

Преодоление информационной асимметрии в сфере корпоративного управления. Юридические методы решения экономической проблемы

С. И. Файнгерш

кандидат юридических наук, начальник Управления приватизации городского имущества
Департамента городского имущества города Москвы.

Адрес: 125993, г. Москва, 1-й Красногвардейский проезд, д. 21, стр. 1
E-mail: fayngershshi@mos.ru

Overcoming Information Asymmetries in Corporate Governance. Legal Methods for Solving Economic Problems

S. I. Fayngersh

PhD in Law, Head of the City Property Privatization Department
Department of City Property of Moscow

Address: 125993, Moscow, 1st Krasnogvardeysky passage, 21, bld. 1
E-mail: fayngershshi@mos.ru

Аннотация

Статья посвящена проблеме информационной асимметрии в сфере корпоративного управления как проявлению экономического оппортунизма при назначении и осуществлении деятельности единоличного исполнительного органа корпоративных организаций. В работе дан обзор и проведен анализ существующих правовых механизмов и комплексных правовых институтов, направленных на обеспечение интересов акционеров при причинении убытков по вине исполнительных органов корпорации. Даны предложения как известных и используемых в смежных правовых подотраслях предпринимательского права способов обеспечения обязательств из возможного или причиненного интересам акционеров вреда, вызванного недобросовестным либо неквалифицированным поведением менеджмента, так и принципиально новых механизмов. К первым можно отнести ипотеку личного имущества директора, а также залог принадлежащих ему ценных бумаг или долей участия в иных коммерческих организациях. В работе рассмотрены особенности правового обеспечения таких сделок применительно к расстраиваемым правовым отношениям между акционерами и наемным менеджментом. Ко вторым можно отнести различные виды рекомендаций, как обеспеченных имущественными гарантиями рекомендующего за рекомендуемого, так и выражающих лишь личное профессиональное или авторитетное по иным причинам суждение лица, дающего характеристику; введено понятие «ответственной рекомендации». Также рассмотрены возможности использования для обеспечения интересов участников хозяйственных обществ таких правовых институтов, как страхование профессиональной ответственности директора, создание специальных компенсационных фондов наемных директоров, использование счетов эскроу и номинальных счетов, проанализированы достоинства и недостатки отдельных способов, особенности использования в описываемой сфере. Полученные результаты могут быть использованы, как в практике государственного или муниципального управления публичной собственностью, так и холдингами, основанными на частном капитале.

Ключевые слова: единоличный исполнительный орган, способы обеспечения исполнения обязательств по трудовому договору, личная характеристика, ответственная рекомендация, обеспечение ликвидным имуществом, страхование профессиональной ответственности, компенсационные фонды, эскроу, номинальные счета.

Abstract

The article is devoted to the problem of information asymmetry in the field of corporate governance, as a manifestation of economic opportunism in the appointment and implementation of the Chief Executive Officer (CEO) of corporate organizations. The paper provides an overview and analysis of the existing legal mechanisms and complex legal institutions aimed at ensuring the interests of shareholders when causing losses through the fault of the executive bodies of the corporation. There are suggestions of other methods of securing liabilities due to unfair or unqualified management behavior that are known and used in related legal sub-branches of business law, as well as fundamentally new mechanisms. To the first one can be attributed, first of all, the mortgage of the personal property of the director, as well as the pledge of securities belonging to him or participation in other commercial organizations; the peculiarities of legal support of such

transactions in relation to the legal relations between shareholders and hired management are considered. The second can be attributed to various types of recommendations, both secured by property guarantees of the recommending as recommended, and expressing only personal professional or authoritative, for other reasons, judgment of the person giving the characteristic; introduced the concept of "responsible recommendation". It also examined the possibilities of using legal institutions for insuring the professional liability of a director, creating special compensation funds of hired directors, using escrow accounts and nominal accounts to ensure the interests of participants of business societies, analyzed the advantages and disadvantages of individual methods, and features of use in the described area. The results obtained can be used both in the practice of state or municipal management of public property, and by holdings based on private capital.

