

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Защита делового решения: проблемы и стандарты применения

Борисенко Дмитрий Романович

Руководитель проектов адвокатского бюро «Прайм Эдвайс Санкт-Петербург»

Терещенко Татьяна Алексеевна

Кандидат юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), руководитель аналитического отдела адвокатского бюро «Прайм Эдвайс Санкт-Петербург», адвокат, FCI Arb, арбитр Международного арбитража IUS, Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, Ассоциации участников по содействию в развитии третейского разбирательства

В настоящей статье авторы анализируют применяемые стандарты оценки действий менеджмента и принимаемых им решений через призму существующего в доктрине и на практике подхода к оценочным понятиям в целом и правилу защиты делового решения в частности. Отдельное внимание уделено изучению сложностей, которые препятствуют непротиворечивому применению данного правила на практике, а также выработке общих рекомендаций по эффективному использованию сложившегося подхода для минимизации правовых рисков ненадлежащей квалификации.

Ключевые слова: оценочные понятия, защита делового решения, субсидиарная ответственность, убытки, добросовестность, разумность.

Введение

В последние годы наблюдается тенденция увеличения количества споров, связанных с привлечением менеджмента к субсидиарной ответственности для взыскания убытков. При этом если не каждое, то подавляющее число исковых заявлений по подобного рода делам по умолчанию содержат ссылку на такие оценочные категории, как недобросовестность, неразумность, неосмотрительность, при оценке действий привлекаемых к ответственности лиц.

Использование указанных оценочных понятий, хоть и близких в общеупотребительном (бытовом) смысле, но в то же время разных по своему правовому значению и содержанию, на практике становится настолько частым, что в конечном счете приводит к их неоправданному смешению и отождествлению.

Такая ситуация чревата системными ошибками при оценке существа бизнес-решений менеджмента в процессе судебного спора.

В связи с этим теоретический и практический интерес представляет обобщение и анализ существующих подходов к использованию правила защиты делового решения. Важным представляется не только указание на существующие недостатки правоприменительной практики в настоящее время, но и ее использование в эффективном ключе для потенциального формирования различных правовых стратегий, направленных на снижение соответствующих правовых рисков ненадлежащей правовой квалификации.

Оценочные понятия в гражданском праве: суть подхода

В свое время Конституционный Суд Российской Федерации указал на то, что использование в норме оценочных понятий не свидетельствует о неопределенности ее содержания, поскольку разнообразие фактических обстоятельств делает невозможным установление их исчерпывающего перечня в законе, а использование законодателем оценочной характеристики преследует цель эффективного применения нормы к неограниченному числу конкретных правовых ситуаций¹.

Подобная позиция созвучна современному доктринальному подходу, рассматривающему оценочные понятия как «законодательные конструкции с открытым содержанием, интерпретация которых осуществляется правоприменителем путем оценки обоснованности ситуационных отклонений от стандартов оценки, закрепленных в законе и/или разъяснениях высших судебных инстанций посредством установления определенных эталонов или перечисления критериев для их определения»².

Очевидным следствием наличия любых оценочных категорий является риск чрезмерного субъективизма при их применении и противоречия в процессе правовой квалификации в зависимости от правоприменителя и его внутренних представлений о стандартах поведения. Однако такой риск сбалансирован тем, что факт существования оценочных понятий возлагает на того же правоприменителя задачу поиска «наиболее общих признаков, свойств, качеств,

¹ Абзац второй пункта 2.2 определения Конституционного Суда Российской Федерации от 21.02.08 № 120-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Яновича Максима Владимировича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 1064, пунктом 1 статьи 1079 и абзацем вторым пункта 2 статьи 1083 Гражданского кодекса Российской Федерации».

² Мазур О. В. Требование разумности в соотношении с требованием добросовестности в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2012. С. 7.

связей и отношений разнообразных предметов, явлений, действий, процессов»³ для целей осуществления правовой квалификации конкретного поведения в конкретной ситуации и обоснования выбранной позиции. При этом что выработка стандартов толкования представляет собой динамичный процесс, который время от времени предполагает уточнение или пересмотр сформированных подходов.

