

**Тезисы Пашина В.М. к научному круглому столу
«Основания ответственности директора юридического лица»**

I. Анализ проблемы

1. О рыночной экономике, предпринимательском риске и инициативности директоров

И в российской, и в иностранной литературе часто встречается такой тезис, что если слишком активно привлекать директоров к ответственности за причиненные ими убытки, то это может существенно ограничить их инициативность, разумный риск и, соответственно, отрицательно скажется на всей экономике в целом. Причём данный тезис обычно (по крайней мере, в тех источниках, которые я читал) подаётся как самоочевидный. Не отвергая принципиально его правильность, всё же полагаю, что данный тезис нуждается в определённом уточнении.

Предпринимательский риск, действительно, является основой рыночной экономики. Однако необходимо понимать, что в любом бизнесе есть 2 уровня риска (то есть я бы предложил предпринимательский риск в широком смысле разделить на два).

А). Стратегический риск. Этот риск обусловлен, в самом общем виде, конкуренцией и технологическим развитием общества. Здесь «на кону» лежит капитал предпринимателя, инвестированный в дело (аренда или покупка основных средств, наём персонала, закупка сырья и т.п.). Все эти капитальные вложения стратегически можно потерять либо в силу проигрыша прямым конкурентам, либо в силу структурных изменений спроса в связи с появлением новых технологий, новых продуктов (например, развитие железных дорог разорило производителей снаряжения для лошадей; появление калькуляторов – производителей логарифмических линеек).

Именно этот стратегический риск и является тем самым «благородным» предпринимательским риском в узком смысле, составляющим основу рыночной экономики, создающим производство и рабочие места.

Б) Tактический риск. Этот риск связан с конкретными управленческими решениями: закупить сырьё подешевле, но с предоплатой или оплатить по факту поставки, но дороже; нанять для перевозки ценностей броневик с вооружённой охраной или сэкономить на охране. Здесь, как и в стратегическом риске, предприниматель может потерять часть или даже весь капитал. Но по своей сути это уже не «благородный» чисто предпринимательский риск, а, пусть и неизбежный, но сугубо управленческий риск (составляющий часть предпринимательского риска в широком смысле).

Все решения в рамках стратегического предпринимательского риска принимают либо сами бизнесмены/акционеры¹/инвесторы либо коллегиальные органы (наблюдательные советы), но не исполнительные органы. Не в компетенции исполнительного органа начать или свернуть какое-то производство. Даже не слишком существенное перепрофилирование производства (например, переход стекольного завода с производства пивных бутылок на винные) исполнительные органы не производят без согласия, как минимум, неисполнительного коллегиального органа (наблюдательного совета).

Если же говорить о единоличных исполнительных органах (а именно их ответственность и является наиболее актуальной на практике), в очень многих сферах бизнеса генеральный директор – это своего рода бюрократ высшего уровня, никакого существенного риска от него принципиально не требуется.

¹ Здесь и далее для удобства восприятия текста под «акционером» подразумевается участник любого юридического лица.

Следует, правда, признать, что важнейшей функцией исполнительных органов является установление цен. Но в условиях конкуренции пределы власти (усмотрения) директора даже здесь весьма ограничены; то есть даже цены в большей степени зависят от стратегических факторов, чем от тактических решений директора.

Какого риска хозяева гостиничного бизнеса ждут от управляющего? Чтобы он как-то особенно рискованно подбирал поставщиков постельного белья? Чтобы давал какую-то особенно рискованную рекламу? Как-то рискованно оформлял интерьер гостиницы? Устраивал рискованные «корпоративы» для сотрудников? Или селил постояльцев без предоплаты, но за большую цену? Все существенные риски (связанные с местом расположения, с целевой аудиторией (а очевидно, что без согласия акционеров/совета директоров управляющий не будет переформатировать гостиницу класса «люкс» в «эконом» или наоборот), конкуренцией, конъюнктурой рынка и т.п. уже аккумулировали акционеры. Что именно перестанет делать управляющий гостиницей (если ужесточить его ответственность за небрежность), в результате чего остановится гостиничный бизнес?