Keywords: Chief Executive Officer (CEO), ways of ensuring the fulfillment of obligations under an employment contract, personal characteristics, responsible recommendation, provision of liquid assets, professional liability insurance, compensation funds, escrow, nominal accounts

Проблему информационной асимметрии в экономике, в том числе и в сфере корпоративного управления, рассматривали многие видные западные экономисты, такие нобелевские лауреаты в области экономики, как Оливер Уильямсон, Кеннет Джозеф Эрроу и Джордж Акерлоф.

Оливером Уильямсоном, в частности, рассмотрена проблема экономического оппортунизма как формы поведения экономического агента в собственных интересах, когда им/ей предоставляется контрагенту неполная или искаженная информация (в том числе обман, введение в заблуждение, искажение и сокрытие истины или другие типы запутывания партнера). Подобное поведение ведет к возникновению информационной асимметрии, что усложняет экономическое взаимодействие и организацию как до заключения сделки (*ex ante*), так и после (*ex post*) [4. – С. 39].

Примером оппортунизма *ex ante* является проблема неблагоприятного отбора (англ. *adverse selection*), когда потенциальный клиент страховой компании не заинтересован честно раскрывать свои истинные характеристики, а продавец подержанного автомобиля – реальное качество машины [1. – С. 45]. Примером оппортунизма *ex post* является ситуация риска (морального риска) безответственности (англ. *moral hazard*), когда застрахованный водитель может больше рисковать, зная о своей защищенности, а защищенный профсоюзом работник – уклоняться от интенсивного труда.

Наличие оппортунизма в поведении агентов приносит сложности и в организацию фирмы. В случае акционерного общества, когда происходит отделение управления от собственности, возникает конфликт интересов между собственниками и наемными топ-менеджерами, требующий специальных механизмов корпоративного управления для разрешения.

На наш взгляд, на основании обобщения практического опыта в особо острой форме проблема конфликта интересов менеджмента и собственника в экономическом смысле встает в корпоративных отношениях, осложненных публично-правовым элементом (в силу принципа «государственное – значит ничье» [2. – С. 1]). Однако и в корпоративных отношениях в крупных частных корпорациях, где текущее управление достаточно радикально отделено от владения конкретными корпоративными правами, такого рода противоречия не исключены и представляют собой частный случай универсального антагонизма производительных сил и производственных отношений [3. – С. 6–8].

Безусловно, практика не может не замечать данного конфликта интересов и выработала с разной степенью детализации организационные и юридические меры (отдельные правовые механизмы и даже целые институты) противодействия экономическому оппортунизму потенциальных и действующих наемных директоров (в формах как избегания неблагоприятного отбора, так и хеджирования морального риска).

В качестве такого рода мер можно выделить:

1. Представление кандидатом перед назначением на должность единоличного исполнительного органа (ЕИО), а также назначенным ЕИО в последующем с ежегодной периодичностью сведений о своих доходах и имущественном положении (Постановление Правительства РФ от 22 июля 2013 г. № 613 «О представлении гражданами, претендующими на замещение должностей в организациях, созданных для выполнения задач, поставленных перед Правительством Российской Федерации, и работниками, замещающими должности в этих организациях, сведений о доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, проверке до-

стоверности и полноты представляемых сведений и соблюдения работниками требований к служебному поведению»; в частных корпорациях аналогичные оценочные (проверочные) мероприятия проводятся в формах ассесмента и комплаенса);

2. Проведение внешнего и внутреннего аудита, ревизий, публичная отчетность, ознакомление акционера (участника) с документами бухгалтерской (финансовой) отчетности и бухгалтерского учета в соответствии с внутренними документами компании (п. 1 ст. 65.2, п. 2 ст. 63.5, п. 4 ст. 63.7 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ); главы XII и XIII Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО); пункт 1 статьи 8, статьи 47-49 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО);

3. Дисквалификацию (ст. 3.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, далее – КоАП РФ);

4. Запрет занимать должности в органах управления юридического лица, иным образом участвовать в управлении юридическим лицом в течение трех лет с даты завершения в отношении гражданина процедуры реализации имущества или прекращения производства по делу о банкротстве в ходе такой процедуры (п. 3 ст. 213.30 Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», (далее – Закон о банкротстве);