Правило защиты делового решения: существующий подход

Правило защиты делового решения, к особенностям применения которого в полной мере применимо сказанное выше об оценочных понятиях в целом, можно определить как специфичный способ защиты менеджмента или собственников капитала от необоснованных требований, связанных с привлечением к субсидиарной ответственности и взысканием убытков. В сущности, его использование на практике необходимо тогда, когда требуется обосновать допустимость того или иного действия органов управления юридического лица или собственников бизнеса, каким бы противоречивым и нелогичным в конкретной ситуации оно ни казалось третьим лицам.

Основная сложность применения этого способа защиты состоит в том, что на легальном уровне невозможно сформулировать универсальные для всех случаев жизни подходы к оценке содержания конкретного делового решения. Поэтому выработка тех или иных непротиворечивых критериев его квалификации является задачей правоприменителей.

В свое время, опираясь на накопленный опыт разрешения корпоративных споров между управляющим менеджментом и собственниками капитала, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее — ВАС РФ) в относительно систематизированном виде сформулировал стандарты оценки деловых решений в постановлении Пленума от 30.07.13 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» (далее — постановление № 62), которые до сих пор активно применяются судами.

Если вкратце суммировать содержание пунктов 2–4 постановления № 62, можно обратить внимание, что ВАС РФ пошел по пути «иллюстрации» примеров недобросовестности и неразумности, а также указания на то, что может их опровергать.

В частности, по мнению ВАС РФ, недобросовестность при принятии или непринятии делового решения считается доказанной, если решение было принято или, напротив, не принято при наличии или вследствие:

- 1) конфликта личных и корпоративных интересов;

³ Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут, 2010. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

2) сокрытия или непредоставления информации участникам юридического лица либо предоставления ложной информации;

3) неполучения необходимых в силу закона или устава корпоративных одобрений;

4) уклонения от передачи документов после истечения полномочий единоличного исполнительного органа;

5) знания (прямого или подразумеваемого) о несоответствии существа решения интересам юридического лица.

В свою очередь, доказательством неразумности делового решения, согласно позиции ВАС РФ, являются:

1) игнорирование всей известной информации, имеющей значение в конкретной ситуации;

2) непринятие действий в части получения необходимой и достаточной информации, которые обычны для деловой практики при сходных обстоятельствах;

3) несоблюдение обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок.

Отдельно ВАС РФ подчеркнул, что в целом «добросовестность и разумность при исполнении возложенных на директора обязанностей заключаются в принятии им необходимых и достаточных мер для достижения целей деятельности, ради которых создано юридическое лицо, в том числе в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на юридическое лицо действующим законодательством» (абзац первый пункта 4 постановления № 62).

При всей востребованности практикой приведенных разъяснений следует признать, что примеры ВАС РФ достаточно абстрактны и в этом смысле вряд ли удачны. Сложно игнорировать и некоторые внутренние логические противоречия. Например, ВАС РФ формально противопоставил недобросовестность и неразумность, разделив их на два пункта в постановлении № 62. Однако содержательно приведенные примеры похожи (например, в части недостаточной или ненадлежащей информации). Равным образом вызывает сомнение раскрытие подобных категорий через нарушение обязанностей (например, в виде несоблюдения тех или иных требований).

Недобросовестность и неразумность являются самостоятельными «качественными» характеристиками поведения, которое может быть как законным, так и незаконным, но при этом недобросовестным и неразумным, либо добросовестным, но неразумным, и наоборот.

В доктрине относительно давно обсуждается проблема того, в каких смыслах используется в законодательстве категория «разумность» в контексте соотношения ее с добросовестностью, учитывая, что законодатель иногда говорит просто о добросовестности, а иногда о добросовестности и разумности. Например, в пункте 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)

в качестве принципа сформулировано требование о том, что как при осуществлении прав, так и при исполнении обязанностей необходимо действовать добросовестно (при этом отдельно разумность не упоминается). Напротив, в пункте 5 статьи 10, пункте 3 статьи 53 ГК РФ, на которые ссылается ВАС РФ, требования добросовестности и разумности используются вместе через союз «и», который, как следует из контекста, является соединительным. Не вдаваясь в дискуссию, вполне логичным можно считать объяснение, предложенное О. В. Мазур, по мнению которой, существует «два аспекта (уровня) требования разумности в российском обязательственном праве: (1) разумность действий субъекта как условие соответствия общему требованию объективной добросовестности (*обоснованность и последовательность действий*) и (2) разумность действий субъекта в случае, когда соответствующее требование к поведению субъекта специально предусмотрено законом (*эффективность действий*)»⁴.

