

ТЕЗИСЫ ВЫСТУПЛЕНИЯ ЕМЕЛЬЯНОВА В.С.

Без поражений не бывает побед. Один из наиболее известных и тиражируемых предпринимателей и бизнес-тренеров Р.Кийосаки в своей книге «Богатый папа, бедный папа» написал, что лучше бы Вам, господа, обанкротиться до 30 лет, чтобы потом у Вас еще было очень много времени для создания новых направлений в бизнесе. Страх принятия неординарных, а может быть подчас и отчаянных решений – вот то, что, пожалуй, выделяет настоящих бизнесменов и предпринимателей от остальных людей.

Более того, существуют сферы бизнеса, в которых высокая доля риска – это вообще неотъемлемый элемент успешности компании (венчурные фонды, инвестиционные компании). На фоне других инвесторов наш отдельно взятый руководитель может быть успешен и популярен только в случае принятия абсолютно непопулярного решения, а последствия решения или эффективность могут проявиться только спустя значительное время, когда к нему уже предъявлен иск о возмещении убытков и он уже почти признан банкротом.

Бенджамин Грэхэм¹, гуру инвестиций, написавший книгу «Разумный инвестор» различает пассивного и активного инвестора, для последнего вообще принятие «супер рискованных» решений норма, но и доходность его бизнеса несоизмерима выше. Из 10 принятых им решений 9 могут оказаться абсолютно провальными, но зато последнее, 10-ое, с лихвой окупит предыдущие неудачи.

Значит ли это, что в подобном случае (после первой же из 9 ошибок) мы имеем право требовать возмещения убытков от такого ЕИО?

Очевидно, что в этой ситуации следует как минимум принимать во внимание специфику ведения того или иного бизнеса и оценивать его решения, применительно к требованиям добросовестности и разумности.

Более того, законодательно закреплено, что предпринимательской является самостоятельная, **осуществляемая на свой риск деятельность**, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Сам по себе смысл предпринимательской деятельности связан с постоянной, неизбежной угрозой и риском потерять все активы или значительно уменьшить их стоимость.

Совершенно очевидно, что в предлагаемой редакции Постановление могло фактически привести к безмолвности ЕИО, более того, интересно, что согласно п. 7 проекта одобрение решения акционером также не влечет исключения ответственности ЕИО.

Во-первых, следует отметить, что на практике коль сколько-нибудь существенные для Общества сделки никогда не принимаются директором единолично, без согласования с акционером/участником.

Иными словами решение ЕИО в обороте – это всегда решение участника/акционера. В этой связи не совсем понятно значение п.7 Проекта, не попытка ли это подстраховаться (собственника бизнеса) на случай принятия неправильного решения: «Не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что совершение сделки юридического лица, повлекшей для последнего негативные последствия,

¹ «Я прочел первое издание этой книги в начале 50х, когда мне было 19 лет. В то время я думал, что это самая лучшая из всех когда-либо написанных книг об инвестиционной деятельности. Я и сейчас так думаю» - Уоррен Баффет. 2011 г. Предисловие к книге Грэхема «The Intelligent Investor».

было одобрено решением коллегиальных органов юридического лица, а равно его учредителей (участников), поскольку директор несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица (пункт 3 статьи 53 ГК РФ).»?

Возникает вопрос, а кто теперь пойдет работать ЕИО?

Этот вопрос можно переформулировать еще по-другому: А что на практике должны делать ЕИО, если он не согласен с экономической обоснованностью принятого акционером решения? Сразу предупреждать собственника бизнеса о своем желании уволиться?

Не происходит ли в данном случае размывание ответственности принятого собственником решения?

