

Тезисы Карапетова А.Г. к научному круглому столу «Основания ответственности директора юридического лица»

Сразу хочу отметить, что не являюсь специалистом в области корпоративного права, и нижеприведенные тезисы отражают мои *prima facie* политико-правовые и догматические суждения.

Не вдаваясь в детали действующего и предлагаемого в проекте постановления Пленума ВАС режима ответственности директора, сконцентрируюсь на двух общих вопросах.

Первый - это вопрос о том, должен ли директор с точки зрения политики права нести ответственность только за злонамеренное поведение или еще и за бизнес-ошибку.

Второй – это вопрос о том, на каких юридических основаниях может строиться намеченная в деле Кировского завода и зафиксированная в Проекте постановления Пленума ВАС идея о том, что директор презюмируется невиновным.

Вопрос первый – политико-правовой анализ вопроса об основаниях ответственности директора

Применительно к режиму ответственности директоров, как представляется, наиболее важный и принципиальный вопрос – это вопрос об основаниях ответственности. Необходимо в постановлении Пленума ВАС по данному вопросу четко выразить регулятивный выбор:

а) мы не хотим наказывать директора за бизнес-просчет (даже грубый), но при этом хотим, чтобы активнее к ответственности привлекались директора-жулики (т.е. ответственность наступала за злонамеренное причинение вреда интересам общества, извлечение личной выгоды за счет общества и т.п.);

б) осознанно хотим привлекать к ответственности не только директоров-жуликов, но и директоров, допустивших грубую ошибку при принятии бизнес-решений; или

в) речь идет о том, что мы все-таки хотим карать только или как минимум в основном директоров-жуликов, но при этом боимся, что при закреплении столь узкого подхода к основаниям ответственности, многие жулики уйдут от ответственности из-за сложностей в доказывании злонамеренности их поведения, и поэтому склоняемся к закреплению более общих оснований ответственности.

Для начала предлагаю определиться с выбором между вариантами «а» и «б».

На мой взгляд, верен вариант «а». Право не должно карать директора за бизнес-ошибки.

Бегло ознакомившись с сутью проблемы и компаративным материалом, я пришел к следующим сугубо предварительным выводам в отношении пределов ответственности директора *de lege ferenda*:

1) Если какие-то действия или бездействие директора причинили обществу убытки, директор должен презюмироваться добросовестным и не подлежащим привлечению к ответственности.

2) Доказывать не только факт возникновения убытков и наличие причинно-следственной связи, но и факт нарушения директором стандартов должного поведения должен истец.

3) Директор должен привлекаться к ответственности за такие решения, которые приводят к их личному обогащению за счет общества, а также иные решения, применительно к которым можно говорить об умысле на причинение обществу убытков в нарушение «обязанности лояльности» (по примеру дела Кировского завода)

4) За простые бизнес-ошибки, даже грубые просчеты, как минимум, по общему правилу ответственность налагаться на директора не должна (так называемое *business judgement rule*, правило делового решения). Суды не являются подходящим местом для оценки разумности бизнес-решений и адекватности принятых директором на компанию рисков.

Такой подход, судя по всему, наиболее близок американскому режиму ответственности директоров. Так, например, если верить недавним публикациям по теме, несмотря на огромные претензии к директорам американских компаний за необдуманные вложения в спекулятивные рынки в преддверии кризиса 2008 года, повлекшие для акционеров колоссальные потери, выигранных косвенных исков против директоров почти нет. Выиграть в США такой иск против директора общество или акционеры могут на практике, как правило, только тогда, когда речь идет о вопиющих случаях нарушения принципов лояльности, откровенных растрат, воровства, или преследования своих личных целей в ущерб интересам корпорации. За рамками этих случаев

суды чаще всего считают себя некомпетентными оценивать оправданность бизнес решений и не карают директоров за просчеты, невнимательность и ошибки...

Почему я прихожу к такому выводу?

