



Луценко Сергей Иванович —

эксперт НИИ Корпоративного и проектного управления, аналитик Института экономических стратегий, автор проекта «Контурь Концепции развития финансового кластера Российской Федерации на долгосрочную перспективу», соавтор «Стратегии развития электросетевого комплекса Российской Федерации».

Sergey I. Lutsenko —

The Corporate and Project Management Institute.

## Применение правила бизнес-решения в российских реалиях

Конституционный суд Российской Федерации сформулировал в своих решениях особенности применения правила бизнес-решения (*business judgment rule*). Органы управления (менеджмент, совет директоров) обладают самостоятельностью и широкой дискрецией при принятии решений в сфере бизнеса, в том числе по вопросу определения приоритетных направлений деятельности компании (экономической стратегии развития компании). Судебные органы не вправе оценивать экономическую целесообразность принятого ими решения, поскольку в силу рискованного характера предпринимательской деятельности существуют объективные пределы в возможностях судов выявлять наличие в ней деловых просчетов<sup>1</sup>.

Другими словами, Конституционный суд определил: в условиях конституционного принципа свободы экономической деятельности управленческие органы компании вправе самостоятельно выбирать экономическую стратегию развития бизнеса с помощью определенных корпоративных процедур (в том числе принять решение о прекращении одного из приоритетных бизнес-направлений) с учетом согласования финансовых интересов собственников (не допуская агентских конфликтов). При этом должна отсутствовать личная финансовая заинтересованность руководства, недопустимо извлечение выгоды, в том числе в виде косвенного или прямого вознаграждения, обогащения за счет

УДК 34.03

JEL classification: G30, G38, K20, K22, K42

DOI: 10.33917/es-4.162.2019.126-131

В представленной статье рассматривается классическое правило бизнес-решения (*business judgment rule*), с помощью которого руководство компании может легитимизировать свои решения, допуская при этом деловые просчеты. Данное правило предоставляет широкую дискрецию (управленческое усмотрение) при принятии управленческими органами (менеджмент, совет директоров) своих решений. Используя данный механизм, руководство компании может защитить себя в суде от обвинений со стороны собственников. Современное правило бизнес-решения предъявляет определенные требования в отношении управленческих решений и их последствий. Автор рассматривает применение правила бизнес-решения с учетом дополнительных критериев в российских реалиях.

*Ключевые слова*

Правило бизнес-решения, совет директоров, собственник, деловой просчет, добросовестность, финансовый интерес, дискреция.

компании или третьих лиц, в том числе путем обращения в свою пользу коммерческих шансов общества (не допускается нарушение фидуциарных обязанностей лояльности, добросовестности и разумности), а также иное противоречие интересов директората и компании. Правило бизнес-решения оправдывает действия управленческих органов, когда они принимают решения (которые, по их мнению, являются наилучшими и принимаются в интересах компании) в пределах разумного и допустимого по условиям оборота предпринимательского риска. При этом допускается возможность негативных последствий для компании в результате деловых просчетов в силу рискованного характера предпринимательской деятельности при принятии указанного решения; такие осознанные управленческие действия не могут являться основанием для привлечения руководства компании к гражданско-правовой ответственности, которая может наступить лишь при наличии неправомерных противоправных (осознанных) и виновных действий<sup>2</sup>.

Конституционный суд Российской Федерации дополнительно конкретизирует особенности правила бизнес-решения. В частности, он возлагает на органы управления фидуциарные обязанности как составляющую успешного сотрудничества с собственником компании (важный элемент теории командного производства), а также связывает результат деятельности организации с профессиональными навыками руководителя<sup>3</sup>, иначе говоря, оценивает вклад управленца в результат деятельности компании (производная от успешного сотрудничества в рамках теории командного производства) [1].

Интересной представляется и позиция американского правоприменителя в отношении выбора критериев правила бизнес-решения. Например, Верховным судом штата Род-Айленд в деле «Alexander Hodges v. New England Screw Co.» 3 R.I. 9 (R.I. 1853) было определено, что органы управления при принятии решения обязаны действовать с должной заботливостью и разумностью. Если руководитель совершает ошибку (деловой просчет) при четком следовании наложенным на него фидуциарным обязанностям, он не несет ответственности. Более того, суды не вправе пересматривать целесообразность таких действий со стороны органа управления [Верховный суд штата Делавэр по делу «Bodell v. General Gas Electric Corporation» 140 A. 264 (Del. 1927)]. Сознательное воздержание от действия, которое может нанести ущерб компании (на первый взгляд, это может показаться бездействием со стороны руководителя), подпадает под применение правила бизнес-решения и тем самым защищает управленца от претензий (ответственности) со стороны собственников [Верховный суд штата Делавэр по делу «Aronson v. Lewis» 473 A.2d 805 (Del. 1984)].