Таким образом, **в отношении исполнительных органов юридического лица (а само понятие «исполнительный орган» даже семантически предполагает не стратегические решения, а их тактическую реализацию) сила аргумента о дестимулировании директоров принимать ответственные решения в условиях риска, на мой взгляд, эмоционально преувеличена.** Нельзя сказать, чтобы от исполнительных органов не требовалось вообще никакой самостоятельной инициативы, но и какой-то катастрофой для рыночной экономики такое дестимулирование не угрожает.

А уж в отношении исполнительных органов некоммерческих организаций указанный аргумент по понятным причинам вообще не работает. Но ведь обсуждая проблему ответственности директоров не надо забывать, что пункт 3 ст.53 ГК (а также специальные законы о некоммерческих организациях) устанавливает ответственность и для управляющих некоммерческих организаций!

Ну и наконец, надо также помнить, что столпами рыночной экономики являются частная собственность, свободное ценообразование и конкуренция; «рискованный менеджмент» к таковым не относится. База капитализма – это предприниматели/инвесторы/акционеры, а вовсе не «топ-менеджмент».

2. На ком лежит управленческий риск? «Проблема агента»

Общефилософский подход предусматривает, что риск выбора лежит на том, кто этот выбор делает. Частный случай этого подхода применительно к политике права гласит, что риск чаще всего юридически возложен на того, кому проще и дешевле управлять этим риском.

Стратегический риск имманентно лежит на акционерах, никто на директоров его никогда не перекладывает, да это и невозможно (правда, во времена острых экономических кризисов самые крупные капиталисты иногда умудряются переложить этот риск на налогоплательщиков (так сказать, «национализация убытков»), но, во всяком случае, не на директоров).

Тактическим риском в принципе проще управлять директору, а не акционерам, поскольку именно директор выбирает контрагентов и согласовывает условия договора; именно он может минимизировать риск, потребовав от контрагента, например, в обмен на предоплату предоставить в залог оборудование.

Но и тактический **управленческий риск лежит на предпринимателях/акционерах, а не на директорах.** Это крайне важный момент, остановлюсь на нем подробнее.

Если директор принял ошибочное тактическое решение, то убытки изначально возникают у компании. То есть в экономическом смысле теряют свой капитал акционеры. Такое положение дел является, безусловно, справедливым. Ведь в случае удачного бизнес-решения директора прирастает также капитал акционеров, а не директора.

Но даже возможность акционеров потребовать возмещения убытков с директора принципиально не перераспределяет управленческий риск. Во-первых, за невиновные действия нигде и никогда на директоров ответственность не возлагается. И хотя само понятие «риска» является спорным, всё же, на мой взгляд, под «риском» в узком смысле следует понимать риск внешних (случайных) факторов, а умысел директора и его небрежность находятся в сфере контроля самого директора. В отношении умышленных убытков уж точно нельзя сказать, что директор несет «риск» (поскольку он, будучи психически здоровым, на все 100% контролирует свой умысел), но и в отношении грубой небрежности говорить о «риске» следует очень аккуратно. А во-вторых, в любом случае велика вероятность, что даже при выигрыше иска к директору за его небрежность компания фактически не получит полного возмещения убытков (например, в силу несостоятельности директора). То есть даже в этом случае риск акционера за выбор директора никуда не исчезает.

А это значит, что изначально лежащий на акционерах риск потерь от управленческих решений директора – даже при установлении ответственности последнего за небрежность – в лучшем случае лишь незначительно перераспределяется между акционерами и директором. Данное обстоятельство означает, помимо прочего, что предоставление акционерам возможности взыскивать убытки с директоров за виновные, включая неосторожные действия, не снижает стимулы акционеров к более рациональному отбору кандидатур (ср. третий аргумент в тезисах А.Г. Карапетова).