Особого внимания заслуживает п. 11, который фактически открывает новые возможности для подачи косвенных исков участником, не являвшимся таковым на момент принятия решения, что не в полной мере укладывается в позицию того же ВАС РФ по другим делам (Дело Джой Лад² и т.п.), да и в целом может стать хорошим механизмом оказания давления на директора. В случае принятия постановления в предлагаемой редакции, может существенно увеличиться возможность необоснованного давления даже на добросовестного директора в случае корпоративного конфликта участников. То есть возможна ситуация, когда иски к директору будут использоваться просто с целью оказания на него давления и установления контроля над юридическим лицом.

Так как застраховать себя от потенциальных убытков ЕИО и коллегиальных органов управления?

Развитые правовые порядки уже выработали для себя алгоритм решений по данному вопросу, и ответ достаточно прост и лежит в общем то на поверхности – страхование ответственности лиц, принимающих судьбоносные для Общества решения.

Ректор РЭШ Сергей Гуриев в своей лекции "Корпоративное управление: Советы директоров» о том, как работают, в частности СД в Англии и Америке разъяснил механизм работы института СД в России и западных странах, а также описал, на чем основывается столь высокая эффективность СД в западных юрисдикциях и как «застраховать» себя от нерадивого управленца.

В этой связи я позволю себе процитировать значительную часть его лекции, посвященной обозначенному вопросу: «Большинство членов совета должны быть независимыми. В каком смысле? В том смысле, что генеральный директор не может на них повлиять. Вот как устроено разделение властей в идеальной демократической республике. Президент не назначает парламент; президент, вообще говоря, подотчетен парламенту. Парламент может отправить президента в отставку. Так должно происходить и в идеальной модели корпоративного управления. Как устроены стимулы членов совета директоров? В демократической республике обычно это стимул репутационный и избирательный. Если депутат будете плохо служить своим избирателям, его/ее больше не выберут. В корпорации это тоже имеет значение. Но для того чтобы люди заботились, чтобы их выбрали на следующий раз, нужно, чтобы, во-первых, избиратели (акционеры) знали, что они делают для акционеров, во-вторых, чтобы они дорожили своим местом. Для этого им нужно платить деньги, которые так или иначе связаны с качеством их работы в роли членов совета.

Вторая часть стимулов – это **репутационные стимулы. В том числе и карьерные стимулы – то, что называется по-английски career concerns. Если вы будете плохим членом совета директоров, то об этом (в идеальной модели) сразу все узнают, и вы больше не сможете стать членом другого хорошего совета директоров, и в других местах все будут знать, что вы не справились со своей предыдущей работой.**

² Постановление Президиума ВАС РФ от 28.11.2006 N 9148/06 по делу N А40-38280/05-134-314

Третий источник стимулов – это то, что на русский язык переводится очень плохо – **фидуциарная ответственность - fiduciary duty**. Это означает следующее: когда я становлюсь членом совета директоров, я беру на себя обязательство действовать в интересах акционеров. Если я буду делать что-то другое, то, вообще говоря, акционеры могут подать на меня в суд. Если судья примет решение, что я сознательно действовал против интересов акционеров, то я могу получить фактически материальную ответственность перед акционерами, должен буду возместить им эти самые убытки.

Есть **три составляющих fiduciary duty**, опять же на русский язык они переводятся не очень хорошо: (1) **obedience** – обязанность выполнять законы корпорации, действовать по правилам и делать так, чтобы корпорация жила по писаным законам; (2) **loyalty** – то, что я делаю в рамках члена совета директоров, должно быть в интересах акционеров, и, наконец (3) **care** – очень важный момент, означает, что я потрачу все свои силы, чтобы получить нужную мне информацию, чтобы принять решение в интересах акционеров. **Если я проголосовал или принял какое-то решение, пренебрегая возможностью получить необходимую для этого решения информацию, то суд примет решение, что я неправ и должен возместить деньги моим акционерам.** В этом, надо сказать, парламент немножко отличается от совета директоров. Трудно себе представить, что мы попробуем заставить депутатов возместить нам убытки от их неправильных решений (во-первых, их трудно оценить, во-вторых, эти убытки слишком велики – ни у одного депутата не найдется столько денег).