Во-первых, в силу того, что арбитражные судьи, как правило, не компетентны в вопросах бизнес-планирования, стандартов поведения директоров, риск-менеджмента и т.п. Будучи карьерными бюрократами, они, как правило, никогда не участвовали в экономической деятельности в качестве предпринимателя или хотя бы корпоративного юриста. В таких условиях разобраться в том, насколько продуманное с точки зрения баланса рисков, потенциальных издержек и выгод решение принял директор, или насколько в обороте принято то или иное поведение (особенно в нашем, где принято многое из такого, что точно уж должным признать нельзя), суду первой инстанции или даже кассации будет крайне сложно. В условиях, когда российские арбитражные суды, к тому же еще и тотально перегружены, более широкие основания ответственности директоров могут привести к абсолютно несправедливым и неразумным решениям. Решать споры о разумности той или иной инвестиции, либо достаточной степени внимания к тем или иным рискам и тем самым пытаться оценить качество управленческих решений руководителя корпорации (особенно в ряде сложных сегментов рынка) для судьи все равно, что судить спор двух физиков-ядерщиков... Для того, чтобы судить о разумности поведения директора судья должен для начала глубоко разобраться в специфике бизнеса и принятых на рынке стандартах управления. На это у него нет ни времени, ни экспертного потенциала.

При этом у нас есть большие сомнения, что какие-либо экспертные учреждения могли бы помочь суду в такой оценке. При решении столь тонкого вопроса как оценка оправданности того или иного бизнес решения сколько будет экспертов, столько и мнений. Как в свое время шутил Рональд Рейган, если бы в игру «Счастливый случай» сыграли экономисты, её ведущий получил бы на 100 вопросов 300 разных ответов.

В то же время выявить случаи, когда директор откровенно ворует, не раскрывает конфликт интересов и получает личную выгоду за счет интересов общества, а равно ведет себя явно оппортунистично иным образом, суды более или менее могут (зачастую на чистой интуиции и судейском чутье, натренированном искать жуликов).

В такого рода деликатных сферах разумнее следовать принципу поэтапного развития. У нас сейчас в принципе ни с кого ничего не взыщешь, и это, безусловно, проклятие российского права. Как уже приходилось говорить, частное право, в рамках которого невозможно взыскать убытки, частным правом в полной мере называться не может, так как взыскание убытков и восстановление коррективной справедливости есть краеугольный камень данной отрасли права. Но, с другой стороны, со сковородки в огонь прыгать также не очень разумно. Я бы предложил пока сформировать практику выявления и привлечения к ответственности недобросовестных директоров в делах аналогичных делу Кировского завода. А уж потом, после того, как мы убедимся, что нижестоящие суды с этой задачей стали справляться более или менее успешно, еще раз подумать над необходимостью возложения на них куда более сложной задачи по оценке разумности бизнес-решений.

Иначе говоря, первый аргумент в пользу нашего взгляда – *это аргумент о компетенции судов.*

Во-вторых, повышенный риск ответственности за бизнес-ошибку (а не откровенный оппортунизм) при развитии судебной практики по этому вопросу будет сковывать предпринимательскую активность директоров и их способность брать на себя ответственность и принимать серьезные решения в условиях риска (которые имманентно свойственны любому настоящему бизнесу). Если бы директор был ex ante уверен, что впоследствии молодой и ни разу не участвовавший ни в одном коммерческом проекте судья арбитражного суда, которому придется оценивать его оказавшимся неудачным бизнес решение, всегда разберется что тут к чему, то этот страх был бы не столь силен. Но нашему директору вполне очевидно, что вероятность судебной ошибки в условиях, когда право в принципе допускает его ответственность за грубую неосторожность при принятии бизнес решений, достаточна существенна. Даже если она равна 5%, то наш директор оценивает ожидаемые издержки как абсолютно запредельные и часто просто не решится на какой-либо риск. Ведь цена ошибки директора крупного предприятия нередко в десятки или даже сотни раз превышает все его состояние. Соответственно, при цене ошибочного решения директора в 100 млн. рублей,

вероятность судебной ошибки и необоснованного привлечения директора к ответственности в 5% будет означать наличие т.н. "ожидаемых издержек" в размере 5 млн рублей. С учетом того, что директор крупного предприятия принимает решения с подобной стоимостью чуть ли не ежедневно, риск оказаться крайним становится таким, что это в принципе лишает его способности принимать рискованные решения. Для тех же менеджеров, которые потенциально смогли бы стать талантливыми директорами, эти риски могут стать серьезным препятствием при принятии решения о дальнейшем продвижении по карьерной лестнице.