Таким образом, в общем случае, акционеры принимают на себя риски неудачных (проигрышных) решений директоров (на 100% риски невиновных решений и в существенной части риски небрежных решений, если вообще уместно говорить о риске применительно к небрежности). Это и создает остроту проблемы и некоторое «напряжение» применительно к отношениям акционеров и директоров. Выбор делает одно лицо, а последствия выбора – ложатся на другое (повторю, в данном случае это абсолютно справедливо). Речь идет о широко освещаемой в западной литературе «проблеме агента». **Специфическое положение директора как «агента» акционеров/компании создаёт почву и для недобросовестности директора, и для «наплевательского» отношения к интересам акционеров, и проблему стимулирования директора к приложению им должных усилий, но воздержанию от легкомысленных и рискованных действий.**

3. Разумность и добросовестность как обязанности директора. Соотношение с виной

В связи с очевидностью вышеуказанной проблемы злоупотреблений и недостаточного усердия со стороны директоров право практически всех государств налагает на директоров обязанности, во-первых, быть лояльным и действовать в интересах компании (duty of loyalty), во-вторых, прилагать разумно необходимые заботу, усердие и способности (duty of care). Это такой прямой регулятивный ответ на проблему.

Причём, хотя и разными словами, везде (!) выражается одна и та же сущность. Поскольку «проблема агента» несёт риск действий «агента» в своих личных целях за счет «принципала» и угрозу недостаточного усердия/заботы «агента», право прямо обязывает директора соблюдать названные требования. Возможно такой «лобовой» ответ права покажется кому-то примитивным, но, думается, это лучше, чем отсутствие ответа.

Важно подчеркнуть, что на директорах и без того лежат обязанности соблюдения уставов и внутренних регламентов/процедур компании. Тем не менее, названные обязанности являются универсальными. То есть даже **соблюдение всех требований законов, уставов, иных локальных актов не освобождает директора от обязанностей лояльности и должного усердия, а нарушение их, стало быть, само по себе означает противоправность поведения.** К сожалению, до последнего времени многие российские судьи имеют склонность непременно искать хоть какое-то формальное нарушение хоть какого-нибудь внутреннего документа компании для привлечения директора к ответственности, а если не находят, то зачастую отказывают в исках даже при явной неразумности действий директора.

В российском праве обязанности лояльности соответствует «добросовестность», а обязанности должного усердия – «разумность». Представляется, в смысловом плане данные термины ничем не уступают «западным аналогам» и вполне приемлемы.

Применительно к обязанности лояльности (добросовестности) всё примерно понятно. Речь идёт о необходимости действовать в интересах компании, не конкурировать с ней лично, не извлекать из своего статуса неоговоренную личную пользу; в некоторых правовых порядках эта обязанность конкретизируется через указание других обязанностей (например, предварительно сообщать о конфликте интересов).

Несколько сложнее точно описать обязанность действовать разумно (*duty of care*). Но практически везде под этой обязанностью понимается соблюдение некоего объективного стандарта поведения управляющих в аналогичной ситуации.

Однако наряду с «объективным тестом» всегда принимаются во внимание и субъективные обстоятельства в поведении директора, его субъективная позиция в конкретной ситуации. И здесь происходит слияние теоретически разных вопросов – противоправность и вина. И это серьезнейшим образом влияет на фактическое распределение бремени доказывания.

Как правило, в гражданском праве действует презумпция вины нарушителя. Но в то же время, вопрос о вине теоретически поднимается только после того, как выяснена противоправность (иначе бессмысленно обсуждать «вину»), бремя доказывания которой, напротив, лежит на истце. В данном же случае специфика требований добросовестности и разумности такова, что, видимо, невиновное нарушение этих требований невозможно. В самом деле, трудно представить, чтобы директор защищался путем ссылок, на то, что он не виноват в своей недобросовестности или неразумности.