Иными словами, формального разделения требований, еще и в негативном ключе, как это сделал ВАС РФ, недостаточно для раскрытия их существа, поскольку остается неясным, какой смысл законодатель придал совместному использованию двух терминов, обязательно ли обоснование признаков и добросовестности, и разумности, а равно какие конкретно критерии необходимы для оценки фактических обстоятельств дела, если они не подпадают полностью или в части под приведенные в постановлении № 62 примеры.

Отдельно можно посетовать, что ВАС РФ в каком-то смысле предложил логически замкнутый круг, отказавшись от противопоставления добросовестности и разумности при указании на то, что добросовестным и разумным решение является тогда, когда приняты все необходимые и достаточные меры. Из этого следует, что вроде бы непринятие хотя бы одной из мер должно свидетельствовать о наличии оснований привлечения к ответственности. Однако открытым остается вопрос о том, как именно определять подобную достаточность необходимых мер в конкретной ситуации. Тем более что категории достаточности и необходимости также являются оценочными.

Банкротная практика

Стандарт оценки делового решения через призму именно (не)добросовестности и (не)разумности получил определенное развитие в банкротной практике, в том числе по причине расширения круга лиц, привлекаемых к ответственности в связи с принятием ими определенных бизнес-решений.

⁴ Мазур О. В. Указ. соч. С. 8.

Так, в 2017 году вступили в силу изменения в Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (пункт 3.1 статьи 3), в соответствии с которыми по заявлению кредиторов менеджмент может быть привлечен к субсидиарной ответственности в случае исключения компании из Единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ).

Равным образом Пленум Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) в пункте 18 постановления от 21.12.17 № 53 «О некоторых положениях, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее — постановление № 53) прямо указал, что правило о защите делового решения применяется при рассмотрении споров о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. В частности, ВС РФ подчеркнул: «Контролирующее должника лицо не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности в случае, когда его действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, не выходили за пределы обычного делового риска и не были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов (пункт 3 статьи 1 ГК РФ, абзац второй пункта 10 статьи 61.11 Федерального закона от 26.10.02 № 127-ФЗ „О несостоятельности (банкротстве)“). При рассмотрении споров о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности данным правилом о защите делового решения следует руководствоваться с учетом сложившейся практики его применения в корпоративных отношениях, если иное не вытекает из существа законодательного регулирования в сфере несостоятельности».

Такое разъяснение можно считать своего рода следующим этапом развития стандартов толкования. Однако большей ясности относительно критериев квалификации не появилось, в том числе и по поводу того, как взаимосвязаны требования «пределы обычного делового риска», «ненарушение прав третьих лиц» и «добросовестность и разумность». Хотя очевидно, что в рамках банкротного процесса правило о защите делового решения должно применяться с учетом определенной специфики и презумпций, поскольку споры в данном случае возникают, как правило, не между собственниками капитала и менеджментом, а между кредиторами и бывшим руководством и акционерами компании.

В итоге практика, на наш взгляд, пошла по пути наименьшего сопротивления и выработала подход, согласно которому оценка бизнес-решений менеджмента также производится через призму категорий «добросовестность» и «разумность».

Показательным можно считать *определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 30.01.20 № 306-ЭС19-18285*, в котором указано, что «само по себе исключение юридического лица из реестра в результате действий (бездействия), которые привели к такому исключению (отсутствие отчетности, расчетов в течение долгого времени), равно как и неисполнение обязательств, не является достаточным основанием для привлечения к

субсидиарной ответственности в соответствии с названной нормой. Требуется, чтобы неразумные и/или недобросовестные действия (бездействие) лиц, указанных в подпунктах 1–3 статьи 53.1 ГК РФ, привели к тому, что общество стало неспособным исполнять обязательства перед кредиторами, то есть фактически за доведение до банкротства. <...> Привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности является исключительным механизмом восстановления нарушенных прав кредиторов, и при его применении судам необходимо учитывать как сущность конструкции юридического лица, предполагающей имущественную обособленность этого субъекта (пункт 1 статьи 48 ГК РФ), его самостоятельную ответственность (статья 56 ГК РФ), наличие у участников корпораций, учредителей унитарных организаций, иных лиц, входящих в состав органов юридического лица, широкой свободы усмотрения при принятии (согласовании) деловых решений (пункт 1 постановления № 53)».