Хотели ли бы наши акционеры, чтобы их директора были аки ягнята и боялись рисковать в принципе? Вряд ли.... Так что я не уверен, что сами акционеры в среднем, если бы мы их об этом спросили, взвесив все за и против и находясь за роулсовской "завесой неведения" (то есть не зная попадут ли они в число прогоревших из-за ошибок директора или разбогатевших на его талантах), однозначно выберут тот вариант ответственности директоров, который предполагает их персональную ответственность за грубые бизнес ошибки.

Соответственно, второй аргумент, который мы выдвигаем, - это *аргумент о дестимулировании директоров принимать ответственные решения в условиях риска.*

В-третьих, акционеры и участники ООО – это, как правило, капиталисты или активные предприниматели, то есть те, кто пустился в плавание по бурному руслу предпринимательской реки, а не удовлетворился гарантированным доходом по вкладам. В этой игре, в которую они ввязались жесткие правила. В рамках оных они должны очень хорошо думать, прежде чем выбрать рулевого, который будет руководить их байдаркой на этом рискованном сплаве. Привести лодку в пункт назначения (то есть к заветному материальному обогащению) без ошибок никто не в состоянии. Соответственно, топить рулевого за ошибки просто нельзя, так как завтра никого на эту роль не найдешь, а сами рулить наши пассажиры не умеют. В результате конвенциональное понимание, которое в принципе устраивает или должно устраивать тех, кто в это плавание пускается, состоит в том, что мы прощаем рулевому ошибки и просто отстраним его, если он их будет совершать часто, но не прощаем умышленное разбиение лодки о пороги, ошибки, вызванные запойным пьянством, или иное явно недобросовестное исполнение своих обязанностей.

Соответственно, акционеры должны отвечать за свой выбор рулевого, как минимум, тогда, когда он допускает ошибки и нести бремя последствия таких ошибок. Это следствие их выбора в пользу участия в бизнес проектах. Если акционеры будут понимать, что любые серьезные просчеты директора влекут его ответственность, которая в свою очередь скорее всего будет застрахована (об этом ниже), то у них снижаются стимулы эффективно его контролировать и серьезно думать прежде чем назначать....

Итак, третий аргумент – это *аргумент о необходимости несения акционерами ответственности за выбор кандидатуры директора для формирования верных стимулов к более рациональному отбору кандидатур.*

В-четвертых, риск ответственности директоров за бизнес-ошибки страхуется. Чем чаще и шире такая ответственность будет применяться (в том числе в случае бизнес-ошибок), тем чаще страховаться и тем выше страховые премии. За рубежом это целый сегмент страхового рынка, как я понял. Цена ошибки директора колоссальна. У него никогда, как правило, не будет средств ее покрыть. Отсюда и потребность в страховании.

В результате роста вероятности материализации данного страхового риска страховые премии взлетят вверх и, на первый взгляд, могут стать чувствительной финансовой проблемой для директора. Но на практике эти страховые премии лягут на плечи компании. Либо она сама будет страховать его ответственность, либо покрывать расходы директора на покупку такой страховки. Соответственно, в результате наличия страхования ответственности превентивный эффект такой ответственности будет в значительной степени девальвирован (проблема морального риска), а по сути сама защита акционеров будет осуществляться за их же счет.... Если мы расширяем сферу ответственности директора и за счет бизнес-ошибок, то должны учитывать этот нюанс. В таком контексте проще самой компании страховать свои предпринимательские риски напрямую (без вовлечения в этот процесс проблемы ответственности директора).

Итак, четвертый аргумент – это *проблема морального риска.*

В-пятых, любой директор всегда ошибается и иногда грубо. Не ошибается с такими последствиями только тот, кто ничего не делает. Эти ошибки бывают иногда и достаточно серьезными. Я как человек, который всю свою послестуденческую жизнь являюсь руководителем (пусть и небольшой структуры), прекрасно это понимаю. Просто несправедливо пользоваться смекалкой и умом директора, получать дивиденды и богатеть на росте капитализации компании годами, а потом вешать на него всех собак за одну грубую ошибку. Ведь что такое стандарт разумного директора? Это средняя температура по больнице. Любой директор, скажем, принимает 70% правильных решений, и 30 % ошибочных. То есть средняя вероятность ошибки 30%. Но при этом КАЖДЫЙ директор ее время от времени совершает, а величина кары может быть абсолютно непропорциональной его финансовым возможностям. Иначе говоря, стандарт разумного директора отнюдь не означает, что в природе существует хотя бы одиг директор, который в принципе никогда не принимает решения, от этого стандарта отклоняющиеся....