А поскольку, как я уже упомянул, вопрос противоправности логически должен обсуждаться «раньше» вопроса о вине, то **фактически** на истце и лежит бремя доказывания вины ответчика (поскольку последняя поглощается специфической противоправностью требований разумности и добросовестности). Видимо, такое положение дел позволило авторам проекта Постановления Пленума ВАС РФ предложить и **юридически** установить презумпцию невиновности директора. Но, в силу изложенного, предложенная презумпция невиновности директора является *просто неизбежной констатацией фактического положения дел*, а не произвольным отступлением от общеправовой (для гражданского права) презумпции вины. Если даже формально сохранить презумпцию вины директора, фактически она не будет работать. (Отметим, что в западных правовых порядках не всегда в теории столь же откровенно переносится бремя доказывания вины на истца, но фактически всё равно происходит то же самое.)

Нельзя не указать, что в ранее опубликованных тезисах А.Г. Карапетова обоснование презумпции невиновности директора приведено с несколько другой – более общей и более глубокой позиции. Я с ней полностью согласен, но посчитал необходимым изложить и более «техническое» (формалистское) обоснование того же самого вывода.

В завершении отмечу, что обозначенное выше слияние вопроса о добросовестности и разумности с вопросом о вине не должно провоцировать нас на редукцию указанных обязанностей до вины. Роль обсуждаемых обязанностей – создавать факт противоправности – весьма важна. Если бы не было этих обязанностей, то во многих случаях (когда убытки причинены директором не непосредственно, а через вступление в отношения с неисправным контрагентом) не было бы и оснований ставить вопрос об ответственности директора и обсуждать вину.

4. Слова **does matter**. Или за что «наказывать» директоров?

После прочтения крайне интересных и глубоко обоснованных тезисов А.Г. Карапетова я снова убедился в том, что «слова имеют значение».

По всему тексту Артём Георгиевич последовательно употребляет слова «бизнес-ошибка», «бизнес-просчет». И у читателя возникает эмоциональное стремление «пожалеть» директоров. Сразу на ум приходит поговорка: «Не ошибается тот, кто ничего не делает». И сам собой напрашивается вывод: как же можно наказывать/качать за ошибки-просчеты? Да мы же все регулярно ошибаемся, а иногда и грубо!

Но если мы вместо «ошибка» («просчёт») употребляем слова «неосторожность» / «небрежность» / «халатность», то вроде бы уже не так и жалко. И, в общем, почему бы за халатность не взыскать деньги?

Но только ли в эмоциональных оттенках слов кроется причина столь разной реакции? Представляется, что не только. В слове «ошибка» смысловой акцент в большей степени направлен на указание *оценки итогового результата* действия. А в слове «небрежность» - на *процесс* действия.

Ошибка может быть результатом разных процессов. Поэтому сама по себе ошибочность бизнес-решения не означает, что имела место небрежность. Любопытный пример: школьник хотя бы раз грубо ошибался при решении задач по физике. Но далеко не любой ошибался потому, что не до конца прочел условия задачи (здесь ситуация перекликается с предложенной Управлением частного права ВАС контрпрезумпцией, когда директор «не предпринял действий, направленных на получение необходимой для принятия решения информации, которые обычно принимаются при сходных обстоятельствах»). Так и в бизнесе: если ошибка вызвана недостаточными знаниями, умениями, квалификацией, неправильными расчетами и т.п., то здесь нет вины. Но если ошибка вызвана небрежностью, и при этом привела к убыткам, то это вполне достаточное основание для привлечения к ответственности.

Кстати говоря, употребление слов «наказывать», «качать» тоже невольно ставит нас на «продиректорские» позиции. Можно было бы сделать тривиальное замечание, что частное право не наказывает и не карает, а выполняет, главным образом, компенсаторные функции и, в меньшей степени, превентивные, но никак не карательные. Но такое замечание будет не вполне справедливым: если смотреть на дело со стороны директора, то для него это именно наказание (кара). Поэтому принципиально вполне допустимо говорить о наказании/каре. Однако следует помнить и о другой стороне спора. Для понесшей убытки компании или ее акционера цель – восстановить свое имущественное положение.