Практические рекомендации

Отмеченные недостатки при использовании правила защиты делового решения существенны, но, как представляется, могут быть скорректированы только по мере накопления и дифференциации правоприменительной практики по корпоративным и банкротным спорам о взыскании убытков или привлечении к субсидиарной ответственности.

Тем не менее они не мешают выстраивать стратегию защиты через правило защиты делового решения, опираясь на базовую идею о том, что сама по себе «убыточность» делового решения не является автоматически признаком его неправомерности.

Соответственно, чтобы раскрыть смысловое значение и дать оценку действиям менеджмента, необходимо в каждой конкретной ситуации пропустить через свое сознание целый набор ассоциаций, фактов и знаний, связанных как с процессом принятия деловых решений, так и с существующими подходами и к содержанию добросовестности и разумности, и к правилам их использования.

В частности, условия работы бизнеса в текущих реалиях требуют, чтобы менеджмент при принятии решений о заключении или одобрении сделок или иных деловых решений задавал себе ряд вопросов, например: будет ли то или иное деловое решение защищено в случае спора; может ли оно пройти как минимум тест на добросовестность и разумность?

Обобщенно опыт применения категорий добросовестности и разумности на практике позволяет исходить из того, что добросовестность раскрывается через следующие критерии:

— соответствие делового решения общепринятым (типичным) правилам поведения участников гражданских правоотношений в конкретной ситуации (объективный критерий);

— осознание и понимание необходимого поведения и последствий своих действий, а также соизмерение своих интересов с интересами другого лица (субъективный критерий).

В свою очередь, разумность характеризуется следующим:

— целесообразность принимаемого решения (объективный критерий);
 — познавательная (интеллектуальная) способность лица (субъективный критерий).

Можно смоделировать ситуацию, когда действия менеджмента при принятии делового решения характеризуются как добросовестные, но не разумные. Например, директор заключил сделку по закупке продукции по привлекательной цене для ее последующей перепродажи. Впоследствии товары испортились и их пришлось утилизировать, поскольку на момент закупки на складах компании еще имелось достаточное количество продукции.

Действовал ли директор добросовестно? Вероятно, ответ должен быть утвердительным, поскольку директор преследовал цель извлечения прибыли (*объективный критерий*) для компании и не знал, что приобретает товар с избытком (*субъективный критерий*).

Действовал ли директор разумно? Очевидно, что нет, поскольку директор не принял меры для получения необходимой информации об остатках товара на складе (*субъективный критерий*), вследствие чего совершил нецелесообразную для компании сделку, приведшую к убыткам (*объективный критерий*).

Таким образом, должен применяться именно комплексный подход к оценке бизнес-решений, а соответственно, не любое решение, которое принято из добрых (лучших) намерений, подлежит защите, поскольку не является одновременно и добросовестным, и разумным.

Однако подобных общих рассуждений вряд ли достаточно для выстраивания эффективной стратегии на случай спора.

Не менее важное значение имеет ряд соображений, которые можно условно назвать принципами применения правила защиты делового решения.

В частности, суд не должен подменять собой финансово-экономическую экспертизу.

Если оценка бизнес-решения дается судом, вероятнее всего, такое решение уже повлекло возникновение каких-либо негативных последствий, например в виде убытков. Как правило, на данном этапе уже можно без существенного труда достоверно обнаружить, где именно была допущена ошибка при принятии того или иного решения.

В постановлении № 62, а позднее и в постановлении № 53 отдельно обращается внимание на то, что суд не должен проверять экономическую целесообразность бизнес-решений и что менеджмент не несет ответственности в случае, если его действия не выходили за пределы обычного предпринимательского риска.

В судебной практике встречаются ситуации, когда суды назначают экспертизу для оценки убыточности деятельности компании и определения размера убытков. При этом далеко не всегда из судебных актов следует, в чем же выразились недобросовестность и неразумность действий менеджмента, кроме, собственно, самого факта убыточности отдельных операций (*постановления Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 13.07.22 по делу № А32-49071/2019 и Арбитражного суда Центрального округа от 18.10.17 по делу № А68-9227/2014*).

Поэтому при рассмотрении данной категории дел крайне важно найти баланс между обычным предпринимательским риском и недобросовестными и неразумными действиями, чтобы производить оценку бизнес-решений ретроспективно. То есть во внимание должна приниматься та обстановка и те вводные данные, которые имелись у лица, принимавшего деловое решение, без учета уже наступивших негативных последствий.