5. Запрет на внесение в Единый государственный реестр юридических лиц сведений о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица (т. е. ЕИО) в отношении лиц, причастных к деятельности ООО-однодневок (пп. «ф» п. 1 ст. 23 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», далее – Закон 129-ФЗ);

6. Субсидиарную ответственность (ст. 61.11 и 61.12 Закона о банкротстве; п. 3 статьи 3 Закона об АО; п. 3 ст. 3 Закона об ООО);

7. Возмещение убытков (ст. 53.1 ГК РФ; 61.13 Закона о банкротстве, 71 Закона об АО и 44 Закона об ООО), в том числе путем подачи косвенных исков участниками корпорации в интересах корпорации (п. 1 ст. 65.2 ГК РФ и

п. 3 ч. 1 ст. 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации);

8. Уголовную ответственность за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях (гл. 23 Уголовного кодекса Российской Федерации, далее – УК РФ) и корреспондирующие ей запреты на занятие определенных должностей и определенной деятельностью (ст. 47 УК РФ);

9. Институт гражданского иска в уголовном процессе (ст. 44 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации).

Приведенный список, конечно, не является исчерпывающим. При этом очевидно, что первые два правовых механизма (далее – проверка соответствия и последующий корпоративный контроль) направлены на выявление, пресечение, недопущение вновь и – лишь частично – на предупреждение злоупотреблений и прочих нарушений со стороны ЕИО.

Четвертый и пятый (последствия банкротства и причастность к «однодневкам») есть меры государственного принуждения, призванные временно не допустить (воспрепятствовать) лицам с неблагоприятной историей (репутацией) принимать участие в хозяйственной жизни (процессе принятия управленческих решений) юридических лиц, т. е. носят исключительно превентивный характер. Организационно две указанные меры обеспечиваются раскрытием информации в государственных реестрах (при этом причастность к «однодневкам» на практике отследить сложно) и действительны исключительно при надлежащем и качественном осуществлении в корпорации первых двух упомянутых мер (проверки соответствия и осуществления последующего корпоративного контроля).

Третий и восьмой институты преследуют закрепленные статьями 3.1 КоАП РФ и 43 УК РФ цели административного и уголовного наказания соответственно (частную и общую превенцию, а для уголовного наказания, кроме того, восстановление социальной справедливости и исправление осужденного).

И только 6, 7 и 9 институты направлены на восстановление имущественного положения потерпевшей от недобросовестных и (или) неразумных действий ЕИО корпорации.

При этом на практике встречаются случаи, когда корпорация признается в уголовном деле потерпевшей и заявляет к бывшему ЕИО многомиллионный гражданский иск, который судом

удовлетворяется, а далее вынуждена начислить и одновременно перечислить в бюджет налог на прибыль с внереализационного дохода в виде подлежащих уплате должником на основании решения суда, вступившего в законную силу, сумм возмещения убытков или ущерба (п. 3 ст. 250 Налогового кодекса Российской Федерации, далее – НК РФ), в то время как осужденный уплачивает в погашение своего долга по сто рублей в месяц, не имея перспективы ни к реальному погашению задолженности, ни даже к признанию такой фактически нереальной к получению задолженности безнадежной в соответствии с пунктом 2 статьи 266 НК РФ в целях создания резерва по сомнительным долгам.

Таким образом, несмотря на то, что в описанном случае указанные выше правовые механизмы (корпоративный контроль, возмещение убытков, уголовная ответственность, гражданский иск в уголовном процессе) результативно сработали, основная цель корпоративной защиты коммерческой корпорации (деятельность которой согласно п. 1 ст. 50 ГК РФ направлена на извлечение прибыли) – восстановить де-факто свое имущественное положение – не достигнута.

И хотя вопросы определения размера и возмещения убытков, установленные соответственно в Разъяснении Президиума ФАС России от 11 октября 2017 г. № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 11 октября 2017 г. № 20) и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» и от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», а также субсидиарной ответственности, закрепленные в Письме ФНС России от 16 августа 2017 г. № СА-4-18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ», в настоящее время на профессиональном уровне достигли уровня высокой проработки, все же, как мы видим на приведенном выше примере, эффективность таких мер может быть низкой (в рассмотренном примере – в виде дефицита платежного баланса хозяйственного общества в результате необходимости уплаты

налога с неполученных кассово внереализационных доходов).