При изложенном выше подходе к различению ошибок и небрежности аргумент А.Г. Карапетова о «принципиальной невозможности руководства компании без совершения время от времени грубых просчетов», на мой субъективный взгляд, теряет значительную часть своей убеждающей силы. Действительно, все ошибаются, но не все ведут себя при этом явно небрежно.

Здесь же укажу и ещё на один момент. В рассуждениях А.Г. Карапетова применительно к вышеприведенному аргументу неявно скрыта презумпция того, что каждая

ошибка ведет к убыткам. Но ведь это тоже не так. Очень часто тактические ошибки директоров не приводят ни к каким негативным последствиям просто в силу добропорядочности большинства контрагентов, которые не склонны вести себя оппортунистически.

Таким образом, если принять во внимание, что, во-первых, далеко не всякая бизнес-ошибка может быть вменена директору (большинство ошибок не вызваны виновным поведением), а, во-вторых, даже виновные ошибки далеко не всегда влекут убытки, вероятность привлечения нормального (среднего) директора к ответственности в каком-то запредельном размере представляется всё же преувеличенной (применительно к пятому аргументу А.Г. Карапетова).

5. О формах вины и ошибке ретроспективного взгляда

В большинстве так называемых «развитых правопорядков» в качестве условия ответственности директоров указана либо просто небрежность (*negligence*), либо грубая небрежность (*gross negligence*).

При этом существующее в США, а также, в не столь акцентированном виде, и в некоторых других странах, «правило делового решения» (*business judgment rule*) не влечёт автоматического устранения ответственности за небрежность. Скорее, как я понял, если директор доказывает, что соблюдал все внутренние правила и процедуры, то на истца переносится бремя доказывания того, что несмотря на соблюдение всех этих правил и процедур действия директора настолько неразумны (поведение настолько небрежно), что *ни один нормальный директор так бы не поступил*.

Следует признать, что стандарт «ни один нормальный директор так бы не поступил» - гораздо мягче по сравнению с обычно декларируемыми стандартами «усердия», требующими соответствовать уровню хорошего, прилежного и т.п. бизнесмена. В общем, если я правильно разобрался, *business judgment rule* не столько ограничивает привлечение директоров к ответственности только умыслом, сколько снижает стандарт требований к поведению директоров, сужая *negligence* до *gross negligence*².

Что касается России, то *de lege lata* нет никаких оснований как-то ограничивать ответственность директоров определенными формами вины (только умыслом или умыслом и грубой неосторожностью). Конечно, само по себе отсутствие в позитивных нормах ограничений форм ответственности с политико-правовой точки зрения мало что значит. Но не упомянуть такой чисто формальный аспект также нельзя. Пожалуй, Управление частного права ВАС поступило мудро, не став - на начальном этапе серьезного подхода к проблеме, когда многое ещё остаётся спорным, – однозначно выделять какие-то конкретные форм вины, ограничившись указанием на ответственность директоров за виновные действия.

Если же рассуждать *de lege ferenda*, то для того, чтобы обосновать сужение ответственности директоров до грубой неосторожности, (не говоря уж о сужении до умысла), нужны какие-то сверх серьёзные причины. Когда в частном праве все лица отвечают за свои действия при любой форме вины (за редкими исключениями), то почему для директоров надо создавать какие-то привилегированные условия? К тому же, вопрос

² Но изучая североамериканское право, надо помнить про различие в их терминах “directors” и “officers”. В позитивных нормах, правда, различие между основаниями ответственности и стандартами поведения между двумя этими группами не делается. Однако в теории встречаются предложения различать основания ответственности между ними, например, грубая небрежность для внешних директоров и простая – для «внутренних», исполнительных директоров. Более того, в США и Канаде и в теории, и даже в судебной практике встречаются сомнения относительно применимости к исполнительным директорам (“officers”) этого самого *business judgment rule*. (Справедливости ради, есть предложения в литературе наоборот перейти к ответственности только за умысел. Но это, кстати, подтверждает, что в настоящее время, как минимум, грубая неосторожность как условие ответственности никем не оспаривается.)

