

Юридические исследования

Правильная ссылка на статью:

Петрова А.В. — Должная осмотрительность в реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки: соотношение мягкого и нормативного регулирования // Юридические исследования. – 2023. – № 1. DOI: 10.25136/2409-7136.2023.1.39655 EDN: ADQRTB URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=39655

Должная осмотрительность в реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки: соотношение мягкого и нормативного регулирования

Петрова Алина Викторовна

кандидат юридических наук

Заместитель генерального директора по правовым и имущественным отношениям, Фонд поддержки социальных инициатив Газпрома

119526, Россия, г. Москва, проспект Вернадского, д. 101 к. 3, оф. Петрозаводская ул., д. 13, кв. 303

✉ petrova.av@socialfondgaz.ru



[Статья из рубрики "Трансформация правовых систем"](#)

DOI:

10.25136/2409-7136.2023.1.39655

EDN:

ADQRTB

Дата направления статьи в редакцию:

19-01-2023

Дата публикации:

26-01-2023

Аннотация: Предметом исследования является должная осмотрительность компании, которая может проявляться ей в корпоративном управлении. Должная осмотрительность в корпоративном управлении, рассматриваемая в контексте реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки, существенно отличается от принятого в России с позиции высших судов понимания в сфере выявления и превенции налоговых злоупотреблений. Оба подхода, как и рассматриваемая дефиниция нормативно не закреплены, а первый, в соответствии с мировой традицией и практикой реализуется посредством мягкого регулирования. В условиях неопределенности и диверсификации рисков нарастает тенденция придания осмотрительности в сфере ЦУР и ESG нормативной обязательности. В России такой переход обсуждается, но готовности к нему нет, а ссылки на европейский опыт в текущих условиях проблематичны. Сложившиеся практики в этой сфере пока не изучены, что препятствует выбору путей и механизмов их регулирования. Новизна исследования заключается в выявлении как таковой потребности в мониторинге результативности мягкого регулирования и реальной

деятельности российских компаний в контексте ЦУР и ESG-повестки. Переход к правотворчеству в этой сфере требует точного понимания сложившихся общественных отношений, путей и механизмов их регулирования, чего также пока не наблюдается. В этом смысле актуализируются мониторинг исследования деятельности (не отчётов, а именно деятельности) российских компаний в рамках ESG-повестки.

Ключевые слова:

должная осмотрительность, устойчивое корпоративное управление, E S G , цели устойчивого развития, корпоративное управление, мягкое регулирование, налоговые злоупотребления, руководящие принципы, раскрытие информации, последствия деятельности компании

Должная осмотрительность зародилась как правая дефиниция ещё в Античности, когда Римское частное право знало определенный стандарт поведения, необходимый для выполнения определенной обязанности. В данном случае лицо несло ответственность за случайный вред, когда он был следствием несоблюдения общепринятой модели (правил) разумного ожидаемого и добросовестного поведения. При кодификации Юстиниана должная осмотрительность приняла вид возможной ответственности за вред, который мог быть предвиден добросовестным субъектом отношения, который, однако, этого не сделал [\[4\]](#).

Сегодня должностная осмотрительность трактуется в соответствии с правовой позицией, выраженной в постановлении Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 №53, касающейся юридических лиц [\[3\]](#). В данном случае невыявление недобросовестности контрагента не освобождало от ответственности, даже при собственном добросовестном поведении, так как не была проявлена должная осмотрительность. В 2017 г. указанное понятие могло войти в ст. 54.1 НК РФ, где регулировались вопросы необоснованной налоговой выгоды, но этого не произошло, ввиду, вероятно очевидно оценочного характера рассматриваемого понятия. В судебной практике, в спорах о необоснованной выгоде, где неизбежно возникает вопрос осмотрительности, суды выясняют реальность сделок и хозяйственных операций и исполнения соответствующих обязательств, что тесно связывает осмотрительность с практикой и возможностями извлечения необоснованной налоговой выгоды.

В 2020 г. Верховный Суд РФ указал на недопустимость лишь выявления ошибок налогоплательщика, оценки эффективности и рациональности его решений, так как следует учитывать и действия другого контрагента (поставщики), исполнение им налоговых обязательств, равно как и характер и объем сделки, в целом деятельность покупателя, его опыт, рыночную конъюнктуру. Суд указал на вариативность критериев должной осмотрительности, которые зависят от предмета и объема сделки [\[2\]](#).