Позиция в отношении правила бизнес-решения со стороны американских судов корреспондирует с направленностью национального (российского) правоприменителя.

Вырисовывается концептуальная классическая деловая модель поведения управленческих органов. Руководители (члены совета директоров) несут фидуциарные обязанности (должной заботливости и разумности). При совершении какой-либо сделки они должны иметь наиболее полную информацию о ее особенностях (структуризация сделки) и обладать необходи-

## Application of Business Judgment Rule in the Russian Realities

The clause considers The Business Judgment Rule with which help the management can legitimize the decisions, supposing thus honest mistake. The given rule gives wide discretion at accepting the decisions by organs of government (management, board of directors). Using the given mechanism, the company management can protect itself in court from charges from shareholders. The modern Business Judgment Rule makes certain demands concerning managerial decisions and their consequences. The author considers application of the Business Judgment Rule taking into account additional criteria in the Russian realities.

### Keywords

Business judgment rule, board of directors, shareholder, honest mistake, good faith, financial interest, discretion.

мыми полномочиями при ее совершении (в особенности это касается сделок с заинтересованностью). Управленец должен быть беспристрастен и заботиться о благосостоянии компании.

В отношении правила бизнес-решения Самуэль Аршт [2] отметил, что оно является «необходимым признанием человеческого фактора» и «данная абстрактная норма права (правило бизнес-решения) сегодня остается необходимым инструментом».

В любом случае действия органа управления при принятии решений должны быть тщательно взвешены и проанализированы и находиться под контролем со стороны собственников [3]. Собственник, доверяя свои активы (инвестиции) руководителю, не может не беспокоиться в отношении принятия последним эффективных решений, так как это напрямую затрагивается его (собственника, акционера) финансовый интерес<sup>4</sup>. Поведенческая модель органа управления в отношении принятия решения (в случае отсутствия императивных норм права, предписывающих, как следует действовать) должна как минимум быть ориентирована на сотрудничество — согласование (документальное подтверждение) с целью установления соответствия действий руководителя (члена совета директоров) сложившейся практике взаимоотношений с собственником. Тем самым происходит верификация действий директора на соблюдение фидуциарных принципов разумности и добросовестности с целью исключения конфликта корпоративных интересов<sup>5</sup>. Поскольку если бы принятие управленческих решений соответствовало фидуциарным принципам, то суд впоследствии не усомнился бы в их правильности [4].

В современных реалиях правило бизнес-решения должно не оправдывать действия и решения органов управления, а, напротив, вводить дополнительные жесткие критерии в отношении их вклада в деятельность компании, подразумеваемые ограничения в отношении управленческой дискреции.

Руководитель не должен совершать действия, нацеленные на защиту прав и интересов одних собственников в ущерб другим. Его вклад связан с развитием компании в целом и увеличением ее прибыли, активов, а также с недопущением агентских конфликтов<sup>6</sup>. Необходимо учитывать, что применение фидуциарных принципов добросовестности и разумности предполагает реализацию ру-

ководителем управленческой дискреции с учетом финансового положения (финансовых интересов) компании<sup>7</sup>. Тем самым правоприменитель отмечает, что широкая управленческая дискреция, связанная с управлением и распоряжением активами компании, подразумевает определенные ограничения. В частности, финансовые интересы компании превыше интересов управленческих органов.

В данном случае позиция российских судов коррелирует с позицией американского правоприменителя. В частности, Верховный суд штата Делавэр по делу «Cede Co. v. Technicolor, Inc.» 634 A.2d 345 (Del. 1993) рассматривает правило бизнес-решения через призму воздержания со стороны органов управления при принятии решений, которые могут причинить ущерб (убытки) компании, лишить ее прибыли или активов. Руководитель должен быть лоялен компании, не допускать конфликтов (недопущение агентской проблемы) между фидуциарной обязанностью должной заботливости и личным интересом. Тем самым суд ограничивает управленческую дискрецию, определяя приоритет интересов компании и ее собственников перед любым интересом руководителя, у которого находятся в распоряжении корпоративные активы.