формы вины никогда не ограничивается отношением к нарушителю: если «жалеть» неосторожного причинителя убытков, то последствия его неосторожности лягут на совсем уж невинного потерпевшего.

Небезынтересно посмотреть и на то, какую ответственность несут рядовые работники компаний (с точки зрения «агентской теории» даже такие работники, как и исполнительные директора, являются как бы «агентами» компании)³.

В России рядовые работники отвечают за любую форму вины, включая самую простую небрежность. Но при этом применительно к неумышленным формам вины ответственность работников, как правило, ограничена месячным заработком (в отношении умысла, разумеется, ответственность никак не ограничена).

Однако есть существенная группа работников, которые даже при простой неосторожности несут ответственность без ограничения применительно к их доходу (т.н. «полная материальная ответственность»).

С учетом указанного возникает вопрос, насколько справедливо, что директор (самое высокооплачиваемое и привилегированное лицо в компании) будет нести ответственность на самых облегченных условиях по сравнению со всеми остальными работниками (если ограничить ответственность директора только умыслом и самыми крайними формами грубой неосторожности).

Можно, конечно, сказать, что потенциальный объем убытков, которые может своей небрежностью причинить директор, намного выше, чем у рядовых работников (даже если сопоставлять убытки с зарплатой). Но это не вполне убедительно. Например, экспедитор или кассир также может по небрежности причинить компании убытки в размере, многократно превышающем его доход, и в этом случае компания получит право взыскивать убытки в полном размере, даже при простой неосторожности работника.

А если даже взять иных работников, не несущих полной материальной ответственности, то они, хоть и в ограниченном размере, отвечают и за простую небрежность. Если, например, уборщица, протирая стол директора, по небрежности уронит и разобьет дорогой ноутбук, то она месяц будет работать бесплатно, так неужели директор не должен отвечать за свою неосторожность хотя бы также как уборщица в каком-то ограниченном объеме?

На мой взгляд, обязанность директора возместить причиненные убытки не только в случае умысла, но и в случае, как минимум, грубой неосторожности, является справедливым регулированием. Возможно, учитывая действительно большой объем потенциальных убытков, которые может причинить директор, на случай простой (негрубой) неосторожности следует предусмотреть ограничение ответственности директора в зависимости от его дохода в компании.

Следует признать, что довольно сильным возражением против ответственности за неосторожность является приведенная А.Г. Карапетовым проблема ошибки ретроспективного взгляда.

Но тут следует отметить следующее. Ошибка ретроспективного взгляда, поскольку она существует, на практике реализуется во всех тех правовых ситуациях, когда человека привлекают к ответственности за неосторожное причинение убытков (вреда). Однако это не является поводом для сужения вины до умысла (или, хотя бы, до грубой неосторожности). Так, ясно, что зачастую – в силу указанной Артемом Георгиевичем проблемы – объективно невинный причинитель вреда привлекается к ответственности по ст.1064 ГК.

Более того, во всех развитых правовых порядках, включая Россию, существует даже уголовная ответственность за некоторые неосторожные действия. А ведь уголовная ответственность, как правило, является более разрушительной для судьбы человека чем взыскание убытков в каком угодно размере. Понятно, что поскольку существует ошибка

³ Хотя я в целом негативно отношусь к применению трудового права в отношениях компаний и их топ-менеджеров, но в России это, к сожалению, факт. Да и основания ответственности рядовых работников я привожу не в плане применения трудового права, а в плане политико-правового сравнения сходных ситуаций.