Вследствие вышеизложенного, стоит заметить, что на данный момент существует проблема определения правовых средств защиты от рисков оппортунизма топ-менеджера.

На наш взгляд, решение данной проблемы заключается в адаптации под рассматриваемый правовой институт способов обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 329 ГК РФ).

Рекомендация

При назначении или избрании на должность ЕИО, акционеры или члены наблюдательного совета часто запрашивают у кандидата рекомендации каких-либо лиц, характеризующие соответствие претендента целевой должности. Анализ эмпирического опыта позволяет сделать вывод о том, что данная процедура обычно носит формальный характер. Например, объединение предпринимателей, политическая партия, иная общественная организация, должностное лицо органа власти или местного самоуправления характеризует какое-либо лицо, для которого автор рекомендации никогда не являлся работодателем, а рекомендуемый не является членом общественной организации, которая его рекомендует. Причины данных обстоятельств могут быть различны.

На наш взгляд, для решения указанной проблемы следует придать данной рекомендации характер поручительства, чтобы оно связывало лицо, давшее рекомендацию, ответственностью.

Разумеется, рекомендация может даваться и в безответственном (в имущественном плане) варианте, но при этом быть весьма весомой, например, когда ее дают авторитетные религиозные, общественные или политические деятели от своего собственного имени и выражают свое персональное суждение или впечатление о лично знакомом им субъекте. Поэтому предлагается хотя бы на корпоративном (а лучше на нормативно-правовом) уровне разделить все возможные рекомендации, которые вправе использовать орган юридического лица, принимающий решение о назначении или избрании, на следующие виды:

1) личная характеристика – не порождает имущественной ответственности автора рекомендации, оставляет решение о приеме на работу полностью на усмотрение органа юридического лица, принимающего решение о назначении или избрании, может даваться кем угодно, выражает субъективное мнение лица, дающего харак-

теристику о рекомендуемом лице, и оценивается соответствующе (не может заменить собственное личное мнение члена коллегиального органа о претенденте, но способно и призвано влиять на его формирование). Может касаться любых качеств кандидата на должность;

2) профессиональная (специфическая) характеристика – может даваться лишь ограниченным кругом лиц (бывшим или действующим работодателем либо профессиональным объединением, членом которого является кандидат). По возможности должна содержать лишь объективные данные об опыте работы и (или) квалификации кандидата. Может также в ограниченном виде содержать оценки уровня профессионализма. Так же как личная характеристика, не порождает имущественной ответственности рекомендующего и направлена на формирование членом коллегиального органа, принимающего решение о найме, личного мнения о нанимаемом лице.

В указанных двух случаях персональная ответственность за выбор кандидата (а в случае причинения избранным кандидатом убытков – и субсидиарная ответственность) должна возлагаться на членов коллегиального органа или на единоличный орган, принявший решение о назначении, в полном объеме;

3) ответственная рекомендация, обеспеченная поручительством третьих лиц либо независимой (в том числе банковской) гарантией.

Таким образом, следует отметить, что рекомендации должны приветствоваться, только если рекомендующий поручается за рекомендуемого. При этом в тексте должно быть указание на то, что они являются либо независимыми, когда рекомендацию и все обязательные реквизиты для такой гарантии дает коммерческая организация в соответствии с пунктом 3 статьи 368 ГК РФ, либо поручительством, если ручается (рекомендует) любое иное помимо коммерческих организаций лицо.

Такое требования можно установить в информационном извещении о подборе кандидата на должность ЕИО с указанием размера такого обеспечения, который может быть определен как соответствующая доля (сумма долей) от какого-либо показателя (каких-либо показателей) экономической эффективности (выручки, прибыли, чистых активов, балансовой стоимости активов и т. п.) хозяйствующего субъекта. Такие гарантии или поручительство могут дать как одно лицо, так и группа лиц, и зависеть это должно от имуще-

ственного положения таких лиц, что, безусловно, должно стать вопросом пристального изучения лиц, принимающих решение о назначении, подобно тому, как эти вопросы изучают кредитные комитеты банков.