С другой стороны, существует определенная особенность в отношении применения правила бизнес-решения. Данная особенность выработана Канцлерским судом штата Делавэр по делу «In Re Caremark Intern. Inc. Deriv. Lt.» 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). Правоприменитель заключил, что руководитель компании не является специалистом в юриспруденции или доктором, он — бизнес-консультант. Добросовестно выполняя свои обязанности и совершая сделки в условиях максимальной информированности, он не может предусмотреть все особенности внешней среды и допускает деловые просчеты. В конце концов он «не может быть Кромвелем в условиях гражданской войны». Во всяком случае, «он не нанимался, чтобы играть такую роль». Другими словами, если руководитель выполняет свои фидуциарные обязанности добросовестности, осознанно стремится действовать в интересах компании, совершая при этом ошибки, его ответственность за последствия управленческих решений исключается.

Хотелось бы обратить внимание на особенности сделок со стороны органов управления, связанных с необоснованными тратами (доктри-

на «корпоративной траты») в контексте правила бизнес-решения.

Доктрина «корпоративной траты» зачастую связана с неоправданными (незаконными) расходами руководства компании, которые осуществляются с целью получения личных выгод (рентоориентированное поведения органа управления). В частности, с целью получения безвозмездных благ руководителем без привязки к результату его работы. Правоприменитель отмечает, что действия органов управления являются недобросовестными и неразумными, в результате чего компания несет дополнительные траты, не являющиеся неизбежными и необходимыми, в то время как расходование денежных средств руководителем предполагает их расходование в уставных целях и в интересах общества, направленных на получение прибыли, но никак не в целях получения личной ренты и в ущерб интересам и финансовому положению компании<sup>8</sup>.

В таких случаях управленческие органы изначально нарушают фидуциарные обязанности, причем делают это осознанно. Их действия не направлены на сотрудничество (нарушение принципа командного производства) — согласование действий с собственником. Руководитель принимает решение об увеличении вознаграждения себе без согласия и без выраженного волеизъявления собственника. Он действует в условиях явного конфликта между его личными интересами и интересами компании, нарушая фидуциарные принципы добросовестности<sup>9,10</sup>. Или руководитель действует в условиях конфликта между личными интересами и интересами компании и нарушает фидуциарные принципы лояльности, используя деловую репутацию компании, получая личную выгоду, причиняя убытки компании<sup>11</sup>.

Интересной представляется формулировка доктрины «корпоративной траты» американским правоприменителем. Он рассматривает корпоративную трату как «подмножество добросовестности под зонтиком фидуциарной обязанности лояльности» [Канцлерский суд штата Делавэр по делу «Se. Pa. Transp. Auth. v. Abbvie Inc.» С.А. № 10374-VCG (Del. Ch. 2015)]. Иначе говоря, трата является неоправданным корпоративным правонарушением и дает основание для надлежащей проверки.

Как отмечает Д. Гордон Смит [4, р. 3], существует определенная симметрия между правилом

## ➤ Действия органа управления при принятии решений должны быть тщательно взвешены и проанализированы и находиться под контролем со стороны собственников.

бизнес-решения и фидуциарными обязанностями органов управления. Иначе говоря, ответственность руководителя наступает в том случае, когда он принимает неразумные решения.

В современных российских реалиях правоприменитель раскрывает еще один критерий, который относится к правилу бизнес-решения.

Добросовестность и разумность при исполнении функций, возложенных на органы управления компании, заключаются не только в принятии ими всех необходимых и достаточных мер для достижения максимального положительного результата от предпринимательской и иной экономической деятельности компании, но и в надлежащем исполнении публично-правовых обязанностей, возлагаемых на руководство компании действующим законодательством. Руководитель не может быть признан виновным в причинении компании убытков, если он действовал исходя из обычных условий делового оборота либо в пределах разумного предпринимательского риска<sup>12</sup>. Суд налагает на управленческие органы компании не только фидуциарные обязанности должной заботливости о благосостоянии компании и разумности (информированности при совершении сделки), но и уплату налогов и иных обязательных платежей (обязывая руководителя исходить из принципа налоговой добросовестности). Иначе говоря, руководство должно заботиться не только о финансовом интересе компании, но и быть добросовестным налоговым плательщиком, выполнять общественно полезную функцию.