ретроспективного взгляда, к уголовной ответственности за, например, неосторожное причинение смерти привлекается какое-то количество объективно невиновных людей (ошибка ложного осуждения). И тем не менее существование такой ошибки первого рода не заставляет общество отменять ответственность (даже уголовную!) за неосторожный вред, поскольку, видимо, если отменить такую ответственность, то у людей пропадет стимул к внимательности и осторожности и количество небрежных причинений вреда возрастет.

Ответственность за неосторожное причинение убытков оказывает дисциплинирующее воздействие.

6. О национальных особенностях

Сравнивая те или иные правовые решения в разных странах, мы всегда оцениваем и наши местные условия и особенности.

А.Г. Карапетов в качестве аргумента за сужение оснований ответственности директоров совершенно справедливо указал на то обстоятельство, что в силу существующий кадровой политики многие российские судьи очень далеки от понимания того, как функционирует реальный бизнес. С этим невозможно спорить, это действительно так.

Однако имеются и ряд других российских особенностей, «играющих» в обратную сторону.

1) Как неоднократно и по самым разным поводам справедливо указывал сам же А.Г. Карапетов⁴, наши не любят взыскивать убытки, «боятся переплачивать истцу», предпочитают «недовзыскать миллион, чем взыскать лишний рубль» и т.п. То есть данная особенность российских судов будет несправедливо «играть» на пользу директоров.

2) **В России очень легко спрятать «конфликт интересов».** У нас в порядке вещей, когда формальными учредителями и директорами юр.лиц являются охранники и водители. А это значит, что недобросовестные директора, вооруженные разъяснениями ВАС о конфликте интересов, будут просто заключать убыточные для компании сделки с лицами, формально не имеющими отношения к ним и их семье, но фактически контролируемые ими.

Как я понимаю, американский недобросовестный директор вряд ли рискнёт предложить водителю своей жены (которого акционеры не знают) выступить номинальным учредителем и директором юр.лица, через которую будет вести собственный бизнес в противоречии с интересами возглавляемой им компании.

Кроме того, в США и Европе налоговая «оптимизация» производится через оффшоры, а у нас доминируют «помойки» с номинальными учредителями и директорами. Поэтому у нас для любого недобросовестного директора готов этот «помоечно-номинальный» сервис, можно даже водителя не уговаривать.

Соответственно, я полагаю, явная невыгодность сделки (конечно же, с учётом конкретных обстоятельств каждой конкретной ситуации) или иные нетипичные (необычные) действия директора должны у нас приниматься во внимание и при отсутствии конфликта интересов.

3) **В России очень много юридических лиц, контролируемых государством.** Это данность, которую мы не должны игнорировать, и которую следует учитывать в правотворчестве. А в таких акционерных обществах фактически нет «хозяина», который был бы кровно заинтересован контролировать директоров (контроль там другого рода – бюрократический). Это вполне логично ведет к особенно большим соблазнам и **гораздо более высокому уровню злоупотреблений со стороны директоров.**

⁴ Последний раз - при обсуждении возможности введения “astreinte” в России

4) Институт «репутации» в нашей стране ещё только в зачаточном состоянии, и не играет той дисциплинирующей и стимулирующей роли, какую он играет на Западе. Соответственно, для Западной Европы и Северной Америки институт репутации во многом заменяет институт прямой имущественной ответственности, чего не происходит в России.

5) В России, 70 лет не было именно предпринимателей/инвесторов/акционеров; директоров же всегда было «пруд пруди».

На этом фоне после победы государственно-монополистического капитализма, в России остро ощущается нехватка желающих рисковать своими деньгами, а вот в желающих быть «топ-менеджерами» недостатка как раз нет и не предвидится. Что и понятно: доход топ-менеджеров зачастую превосходит доход даже среднего (не говоря уж о мелком) предпринимателя, а стрессов и головной боли меньше на два порядка, риски также на порядки ниже. Если мы теперь ещё объявим предпринимателям, что нанятые ими управленцы не будут отвечать за явную неразумность (небрежность), то улучшим ли мы условия для рыночной экономики?