Во избежание злоупотреблений и конфликтов в соответствующем извещении целесообразно устанавливать, что независимая гарантия должна быть безотзывной и неизменной (п. 1 ст. 371 ГК РФ) на весь срок ее действия (как вариант – может быть отозвана при представлении принципалом (и не ранее) иного обеспечения, в том числе иной гарантии или обеспечения в иной форме, и только при согласии бенефициара, который будет удостоверяться в том, что качество обеспечения не ухудшилось), а поручительство – предусматривать солидарную (а не субсидиарную) ответственность поручителя наряду с должником (п. 1 ст. 363 ГК РФ).

В случае если у кандидата отсутствуют поручители и (или) гаранты, целесообразным представляется обеспечение ликвидным имуществом кандидата.

Обеспечение ликвидным имуществом

В подзаголовке подразумевается ипотека и залог ликвидных ценных бумаг, долей в хозяйственном обществе, а также обеспечительный платеж, которые целесообразно брать в обеспечение при назначении ЕИО на длительный срок.

Безусловно, ипотека, как наименее ликвидное обеспечение должна предусматривать ряд условий, способствующих наиболее простому порядку обращения взыскания на предмет залога при наступлении соответствующих оснований (выдача закладной, лучше электронной, внесудебный порядок обращения взыскания на предмет залога и (или) согласованный сторонами способ реализации, необходимость страхования за счет залогодателя и т. п.).

Конечно, этот способ громоздок и реализовать его на этапе подачи заявки претендентом на занятие должности не всегда возможно (например, внесудебное обращение взыскания на предмет залога в силу норм ст. 55 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и 94.1 «Основ законодательства о нотариате» неизбежно потребует нотариальной формы договора ипотеки, что при отсутствии обеспечиваемого обязательства на момент подачи заявки на участие в кадровом конкурсе довольно затруднительно).

В то же время исключать возможность такого обеспечения (хотя бы как возможность замены иного обеспечения) не стоит. Применимо оно может быть к топ-менеджерам крупных компаний, которые претендуют на получение большого вознаграждения, а сами владеют не одним объектом недвижимости, имея при этом возможность закладывать их, не подвергая риску свои витальные потребности и не ставя под сомнение обращение взыскания на предмет залога при наступлении соответствующих обстоятельств.

Аналогичные условия и правила могут быть применены и в отношении ценных бумаг, в первую очередь бездокументарных (с учетом особенностей установленных ст. 51.6 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»), при этом для ценных бумаг советом директоров (иным аналогичным органом) может быть либо установлен конкретный список эмитентов и (или) выпусков, которые могут быть заложены претендентом в обеспечение возможных обязательств по компенсации убытков общества (аналогично Ломбардному списку, установленному Банком России в соответствии со статьей 47 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» Указанием Банка России от 10 августа 2012 г. № 2861-У «О перечне ценных бумаг, входящих в Ломбардный список Банка России»), либо установлены критерии (показатели экономической эффективности деятельности эмитентов), по которым ценные бумаги принимаются для целей залога.

Несомненным преимуществом публичных (включенных в котировальный список биржи) эмиссионных ценных бумаг в данном случае является возможность избежать необходимости проведения независимой оценки предмета залога, заменив ее котировкой у определенного организатора торговли.

Аналогично оценки можно избежать и для отдельных неземиссионных ценных бумаг, в том числе документарных, например, крупных системно значимых кредитных организаций (векселей или депозитных сертификатов), принимая их в залог по номиналу.

В аналогичном порядке (с учетом проведения независимой оценки) в залог могут приниматься и доли участия претендента в обществах с ограниченной ответственностью (ст. 22 Закона об ООО), – неудивительно, что эффективный управленец является участником в эффективном хозяйственном обществе. Кроме того, если такие

аффилированные ЕИО общества выступают конкурентом общества-работодателя, залог долей участия мог бы выступить одной (наряду с иными способами) из мер по урегулированию конфликта интересов общества и ЕИО. Главный недостаток, или скорее сложность, такого способа обеспечения состоит в том, что, согласно пункту 2 указанной статьи Закона об «ООО», договор залога доли или части доли в уставном капитале общества в любом случае (а не только в случае, если договором предусмотрено внесудебное обращение взыскания на предмет залога, как это имеет место при ипотеке) подлежит обязательному нотариальному удостоверению.