В любом случае российский правоприменитель конкретизировал применение правила бизнес-решения. В частности, суд предоставляет некий инструктаж органам управления при совершении сложных сделок (в особенности с иностранными партнерами). Отмечается, что менеджмент компании (совет директоров) должен провести структурный анализ перспектив и потенциала сделки с учетом внешних рисков — высоковероятных и неуправляемых рисков при

реализации сделки (например, в период мирового экономического кризиса). Только в таком случае он может реализовать или не реализовать сделку (отказаться от нее) по причине такого фактора, как мировой экономический кризис, а не из-за невыгодности или убыточности сделки, то есть из-за отсутствия ее экономической целесообразности<sup>13</sup>. Другими словами, менеджмент компании не просто должен «рутинно» нести фидуциарные обязанности, но и тщательно изучать особенности сделки с учетом неуправляемых факторов, тогда будет работать правило бизнес-решения.

Кроме того, хотелось бы обратить внимание на следующее. Директорат компании может в определенном смысле нивелировать риски, связанные с нарушением фидуциарных принципов при совершении сложных сделок. В компании может быть сформирован локальный документ, который конкретизировал бы одобрение такой сделки. Например, при совершении деловых сделок руководитель обязан получить разрешение (одобрение) как от незаинтересованных (независимых) членов совета директоров (возможно создание специального комитета по одобрению сделок из числа независимых директоров; данный комитет вправе выбирать себе собственных консультантов; специальный комитет как орган управления также будет подчиняться фидуциарным принципам), так и от проинформированного большинства из общего числа мелких собственников, имеющих право голоса (*majority of the minority stockholders*). Именно такую двухступенчатую систему одобрения решений органов управления выработал Верховный суд штата Делавэр [Del. 1984 дело «Kahn v. M&F Worldwide Corp.» 88 A.3d 635 (Del. 2014)]. Представленный алгоритм позволяет не просто получить одобрение при совершении той или иной сделки, но и максимально вовлечь участников в командное сотрудничество. Каждый из них будет чувствовать свою сопричастность (ответственность), внося конечный вклад в развитие компании.

Собственник компании должен вовлекать менеджмент (совет директоров) в активное сотрудничество, создавая необходимые условия для реализации концепции командного производства (например, создавать механизмы стимулирования директората компании). Хотелось бы остановиться на политике выплат вознаграждений менеджменту в энергетических компаниях, поскольку в таких компаниях сформировалась отлаженная система мотивации управленческих органов.

## ➤ Современное правило бизнес-решения налагает на руководителя не абстрактную дискрецию, а вполне осязаемые ограничения — командное сотрудничество при формировании вклада в деятельность компании.

Материальное стимулирование органов управления осуществляется в зависимости не только от основных показателей деятельности компании (прибыль до налогообложения, увеличение чистого денежного потока, коэффициента финансовой независимости), но и от возможности — финансового положения организации<sup>14–16</sup>. Кроме того, собственник энергетической компании выстроил систему мониторинга деятельности менеджмента. Система вознаграждения направлена на повышение материальной заинтересованности и ответственности ключевых менеджеров для обеспечения результативности деятельности и установления непосредственной связи стимулирующих выплат с результатами трудовой деятельности (*элементы модели командного производства*). Руководитель принимает решение о невыплате или выплате премии в неполном объеме в случаях выявления фактов нарушений в сфере компетенций (удостоверенных актами проверок ревизионной комиссии, внутреннего или внешнего аудита); ненадлежащего выполнения трудовых (должностных) обязанностей; несоблюдения сроков исполнения указаний, решений, приказов, невыполнения или ненадлежащего выполнения приказов, распоряжений уполномоченным органом, невыполнения или ненадлежащего выполнения плановых заданий, локальных нормативных актов компании<sup>17</sup>. Выработанный механизм стимулирования топ-менеджмента в энергетических компаниях позволяет руководителю компании принимать тарифные решения с учетом обоснованности расходов, не завышая искусственно конечную цену на электроэнергию для потребителей (общественно полезная функция), но и действовать во благо компании (реализовывать мероприятия, направленные на повышение эффективности бизнеса в части расширения рынка сбыта электроэнергии). Положения о вознаграждении в энергетических компаниях четко определяют условия премирования и финансовые рамки в отношении органов управления. Кроме того, данная система мотивации направлена прежде

всего на повышение уровня ответственности топ-менеджмента в сфере его компетенции (в зависимости от выполнения им установленных для него ключевых показателей эффективности) и на повышение эффективности управления активами и финансами компании<sup>18</sup>.