Если убрать «ромашки», то из 10 реальных бизнес-стартапов 9 проваливается в условиях конкурентной борьбы. Это имманентно присущее рыночной экономике «созидательное разрушение» (как в свое время блестяще назвал этот феномен Й. Шумпетер). Почему эти проекты проваливаются? Как правило, из-за тех самых ошибок и просчетов руководства (в маркетинговой стратегии, в выборе объектов инвестирования, в выборе партнера или персонала и т.п.). Я просто представить себе не могу, где мы будем искать активных, предприимчивых и способных на риск руководителей, если каждый их них будет понимать, что любой его грубый просчет будет стоить ему и его семье всей собственности.

Таким образом пятый аргумент – *это аргумент о принципиальной невозможности руководства компании без совершения время от времени грубых просчетов.*

В-шестых, есть такой давно эмпирически подтвержденный в рамках поведенческой психологии, поведенческой экономической теории и бихевио-экономического анализа права феномен нашего сознания как hindsight bias (ошибка ретроспективного взгляда). Когда что-то уже произошло, то при оценке этого события ex post мы значительно завышаем его вероятность. Поведение человека всегда предполагает риски тех или иных неблагоприятных исходов. Их объективное значение может при объективном ex ante взгляде быть равно в реальности 5%, например. Но когда риск материализуется (например, нежелательный побочный эффект все-таки случается), у наблюдателя (например, судьи или присяжного) при ex post оценке вины соответствующего человека часто возникает ощущение, что этот риск был намного выше, неудачный сценарий мог быть предвиден с куда большей вероятностью и, соответственно, у человека было куда больше оснований воздержаться от подобного поведения. Зарубежные юристы уже лет двадцать пытаются выработать то или иной процедурное или материально-правовое противоядие против этой когнитивной ошибки, которая может быть очень опасной в контексте уголовных и гражданских дел.

К чему это я? Да все к тому, что в случае, когда право допускает наказание директора за грубый, хотя и не умышленный просчет и бизнес-ошибку, эта проблема ретроспективности оценки рисков со стороны суда может быть очень чувствительной. Директор принял решение купить на свободные средства компании те или иные акции, применительно к которым вероятность роста их стоимости на рынке была равна 70%, вероятность сохранения изначальной цены – 10%, а риск драматического падения – 20%. Потом происходит крупный корпоративный скандал в компании-эмитенте (например, выясняется, что она чистой воды мыльный пузырь и фальсифицировала отчетность) и наступает ее полный прах. Общество под руководством этого директора несет огромные убытки от обесценения своих вложений. Далее акционеры идут с иском к директору и пытаются эти миллиардные потери с него взыскать хотя бы в незначительной их части. Допустим арбитражный суд Челябинской области начинает разбирать этот спор и должен оценить оправданность того рокового решения директора. С учетом того, что уже целый год все СМИ трубят про громкий крах компании-эмитента и обсуждают подробности жутких злоупотреблений его руководства, судье начинает казаться, что это должно было быть очевидно директору, решившему инвестировать средства в акции этой компании, ex ante с куда большей вероятностью, чем это можно было бы на самом деле ожидать в реальности. В итоге реальные 20% риска краха превращаются в сознании суда в 50% и даже 70%, а сам директор – из допустившего серьезный просчет менеджера чуть ли не олуха, если не во вредителя. Понятно, что этот феномен нашего сознания может значительно повысить вероятность «ошибок первого рода» (ложного осуждения).

Таким образом, шестой аргумент – *это аргумент об искажениях ретроспективной оценки адекватности чужих решений.*

В-седьмых, у нас очень распространен гринмэйл, а внутрикорпоративные конфликты зачастую приобретают просто дикие формы. Широкий охват оснований ответственности директоров (включая ответственность за грубые ошибки) создаст условия для того, что директора будут заваливаться такими исками за каждый просчет, подаваемыми отдельными акционерами с целью приобретения рычагов давления на других акционеров. Конкуренты будут скрыто приобретать акции и затем атаковать директоров десятками исков. Проигрыш хотя бы одного грозит полным разорением директору (как уже отмечалось, цена любой ошибки обычно намного превышает финансовые накопления многих директоров). Это в свою очередь может полностью парализовать способность директоров осуществлять предпринимательские (то есть имманентно рискованные) решения и может привести к иным трудно предвидимым последствиям.