Самый надежный, но и наименее вероятный способ обеспечения обязательств имуществом – это, безусловно, обеспечительный платеж (ст. 381.1. ГК РФ). Если речь идет, с одной стороны, о крупном обществе, а с другой – об обеспеченном претенденте, то и способ такой вполне применим. Однако для предпочтения наиболее способных, но не состоятельных претендентов, менее способным и состоятельным, такой способ обеспечения должен иметь альтернативу. (Хотя, безусловно, сами по себе деловые качества обеспечения не заменят.)

По аналогии к данному способу обеспечения можно отнести *заем ценных бумаг* (что в соответствии с п. 1 ст. 807 ГК РФ в редакции Федерального закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» допустимо) на срок полномочий ЕИО и срок исковой давности по его истечении, по которому заемщиком будет выступать само общество. Это своего рода обеспечительный платеж ценными бумагами, что несколько надежнее, чем их залог. В случае возникновения встречных требований общества-заемщика по возмещению убытков в результате действий ЕИО-заимодавца (и соответствующих таким требованиям обязательств ЕИО) общество просто произведет зачет (ст. 410 ГК РФ), в случае же ненаступления убытков общество при прекращении полномочий ЕИО (и (или) истечения трех лет – срока исковой давности с момента прекращения полномочий) вернет ему полученное по займу. Очевидным плюсом такого способа является переход права собственности на ценные бумаги к обществу (что исключит возможность злоупотреблений со стороны ЕИО), очевидным минусом – риск невоз-

возможности или затруднительности зачета при банкротстве сторон. Аналогичным образом займы (или в залог) могут передаваться и ликвидные цифровые права (ст. 141.1 ГК РФ).

В заключение описания имущественных обеспечений хотелось бы отметить, что их предоставлять может как сам претендент, так и третьи лица (ст. 313 и 430 ГК РФ).

Страхование профессиональной ответственности и компенсационные фонды

В соответствии с пунктом 1 статьи 933 ГК РФ страхование риска ответственности за нарушение договора допускается только в случаях, предусмотренных законом. Таким образом, данный способ обеспечения ответственности ЕИО в настоящее время можно рассматривать только *de lege ferenda* (с точки зрения желательного закона), по крайней мере, в части непосредственно риска ответственности по договору между ЕИО и обществом.

Несмотря на это, из опыта реализации такого способа обеспечения исполнения государственных и муниципальных контрактов, ранее предусмотренного пунктом 4 статьи 29 и пунктом 4 статьи 38 утратившего в настоящее время силу Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о размещении заказов для госнужд), в их первоначальных редакциях можно с высокой долей вероятности сделать вывод, что страховщики не предложат рынку таких условий полисов страхования ответственности из договоров ЕИО и общества, которые бы реально обеспечивали интересы страхователя и выгодоприобретателя. Именно по этой причине такие способы обеспечения государственных и муниципальных контрактов были исключены из вышеприведенных норм Закона о размещении заказов для госнужд Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 240-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», а также не нашли отражения в способах обеспечения контрактов в соответствии с Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

По тем же причинам для обеспечения обязательств из возможного причинения вреда имущественным интересам общества-работодателя вряд ли можно использовать иные формы договоров имущественного страхования (п. 2 ст. 929 ГК РФ). Так, невозможно или экономически нецелесообразно застраховать все имущество общества от всех рисков утраты (гибели), недостачи или повреждения (ст. 930 ГК РФ); страхование риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда имуществу работодателя (статья 931 ГК РФ), а также предпринимательского риска, т. е. риска убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риска неполучения ожидаемых доходов (ст. 933 ГК РФ) – либо не покроют всех возможных и, главное, ожидаемых рисков, либо страховщики не предложат достойных условий полиса. Кроме того, страхование предпринимательского риска дополнительно потребует заключения между обществом и ЕИО исключительно договора о передаче управляющему полномочий ЕИО (пп. 2 п. 2 ст. 67.1 ГК РФ), т. е. приобретение последним статуса индивидуального предпринимателя (п. 1 ст. 23 ГК РФ).