В таких транспарентных условиях правило бизнес-решения будет работать корректно, а менеджмент компании будет избавлен от ярлыка «Кромвеля в условиях гражданской войны».

Подводя черту, необходимо отметить, что рассмотренное правило бизнес-решения в российских реалиях должно быть несколько реконструировано. Была предпринята попытка сформировать не просто абстрактное правило, а конкретное правило с учетом внешних особенностей, чтобы пустить его в «автономное корпоративное плавание». Правило бизнес-решения в современных российских реалиях должно не просто налагать фидуциарные обязанности на руководителя, обязывать его действовать во благо (в финансовых интересах) компании и ее собственников, но и учитывать внешнее устройство среды. В частности, топ-менеджмент на судебных ристалищах должен не просто прикрываться данным правилом (легитимизация собственных неправомерных управленческих действий), но и осознавать свою причастность к принятию решений. Современное правило бизнес-решения налагает на руководителя не абстрактную дискрецию, а вполне осязаемые ограничения — командное сотрудничество при формировании вклада в деятельность компании. **BC**

ПЭС 15135 / 09.10.2015

#### Примечания

1. Постановление Конституционного суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П, Определения Конституционного суда РФ от 21 декабря 2011 г. № 1754-О-О, от 3 июля 2007 г. № 714-О-П.
2. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2011 г. по делу № А17-3605/2010.
3. Постановление Конституционного суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П.
4. Постановление Высшего арбитражного суда РФ от 18 июня 2013 г. № 3221/13.

5. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23 июля 2013 г. по делу № А56-14323/2012.
6. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 26 июня 2013 г. по делу № А60-44095/2012.
7. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 17 августа 2015 г. № 07АП-5955/2015 по делу № А27-23078/2014.
8. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 12 августа 2015 г. № 04АП-3679/2015 по делу № А58-875/2015.
9. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 7 августа 2015 г. № Ф08-5367/2015 по делу № А53-8005/2014.
10. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 14 августа 2015 г. № 02АП-5037/2015 по делу № А29-1092/2015.
11. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 4 августа 2015 г. № Ф04-22277/2015 по делу № А70-13409/2014.
12. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 6 августа 2015 г. № Ф05-10059/2015 по делу № А40-166191/14.
13. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 17 августа 2015 г. № 07АП-8989/2010 по делу № А27-4626/2009.
14. Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 30 сентября 2013 г. по делу № 33-9249.
15. Апелляционное определение Московского городского суда от 24 мая 2013 г. по делу № 11-16934/13.
16. Определение Свердловского областного суда от 9 декабря 2010 г. по делу № 33-14797/2010.
17. Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 19 января 2015 г. по делу № 33-275.
18. Определение Московского городского суда от 16 ноября 2010 г. по делу № 33-35499.

#### Источники

1. Луценко С.И. Теория командного производства в корпоративном управлении: право на жизнь // Экономические стратегии. 2015. № 1. С. 122–127.
2. Arshat S. The Business Judgment Rule Revisited // Hofstra Law Review. 1979. Vol. 8. P. 9–100.
3. Johnson L. The Modest Business Judgment Rule // The Business Lawyer. 2000. Vol. 55. P. 634, 639.
4. Smith D.G. The Modern Business Judgment Rule // Brigham Young University J. Reuben Clark Law School Legal Studies Research Paper Series, 2015. P. 6.

#### References

1. Lutsenko S.I. Teoriya komandnogo proizvodstva v korporativnom upravlenii: pravo na zhizn' [The Theory of the Team Production in Corporate Governance: the Right to Life]. *Ekonomicheskie strategii*, 2015, no 1, pp. 124.
2. Arshat S. The Business Judgment Rule Revisited. *Hofstra Law Review*, 1979, vol. 8, pp. 9–100.
3. Johnson L. The Modest Business Judgment Rule. *The Business Lawyer*, 2000, vol. 55, pp. 634, 639.
4. Smith D.G. *The Modern Business Judgment Rule*. Brigham Young University J. Reuben Clark Law School Legal Studies Research Paper Series, 2015, p. 6.