Для этого крайне важен взгляд на ситуацию с позиции другого субъекта. При квалификации бизнес-решений необходимо оценивать, как в схожей ситуации действовал бы другой абстрактный «хороший» директор, член совета директоров, акционер (в зависимости от ситуации).

При этом все участники гражданских правоотношений обладают разным уровнем правосознания. Соответственно, и стандарты при оценке деловых решений также должны отличаться. Например, нельзя требовать от руководителя небольшого кафе такого же уровня стандарта поведения при принятии бизнес-решений, как от члена совета директоров банка.

Такая идея поддерживается судебной практикой. В одном из недавних дел ВС РФ указал, что топ-менеджер банка, положившийся на заключение профильных комитетов при совершении (одобрении) убыточной сделки, вправе ссылаться на правило о защите делового решения. Следовательно, для привлечения такого лица к субсидиарной ответственности необходимо представить доказательства очевидной невыгодности сделки либо осведомленности ответчика о нарушениях, допущенных профильным комитетом при одобрении сделки (*определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 07.10.21 № 305-ЭС18-13210(2)*).

У подобного вывода есть и обратная сторона: например, если в компании существует такой инструмент, как юридическая служба, и директор при согласовании контракта данным инструментом не воспользовался, то при возникновении убытков у компании (в частности, вследствие признания сделки недействительной) существует вероятность последующего взыскания указанных убытков с директора.

Поэтому при оценке бизнес-решений крайне важно учитывать среду, в которой находилось лицо, принимавшее то или иное решение, и количество инструментов, которые имелись в его распоряжении для оценки обоснованности этого решения.

Нельзя сбрасывать со счетов и проблему так называемых двойных стандартов.

Принятие бизнес-решений связано с принятием на себя не только экономических, но и правовых рисков в виде возложения личной ответственности по обязательствам компании. Чтобы адекватно и объективно оценить правовые риски, требуется существование условий, которые позволяют обеспечить правовую определенность.

Однако стандарты оценки бизнес-решений в разных видах ответственности имеют определенную специфику. В зависимости от этой специфики стандарты оценки действий менеджмента могут изменяться.

Так, в случае банкротства компании нейтральное отношение к некоторым видам действий, совершаемых в обычной хозяйственной деятельности, резко меняется на негативное. Например, следующие операции являются стандартной деловой практикой при осуществлении текущей хозяйственной деятельности бизнеса: перераспределение активов внутри группы компаний; перевод денежных средств по внутренним счетам на основании договоров займа под низкий процент; неистребование дебиторской задолженности от компании, входящей в группу, ввиду чего сроки исковой давности оказываются пропущенными; списание с баланса компании имущества, не являющегося, по мнению акционеров и управляющего менеджмента, ликвидным.

Однако в ситуации банкротства компании меняется вектор оценки таких действий: они уже не воспринимаются как стандартные решения, вследствие чего менеджмент может быть привлечен к субсидиарной ответственности по обязательствам компании.

В то же время в случае исключения компании из ЕГРЮЛ в административном порядке презумпции, используемые в делах о банкротстве при рассмотрении споров о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности, не применяются (*определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 30.01.20 № 306-ЭС19-18285 и от 25.08.20 № 307-ЭС20-180*).

Ситуация, при которой одно и то же бизнес-решение может быть квалифицировано как правомерное и неправомерное одновременно, в зависимости от вида ответственности, с одной стороны, направлена на защиту более широкого круга лиц от неправомерных действий менеджмента, а с другой — дестабилизирует деловой оборот.

Конечно, этому есть разумные объяснения, ведь свобода при принятии бизнес-решений ограничивается тогда, когда она может привести к нарушению интересов контрагентов и кредиторов компании. Но далеко не всегда эта грань является очевидной, и порой распознать ее удастся только по прошествии нескольких лет, когда в рамках дела о банкротстве арбитражный управляющий проводит анализ финансового состояния должника.

С другой стороны, данное несовершенство повышает требования к менеджменту, который должен одновременно учитывать интересы акционеров, компании и кредиторов не только в моменте, но и прогнозировать, как такие действия могут быть квалифицированы в будущем, спустя несколько лет, исходя из разных сценариев развития событий.