Использование компенсационного фонда возможно для члена саморегулируемой организации (ст. 13 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях», далее – СРО), в том числе СРО управленцев (ЕИО), если они объединятся в гражданско-правовое сообщество для поддержки друг друга. При этом условиями правил формирования и использования такого компенсационного фонда должна обеспечиваться реальная, а не фиктивная, защита прав общества-работодателя при причинении ему убытков действиями (бездействием) ЕИО-члена СРО. Сложившаяся практика использования компенсационных фондов СРО арбитражных управляющих и оценщиков заставляет усомниться в эффективности такого способа обеспечения ответственности (вероятности каких-либо выплат).

В целом анализ рассматриваемого способа обеспечения позволяет сделать вывод об очень ограниченной сфере применения его в корпоративных отношениях *de lege lata* (с точки зрения действующего закона). При этом с точки зрения

совершенствования действующего законодательства можно, безусловно, говорить о перспективности развития данного правового института.

К сожалению, в отличие от условий поручительств или категорий имущества, принимаемого в обеспечение, и условий соответствующих договоров, рассматриваемые в настоящем разделе способы обеспечения невозможно урегулировать на корпоративном уровне.

При этом нормами проектируемого закона, регулируемыми условия страхования ответственности ЕИО и (или) использования компенсационных фондов СРО ЕИО, отношения сторон должны быть урегулированы так, чтоб оппортунизм ЕИО не заместился оппортунизмом страховщиков и СРО, а интересы общества-работодателя должны быть реально обеспечены выплатами в случае наступления соответствующих обстоятельств.

Эскроу и номинальные банковские счета

Универсальным (и наиболее демократичным) способом обеспечения ответственности ЕИО за причиненные возглавляемому им обществу убытки вне зависимости от его имущественного положения и (или) членства в каких-либо общественных и иных организациях могло бы стать перечисление части вознаграждения ЕИО на счет эскроу.

В соответствии с пунктом 1 статьи 860.7 ГК РФ по договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от владельца счета (депонента) в целях их передачи другому лицу (бенефициару) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу. Права на денежные средства, находящиеся на счете эскроу, принадлежат депоненту до даты возникновения оснований для передачи денежных средств бенефициару, а после указанной даты – бенефициару.

Очевидно, что бенефициаром в данной конструкции выступит общество-работодатель, депонентом – ЕИО, основаниями для передачи денег, установленное судом или в определенном сторонами внесудебном порядке, – обязательство депонента перед бенефициаром по возмещению возникших убытков.

Обязательства по договору счета эскроу могут содержаться в договоре между обществом и ЕИО (трудовом или о передаче полномочий ЕИО управляющему), по которому эскроу-агентом яв-

ляется банк (п. 2 ст. 860.7 ГК РФ) и в котором, на наш взгляд, должен также быть урегулирован вопрос источника вознаграждения эскроу-агента (п. 3 указанной статьи).

Целевой характер использования средств по счету эскроу только на возмещение убытков бенефициара обеспечит банк-эскроу-агент в соответствии с правилами статьи 860.8 ГК РФ, а при ненаступлении договорных оснований выплаты средств бенефициару через определенный период по окончании договора между обществом и ЕИО (на наш взгляд – по истечении срока исковой давности) счет эскроу должен быть закрыт с выплатой остатка денежных средств депоненту-ЕИО (ст. 860.10 ГК).

Помимо прочего считаем целесообразным урегулировать в договоре между обществом и ЕИО долю вознаграждения ЕИО, ежегодно перечисляемую на счет эскроу до достижения определенной величины (аналогично формированию резервного фонда хозяйственного общества – п. 1 ст. 35 Закона об АО), а также судьбу начисляемых банком по счету процентов (логично было бы их капитализировать и направить вместе с накопленной по счету суммой на выплаты бенефициару, а в оставшейся части – депоненту).

Другим похожим способом обеспечения ответственности исполнительного органа общества может стать открытие номинального счета (ст. 860.1 ГК РФ) обществом, бенефициаром которого будет ЕИО.