В России судебный процесс – удовольствие сравнительно дешевой. Ответственности за необоснованные иски почти никакой. Корпоративной культуры также нет. В общем в этих условиях практика применения такой ответственности при слишком широком ее охвате может оказаться достаточно непредсказуемой.

Итак, седьмой аргумент – *аргумент о рисках расширения практики недобросовестных атак на директора и использования данного инструмента во внутрикорпоративных войнах.*

С учетом всех этих аргументов я прихожу к выводу о том, что, видимо, стоит принципиально отказаться от идеи привлечения директоров к ответственности за ошибки (даже грубые) и наказывать только за осознанное вредительство, обман, жульничество, воровство или преследование собственной выгоды за счет интересов компании, ну и в крайнем случае, возможно, самые крайние формы грубой неосторожности (например, систематическое принятие бизнес решений под воздействием наркотических препаратов).

Решение проблемы «ошибок второго рода»

Но тут стоит вспомнить, что при однозначном отказе от идеи наказывать директора за ошибки возникает вопрос о том, как решить проблему «ошибок второго рода», когда директор из-за неспособности истцов доказать столь узко понимаемую вину директора просто часто будет уходить от ответственности.

Иначе говоря, теоретически может быть высказана такая точка зрения: «мы не хотим карать директора за бизнес ошибки, но при этом боимся, что при установлении в праве в качестве основания ответственности только наличие некой злонамеренности в поведении директора доказать последнюю окажется невозможным и жулик-директор уйдет от ответственности».

Действительно, основной недостаток предлагаемого нами узкого понимания оснований ответственности директоров состоит в том, для истца доказывать осознанное причинение директором вреда обществу, конфликт интересов или откровенное воровство намного сложнее, чем простую бизнес-ошибку, отступление условий сделки от рыночного уровня или нереализацию выгодной бизнес-возможности.

Зачастую складывается такая ситуация, когда имело место откровенное воровство, но доказать его миноритариям крайне сложно. Доказать наличие неких объективных признаков отклонения поведения директора от неких конвенциональных стандартов разумного руководителя проще, чем наличие субъективного элемента (умысла, личной выгоды и т.п.). И это, действительно, проблема. При узком понимании вины, которое я предложил prima facie выше, многие директора-жулики смогут избежать ответственности. Иначе говоря, будет иметь место то, что в экономике и не только называют "ошибкой второго рода" (норма будет сконструирована так, что фактически при ее применении нарушитель, как минимум, часто останется не пойманным).

Но всегда надо иметь в виду и обратную ситуацию. При широком понимании вины (включая небрежность и бизнес-ошибки) и тем более при применении в этом контексте презумпции вины с перенесением бремени доказывания своей добросовестности на самого директора будет значительное количество "ошибок первого рода" (ложного срабатывания нормы и наказания директора за простую бизнес-ошибку, наказывать за которую мы вроде бы не хотим).

Иначе говоря, здесь нужно найти какой-то компромисс во избежание той ситуации, когда такие дела как дело Кировского завода окажется редкой удачей истцов, которым вопреки всему удалось найти нужные доказательства, или результатом грубых просчетов директоров-жуликов, которые не смогли умело замести следы.

Я думаю, таким компромиссом могло бы стать установление продуманных контрпрезумпций, то есть условий, при наличии которых в отступление от общей презумпции вина директора будет предполагаться (например, сделка в условиях не раскрытого конфликта интересов предполагает ответственность директора, если не доказано иное). Можно привести целый ряд других примеров, некоторые из которых есть в обсуждаемом Проекте постановления Пленума.

И среди таких контрпрезумпций, наверное, можно установить и такую. Если цена и условия сделки или иное решение директора выглядели ex ante вопиюще нерациональными настолько, что просто очевидно, что разумный и более или менее компетентный руководитель никогда бы такое решение не принял, не имея он той или иной злонамеренной цели, то даже при отсутствии прямых доказательств этой злонамеренности, само качество и степень девиации решения от неких объективных стандартов могут предполагать наличие искомой злонамеренности с переносом бремени доказывания обратного на директора. Директор может отбиться от ответственности в этом случае, если докажет, что данное конкретное решение было скорее просто грубой ошибкой, а не проявлением очевидной недобросовестности.... Такая контрпрезумпция может значительно помочь акционерам на те случаи, когда актив продается за три копейки или дается поручительство за абсолютно стороннюю фирму-однодневку на большую сумму без какой-либо каузы, но доказать наличие умысла, конфликта интересов или иной злонамеренности в этом решении директора нельзя (например, не выявлена аффилированность директора с должником, за которого дано поручительство, или иная выгода, которую он мог получить от такого шага).....

