иметь возможность развить свой бизнес, выйти на новый уровень, осуществить инновационный проект либо, наоборот, вывести компанию из кризисной ситуации. Владельцы бизнеса готовы в этом случае идти на риски вместе с таким директором, но, как мы видим, у них нет для этих целей пригодных правовых средств.

Представляется, что одним из таких правовых средств могло бы стать закрепление в уставе, по крайней мере непубличного общества, положения о том, что общество вправе возмещать директору сумму ущерба, понесенного в связи с выполнением им своих полномочий единоличного исполнительного органа в результате предъявления к нему требований имущественного характера в случае, если действия директора заведомо не были направлены на причинения вреда хозяйственному обществу.

4) В качестве правового средства ограничения или устранения имущественной ответственности директора за убытки в законе может быть урегулирована возможность предусмотреть в уставе непубличного общества положения, в соответствии с которыми в течении определенного срока,

например, в пяти лет¹⁷, к директору не могут быть предъявлены иски о привлечении его к имущественной ответственности. При этом, с целью защиты от недобросовестных действий директора в уставе так же может быть установлено, что указанные ограничения не распространяются на определенные случаи, к примеру заведомо виновного поведения директора, обусловленного наличием конфликта интересов или отчуждения какого-либо значимого для общества имущества (существенных ценных активов общества, объектов интеллектуальной собственности и пр.), то есть, заранее следует очертить, то, что точно запрещено. Такой подход, с одной стороны, позволит компании подстраховаться и в то же время даст директору определенность в его действиях. Предлагаемое положение, как и все диспозитивные возможности, предоставляемые законом непубличным обществам, должно приниматься при учреждении общества или в последующем единогласным решением акционеров (участников).

Принимая во внимание положения п. 5 ст. 53.1 ГК РФ, представляется, что наше предложение предусмотреть уставом общества ограничение или устранение ответственности директора непубличного общества в случае его неразумных действий может быть реализовано уже сейчас и без внесения соответствующих изменений в закон. Действительно, устав как акционерного общества, так и общества с ограниченной ответственностью может содержать положения, не противоречащие федеральным законам, регулирующим деятельность соответствующего хозяйственного общества и иным федеральным законам (ст. 11 Закона об АО, ст. 12 Закона об ООО¹⁸).

При этом для более эффективной реализации рассматриваемого правового инструмента необходимо внести изменения в Законы об АО и об ООО изменения, предусматривающие возможность закрепления в уставе

¹⁷ Срок предлагается установить по аналогии с возможностью предусмотреть в уставе непубличного общества необходимость получения согласия акционеров на отчуждение акций третьим лицам (п. 5 ст. 7 Федерального Закона «Об акционерных обществах»).

¹⁸ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

положений, согласно которым ответственность директора может быть ограничена или устранена на определенный срок.

Возможно, предложенные нами правовые средства кажутся слишком смелыми и аргументом против них станет попустительство тем самым злоупотреблениям директора. Однако необходимо понимать, что бизнес нуждается в гибких правовых средствах, и, как уже было отмечено, участники непубличных обществ в состоянии сами очертить и зафиксировать тот круг недопустимых действий, за который директор не должен выходить. При этом они могут, предоставить директору возможность, не оглядываясь постоянно, принимать более смелые предпринимательские решения, и в результате приобретут больше, чем потеряют.

Представляется, что текущее правовое регулирование и правоприменительная практика не способствует развитию предпринимательства.

Действующий добросовестно директор, не имея ясного представления о том, будет ли он привлечен к имущественной ответственности за действия, не подпадающие четко под тот или иной критерий оценочных понятий, скорее будет склоняться как минимум к пассивности а, как максимум - к злоупотреблениям, поскольку, в последнем случае привлечение его к ответственности за убытки не слишком сильно отразится на его имущественной сфере.

Подводя итоги, отметим, что развитие института ответственности директоров должно соответствовать современным требованиям: противодействуя злоупотреблениям и халатному отношению к делу, оно должно стимулировать экономическое развитие, предпринимательскую инициативу, позволять субъектам ответственности прогнозировать последствия своих действий (бездействия) и мотивировать их к эффективной реализации своих полномочий.

Библиографический список

- 1.Предпринимательское право. Учебник. Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. Норма. Инфра-М. Москва. 2017. Глава 1. Авторы главы Е.П. Губин, П.Г. Лахно.
- 2.Карапетов А.Г. Экономический анализ права. Статут. М. 2016.
3. Кузнецов А.А. Комментарий к Постановлению Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 N 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" // Вестник ВАС РФ. 2013. N 10. С. 42 - 64.
- 4.Д.И. Степанов и Ю.М. Михальчук. Ответственность директора перед корпорацией за причиненные ей убытки в судебной практике// Вестник экономического правосудия. Приложение. 2018. №4 С.58-593-142.

References

- 1.Gubin E.P. Lakhno P.G. Entrepreneurial law. Textbook. [*Predprinimatelskoe Pravo: Uchebnik*]. Moscow. Norma. Infra. 2017. P. 992.
- 2.Karapetov A.G. Economic analysis of law [*Ekonomicheskij Analiz Prava*]. Moscow. [Statut]. 2016/ 528 p
- 3.Kuznetsov A.A. Comments to the Resolution of Plenum of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation of 30 July 2013 No. 62 "On certain issues relating to recovery of damages by persons who enter into composition of bodies of legal entity" [*Kommentariy K Postanovleniyu Plenuma VAS RF Ot 30.07.2013 № 62 O Nekotorykh Voprosakh Vozmeshcheniya Ubytkov Litsami Vkhodyashchimi V Sostav Organov Yuridicheskogo Litsa*] Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation. 2013. N 10. P. 42 - 64.
- 4.Stepanov D.I., Mikhalchuk Yu.S. Liability of a director before a corporation for losses incurred to it in court practice [*Otvetstvennost Direktora Pered Korporatsiey Za Prichinennye Ey Ubytki V Sudebnoy Praktike*] The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. Annex [*Vestnik Ekonomicheskogo Pravosudiya Prilozhenie*]. 2018 №4. P. 3-142.