Впрочем, и среди членов совета есть много людей, которые беднее, чем те корпорации, в советах директоров которых они работают. Неправильное решение совета директоров может привести, скажем, к потере 10 процентов рыночной капитализации большой компании. У членов совета директоров таких денег нет. Впрочем, с этой проблемой мир научился справляться. **Ответственность членов совета директоров страхуется.** Если член совета директоров делает ошибку, то страховая компания частично (почти полностью) возместит убыток акционерам, у членов совета директоров будут проблемы с репутацией, но, кроме того, будут и материальные проблемы, потому что часть убытка придется возмещать все-таки им.

Для того, чтобы эта модель эффективно работала, крайне важна хорошая судебная система. Например, для типичной англо-саксонской концепции fiduciary duty просто необходим суд, который будет принимать решение, выполнял ли член совета директоров свои фидуциарные обязательства или нет. Для репутационных и карьерных стимулов необходимо, чтобы суд определил размер ущерба и вину.

В мире есть несколько очень хороших кодексов корпоративного управления, есть Combined Code в Великобритании (это, на самом деле, целый набор кодексов по разным вопросам), есть Принципы корпоративного управления Организации экономического сотрудничества и развития. Есть очень интересный принцип того, как нужно относиться к этим кодексам – «Выполняй или объясняй». Все компании разные, необязательно строить корпоративное управление во всех компаниях по единой мерке. Компания может сказать: «Мы будем выполнять такие-то положения этого кодекса, а такие-то не будем выполнять, потому что в этом отношении этот кодекс нашей компании не подходит». Это абсолютно нормально в той же самой Англии, тем более, это можно было бы сделать в России. Практически ни одна российская компания – за исключением буквально нескольких – этого не делает. **Следующий вопрос: профессиональное образование для директоров. Для финансовых аналитиков есть, например, профессиональный экзамен CFA, для профессиональных бухгалтеров и аудиторов есть экзамен АССА. Такой же экзамен есть и для членов советов директоров в Великобритании, его проводит Institute of Directors, профсоюз независимых директоров.** Вообще говоря, человек, который не умеет считать баланс, не понимает основные принципы маркетинга или управления людьми, не может сдать этот экзамен. Этот экзамен не является обязательным для того, чтобы стать членом совета директоров, но, тем не менее, сдача

этого экзамена – серьезный сигнал о том, что вы более квалифицированный директор, чем кто-либо другой."

Подытожить хотелось бы следующими словами: «Кто не рискует, тот не пьет шампанского» – крылатое выражение, пришедшее к нам из Европы³ в полной мере показывает какого директора, очевидно, хотят видеть собственники своего бизнеса.

³ Пословица пришла к нам из Европы из среды гонщиков на автомобилях. Чтобы добиться победы гонщик должен идти в том числе и на риск. Как Вы знаете, у гонщиков формулы 1 есть традиция - победителей купают в брызгах шампанского. От этой традиции образовалось выражение. Кстати, сама традиция с шампанским появилась в 1950 году, когда чемпионат мира Формулы 1 Гран-При Франции проходил на северо-востоке Франции, в городе Реймсе - столице провинции Шампань. Французский этап королевской категории гонок спонсировался производителями шампанского - Полем Шандоном Моётом и его двоюродным братом - графом Фредериком Шандоном де Брайем. Победителю гонки Хуану Мануэлю Фанхио спонсоры вручили трехлитровую бутылку шампанского марки «Моёт и Шандон». Организаторы гонок решили сохранить эту традицию и стали дарить шампанское победителям каждый год. Традиция брызгать шампанским появилась еще через 16 лет, когда в 1964 году Джо Сифферт победил в 24-часовой гонки Ле Ман. Шампанское которое ему вручили по всей вероятности не было достаточно охлаждено и при открытии бутылки, пробка взмыла в воздух, а брызги шампанского полетели в разные стороны. Так появилась традиция разбрызгивать шампанское победителями.