Иначе говоря, если хорошо подумать, наверное, можно выработать некие компромиссные решения, которые проведут нас между Сциллой полной безответственности и Харибдой неоправданного третирования директоров, подавляющего их инициативу.

Вторая проблема – вопрос соотношения идеи о презумпции добросовестности директора с нормами ГК о договорной и деликтной ответственности, устанавливающими презумпцию вины ответчика

Здесь стоит немного отойти от политики права и обсудить актуальный догматический вопрос. Дело в том, что ст.401 ГК и ст.1064 ГК, устанавливающие основания договорной и деликтной ответственности, прямо фиксируют идею о презумпции вины. Нарушитель договора или причинитель вреда считаются виновными, если они сами не докажут обратное.

В то же время и постановление Президиума ВАС по делу Кировского завода, и еще более четко Проект постановления Пленума устанавливают, что директор презюмируется добросовестным и невиновным, если истец не докажет обратное. Как уже отмечалось, с точки зрения политики права такое решение представляется единственно верным. Презумпция вины и возложение бремени доказывания на директора (во многих случаях уже уволенного и лишеного доступа к необходимым документам, без которых ему будет крайне сложно доказать свою невиновность) является крайне несправедливым и экономически нецелесообразным.

Но тогда как примирить этот вывод с положениями ст.401 и ст.1064 ГК?

Первый ответ, который сразу напрашивается, состоит в том, что это отличие есть проявление специфики корпоративных отношений, к которым нормы о договорной и деликтной ответственности могут применяться, если иное не вытекает из природы корпоративных отношений.

Но, думаю, это противоречие можно примирить куда проще, без ссылок на специфику корпоративных отношений. Поясню...

Вина в ст.401 ГК описывается таким образом: «Лицо считается виновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства». Статья 1064 ГК применительно деликтной ответственности не конкретизирует наполнение понятия «вина». В этой связи, думается, понятие вины, закрепленное в ст.401 ГК применительно к ответственности за нарушение обязательства, может *mutatis mutandis* применяться и к деликтной ответственности.

Это означает, что в гражданском праве содержательное наполнение понятия вины носит объективный характер. При оценке виновности или невиновности лица принимается во внимание в первую очередь тот факт, насколько разумные меры должник (деликвент) принял для того, чтобы избежать нарушения права

пострадавшего и соответствовали ли эти меры тому, какие стандарты поведения разумного лица на месте соответствующего правонарушителя оцениваются судом как должные с учетом статуса правонарушителя, характера соответствующего правоотношения и иных контекстуально специфических обстоятельств конкретного дела.

Но для того, чтобы суд начал анализировать вопрос вины в классической ситуации нарушения обязательства или причинения вреда необходимо, чтобы пострадавший доказал не только наличие убытков и причинно-следственную связь, но и тот факт, что эти убытки возникли именно в результате правонарушения. При нарушении договора именно кредитор по общему правилу доказывает факт нарушения договора должником, а при причинении вреда именно пострадавший доказывает, что ответчик причинил вред его здоровью или имуществу. Если факт нарушения договора или причинения вреда зафиксирован, то на ответчика переносится бремя доказывания своей невиновности (то есть того, что он сделал все, что от него следует разумно требовать в имевших место обстоятельствах, чтобы избежать такого нарушения и причинения истцу вреда).

Такая схема представляется вполне разумной. Но все начинает резко усложняться в тех случаях, когда правонарушение проявляется не в нарушении ответчиком неких четко определенных в законе или договоре правил поведения (например, условий договора или требования воздержания от причинения вреда здоровью или имуществу истца), а в нарушении некоего оценочного стандарта поведения. Например, сейчас в судебной практике ВАС РФ закрепился подход, согласно которому при исполнении обязательства должник должен вести себя добросовестно, а новая редакция ст.10 ГК предусматривает взыскание убытков за недобросовестное поведение. В такого рода ситуациях сама фиксация состоявшегося правонарушения зависит от интерпретации судом оценочного стандарта добросовестности.