Экономически схема схожа – формируется своего рода резерв из доли вознаграждения ЕИО для покрытия возможных убытков общества, только обязанности по формированию остатка по счету формально распределены диаметрально противоположно – счет открывает общество в пользу ЕИО (по эскроу – ЕИО в пользу общества), но получить остаток бенефициар сможет только в случае ненаступления обстоятельств, являющихся основанием для проведения ограниченного договором круга операций по счету в соответствии со статьей 860.3 ГК РФ – выплат в возмещение причиненных убытков на основании судебного акта либо в ином установленном договором номинального счета порядке (п. 2 ст. 860.5 ГК РФ), либо в оставшейся после таких выплат части.

Единственным, на наш взгляд, преимуществом номинального счета для рассматриваемых целей является возможность его открытия для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат нескольким ли-

цам-бенефициарам (абзац 3 ст. 860.1 ГК РФ). То есть возможно открытие номинального счета для всех членов правления (иного коллегиального исполнительного органа) – своего рода компенсационного фонда, но под контролем общества. Большое количество бенефициаров позволит ранее сформировать необходимый размер резерва. Кроме того, возможна комбинация двух приведенных способов обеспечения (двух видов специальных банковских счетов), например, если в обществе нет коллегиального исполнительного органа, то с ЕИО может быть заключен договор о счете эскроу, а с членами наблюдательного совета – о номинальном счете для перечисления на него доли вознаграждения каждого.

В заключение хотелось бы остановиться на следующих выводах:

1) полное преодоление информационной асимметрии между менеджментом и нанявшем его собственником средств производства невозможно. Рассчитывать на то, что могут быть предложены абсолютно эффективные правовые меры борьбы с оппортунизмом наемного предпринимателя, которые бы позволили акционеру не контролировать его, не утверждать годовой отчет и бухгалтерскую отчетность, не согласовывать крупные сделки и сделки с заинтересованностью, и при этом полагаться на его добросовестность, было бы безосновательно;

2) существующие правовые институты, направленные на восстановление имущественного положения потерпевшего работодателя, не выполняют в полной мере поставленные задачи, а в определенных случаях (как в примере с взысканием убытков в рамках гражданского иска в уголовном процессе) могут дополнительно

осложнить экономическое положение общества-нанимателя;

3) предлагаемые меры обеспечения имущественной ответственности ЕИО могут способствовать как реальной исполнимости судебных и иных правовых актов в рамках реализации институтов возмещения убытков, так и частной (а в определенной степени и общей) превенции совершения противоправных действий ЕИО против интересов службы в коммерческих и иных организациях, снизить корыстную и иную личную заинтересованность ЕИО в совершении подобных правонарушений отраслевой природы (уголовных, административных, налоговых, гражданско-правовых);

4) внедрение института возмездных ответственных рекомендаций как одной из форм обеспечения ответственности ЕИО-членов профессиональных объединений, с одной стороны, позволит последним получить дополнительный источник дохода на финансирование уставной деятельности, с другой стороны, может повысить лояльность и снизить степень оппортунизма обязанных ЕИО;

5) комбинирование или использование отдельных из предложенных способов обеспечения обязательств позволят конкретному работодателю выработать наиболее приемлемые для себя с учетом экономического масштаба и (или) отраслевой специфики.

Вопрос релевантности отдельных способов конкретным экономическим и правовым условиям деятельности экономического субъекта, а также их комбинирования, может стать предметом отдельного исследования.

Список литературы

1. *Акерлоф Дж.* Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм // THESIS. – 1994. – Вып. 5. – С. 91–104 = Akerlof G. A. The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism // The Quarterly Journal of Economics. – 1970. – Vol. 84. – P. 488–500.
2. *Бежевец А.* Государственное – значит, ничье? Некоторые аспекты правового режима имущества государственного предприятия. – URL: <http://pravo.ua/article.php?id=0000938>
3. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. – Т.13.
4. *Уильямсон О. И.* Поведенческие предпосылки современного экономического анализа // THESIS. – 1993. – Вып. 3. – С. 39–49. = Williamson O. E. Behavioral Assumptions. The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting. – New York : The Free Press, 1985. – P. 44–52.
5. *Эрроу К. Дж.* Неопределенность и экономика благосостояния здравоохранения // Вехи экономической мысли. – Т. 4. Экономика благосостояния и общественный выбор / под общ. ред. А. П. Заостровцева. – СПб. : Экономическая школа, 2004. – С. 293–338.