При указанных выше особенностях, если сравнивать Россию и Запад, имеет смысл обсуждать целесообразность более жёсткой ответственности наших «chief executive», а уж никак не более мягкой, чем на Западе.

II. Выводы

1. Разумность и добросовестность как 2 самостоятельных содержательных требования к деятельности директоров являются правильным решением законодателя.

При этом, поскольку обязанность доказать противоправность поведения директора лежит в силу общеправовых принципов на истце, а существо данных обязанностей таково, что их невозможно нарушить невиновно, то исследование соблюдения директором этих обязанностей неизбежно сливается с исследованием его вины. Следовательно, чисто технически, можно формально и не отступать от положений ст.401 и ст.1064 ГК о презумпции вины; *фактически* в любом случае бремя доказывания противоправности поведения директора по существу возложит на истца и бремя доказывания вины ответчика.

При таких обстоятельствах, провозглашенная в проекте Постановления презумпция невиновности директора является *чисто формальным, но не сущностным* отступлением от общеправовых презумпций и не может вызывать никаких возражений.

2. Неразумность действий директора, помимо умысла, должна - и de lege lata и de lege ferenda – включать в себя, во всяком случае, **грубую неосторожность** (gross negligence).

Кроме того, de lege ferenda представляется целесообразным установить *ограниченную* ответственность директоров в случаях простой неосторожности. Предел ответственности при этой форме вины представляется справедливым установить от 1 до 12 месячных заработков директора (внутри этих границ сумму определяет суд с учетом конкретных обстоятельств). Причем не исключена возможность введения такой нормы путем правотворчества ВАС РФ.

В далёком будущем, видимо, судебная практика придёт и к тому, что стандарты поведения для членов наблюдательных советов (не входящих в исполнительные органы), во всяком случае «независимых» членов, могут быть мягче чем для членов исполнительных органов. На текущем начальном этапе – пока не решен ряд более важных задач в сфере ответственности директоров - такое различие, пожалуй, будет уже «перегрузкой».

3. Стандарты доказывания неразумности и недобросовестности директоров (трактовка грубой неосторожности) должны позволять российским юридическим лицам и их акционерам взыскивать убытки с директоров, как минимум не сложнее, а скорее проще, чем в Европе и Северной Америке.

4. Во избежание процессуальных злоупотреблений и избыточной нагрузки на судебную систему целесообразно ограничить право предъявления косвенных исков к директорам. То есть, помимо самих организаций, понесших убытки, правом на подачу исков должны обладать не все акционеры/участники, а только владеющие (единолично или в совокупности) крупной долей (размер подлежит дополнительному обсуждению). В этом случае (исключение права мелких акционеров подавать иски к директорам) следует предусмотреть также право совета директоров обращаться от имени общества с иском.

5. Если предложенный проект Постановления Пленума ВАС РФ оценивать как первый серьёзный шаг в развитии и детализации правовых норм об ответственности директоров, то данный проект представляется почти идеальным. С моей точки зрения, его следует всячески приветствовать.

Единственное дополнение: в качестве еще одного основания для введения контрпрезумпции неразумности действий директора я бы предложил указать (дополнив пункт 2 Постановления подпунктом 5) *совершение явно нетипичных (необычных) действий, в частности, совершение сделок или иных юридических действий на нетипичных (необычных) для аналогичных ситуаций условиях*. (Например, крупные торговые сети всегда приобретают товары у поставщиков на условиях отсрочки платежа; если директор какой-то крупной торговой сети вдруг приобрел товар на условиях предварительной оплаты (а поставщик – пускай даже проверенный и добросовестный - в итоге товар не поставил и обанкротился), то истец должен доказать суду, что такие условия договоров крайне нетипичны для торговых сетей, и в этом случае уже на директоре будет лежать бремя доказывания того, какими разумными соображениями было оправдано совершение им сделки на условиях авансирования).