Кто должен доказывать в рамках договорного спора, что поведение должника было недобросовестным? Безусловно, истец. Во-первых, это естественным образом вытекает из здравого смысла. Трудно себе представить, что бы стало с оборотом в случае, если бы за любое действие стороны договора, формально не нарушающей ни одно четкое условие договора или требование закона, она бы презюмировалась недобросовестной и должна был бы доказывать обратное. Во-вторых, такой вывод прямо вытекает из закона. Вспомним, что согласно п.5 ст.10 ГК «добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются».

К чему это приводит? Применительно к ситуациям, когда отсутствует четкий закрепленный в законе или договоре критерий правонарушения, а последнее определяется через соотнесения фактического поведения ответчика с неким оценочным стандартом (например, добросовестностью), в рамках процесса доказывания оснований ответственности становится невозможным однозначно развести доказывание факта правонарушения и установление виновности. Оба этих объекта доказывания оказываются выраженными через оценочные стандарты с трудно различимыми характеристиками. В теории истец должен доказать, что ответчик вел себя недобросовестно и тем самым нарушил требование закона о добросовестном исполнении обязательств, а ответчик – что он при этом не был виновным (то есть сделал для избегания такого результата все, что было возможно от него разумно требовать с точки зрения природы обязательства и других обстоятельств). Но в реальности оба этих оценочных стандарта развести не получается. И критерий добросовестности, и понятие вины по сути говорят об одном и том же – о (не)соответствии поведения ответчика неким оценочным стандартам должного поведения, преломляемым сквозь призму всего комплекса обстоятельств дела (обычаев оборота, характера правоотношений, статуса ответчика и др.).

Так что и в рамках обычной договорной ответственности презумпция вины не вполне работает, как только речь идет не о нарушении конкретных условий договора и четких указаний закона, а о нарушении оценочного стандарта добросовестного поведения.

Как же на практике работают основания договорной ответственности за недобросовестное исполнение обязательств? На практике истец и ответчик вовлекаются в процесс доказывания одного и того же критерия – соответствия поведения ответчика оценочным стандартам должного поведения. В рамках этого процесса невозможно абсолютно четко разделить доказывание факта правонарушения истцом и своей невиновности – ответчиком. Истец предъявляет доказательства недобросовестности поведения ответчика, а ответчик их пытается опровергнуть. Если, по мнению суд, истец представил достаточно веские доказательства, а ответчик их не смог опровергнуть, фиксируется факт недобросовестности, и ответчик признается нарушившим обязательство добросовестного исполнения. Тем самым одновременно фиксируется и его виновность.

Примерно та же ситуация возникает и тогда, когда к ответственности за недобросовестное поведение привлекается директор общества. Акционер-истец представляет доказательства недобросовестности, пытаясь зафиксировать факт правонарушения, а директор защищается, предъявляя доказательства обратного. Если истец представил убедительные доказательства, а директор их не смог опровергнуть, суд считает факт правонарушения и одновременно виновности директора установленным.

Таким же образом и при договорной ответственности, и при привлечении к ответственности директора бремя доказывания истца ослабляется в случаях, когда он смог представить косвенные доказательства недобросовестности ответчика, а последний, имея доступ к документам и иным доказательствам, которые могли бы опровергнуть эти косвенные «улики», воздержался от их представления (как то имело место в деле Кировского завода). В такого рода случаях суд может признать достаточными даже косвенные доказательства, которые он, возможно, не признал бы достаточными, если бы ответчика нельзя было обвинить в «доказательственной пассивности».

Иначе говоря, мы видим, что проблема соотношения идеи о презумпции добросовестности директора с законодательно закрепленными в ст.401 и ст.1064 ГК нормами о презумпции вины ответчика, которая встала при обсуждении Проекта постановления Пленума, является общей проблемы оснований ответственности в контексте тех случаях, когда правонарушение состоит в нарушении не четких договорных или законодательных правил поведения, а таких оценочных стандартов как принцип добросовестности.

Это позволяет сохранить предложенный в Проекте подход (презумпция добросовестности директора), не считая при этом, что мы совершаем некую революцию в общей теории гражданской ответственности.

Карпетов А.Г

д.ю.н., научный руководитель Юридического института «М-Логос»