В настоящей статье должная осмотрительность рассматривается в контексте реализации целей устойчивого развития (ЦУР) и ESG-повестки, а также в рамках действия Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (Руководящие принципы) [\[5\]](#), где изложены две концепции. В соответствии с первой, должная осмотрительность понимается как процесс управления бизнес-рисками. В соответствии со второй – как определенный формализованный стандарт поведения, предполагающий исполнение обязанностей [\[9\]](#). Двойственность порождает

неопределенность в понимании рассматриваемого понятия, а соответственно и значительную долю усмотрения в его применении.

В документах европейских организаций (ОЭСР) это мера осмотрительности, деятельности, либо старания, которую можно надлежащим образом ожидать от разумного и осмотрительного субъекта (компании, предприятия), проявляемые им при конкретных обстоятельствах для осуществления своей ответственности в определенной сфере [\[11\]](#), что в полной мере соответствует целям устойчивого развития и принципам ESG.

В документах ООН это действия компании по выявлению, предотвращению и устранению негативных последствий своей деятельности применительно к окружающей среде, климату, правам человека [\[7\]](#). В этом смысле осмотрительность понимается как социальная ответственность в широком смысле. При этом обратим внимание на важность «сочетания всех трех аспектов без чрезмерной ориентации на определенное направление» [\[1, с.32\]](#).

Следуя указанным выше документам и направлениям, каждая компания должна соотносить потенциальные негативные последствия своей деятельности для окружающей среды, климата, местного сообщества и общества в целом, т.е. всех субъектов (заинтересованных лиц), чьи права потенциально могут быть нарушены её производственной и/или иной деятельностью. Это положение, хотя и представляется очевидным для социального правового государства, в то же время нормативно не закреплено и обязанностью не является, а лишь добровольно соблюдается в пределах Руководящих принципов теми компаниями, которые им следуют.

Добровольный, хотя и массовый, в рамках действующих институтов рынка, характер присоединения все же не обеспечивает должную осмотрительность в современных условиях роста антропогенного воздействия на окружающую среду и информационного – на права и свободы граждан. В условиях добровольности многие компании не знают или игнорируют возможные риски своей деятельности для окружающей среды, права человека и нормального функционирования общества, что формирует безответственное отношение к последним и влечёт социально неприемлемое предпринимательское поведение. Длительное доминирование принципа *laissez-faire* (далеко не всегда соответствующего принципам социального государства) [\[12\]](#), в том числе и в континентальной Европе, породило ситуацию, когда ответственность за игнорирование потенциальных рисков, ещё без нарушений и наступивших последствий, не закреплена. Эта практика неизбежно вела к безнаказанности крупных и международных компаний, которые пользуются этим «белым пятном».

В соответствии с Руководящими принципами, должная осмотрительность должна распространяться на потенциально вредное воздействие деятельности компании на окружающую среду, климат, права и свободы человека. При этом осмотрительность сложно точно подчинить стандартам, так как она неодинакова, неоднозначна, сложна и вариативна, так как производна не только от профиля деятельности, но и её масштабов, уровней рисков и критических воздействий. В этой связи потенциальный вред всегда различен и относителен, будучи произведен от совокупности индивидуально определяемых факторов.

Важно, что осмотрительность не сезонна, а постоянна, во многом зависит от динамики рисков, мониторинг которых – её неотъемлемая составная часть. В соответствии с Руководящими принципами должная осмотрительность, это не отдельное мероприятие, а

постоянное состояние, процесс реализации совокупности правил [\[5\]](#), встроенный в основную деятельность компании, интегрированный в её внутреннюю политику. Компании должны постоянно реализовывать процедуры должной осмотрительности, соответствуя Руководящим принципам в своей основной деятельности.

В этом случае должная осмотрительность представляет собой системную последовательность действий, начиная с оценки имеющихся и потенциальных рисков и иных воздействий на окружающую среду, климат, права человека со стороны деятельности компании, её партнеров и её партнеров [\[10, с.83\]](#). На основе такой оценки строится шкала оценки наступивших или потенциальных последствий с учётом национальных, локальных и иных условий и особенностей [\[8\]](#). Затем результаты интерпретируются, формализуются и интегрируются в основную деятельность компании, которая принимает оперативные, своевременные и результативные меры реагирования на все соответствующие риски и угрозы.

В идеальной модели процессов и действующего нормативного (в основном «мягкого») регулирования, компания, проявляя должную осмотрительность, стремится предотвратить /или минимизировать своё реальное или возможное воздействие на окружающую среду, климат, права человека [\[10, с.84\]](#). В соответствии с этим, опять же в идеальной модели, выстраивается и вся внутренняя политика компании, ориентированная в рассматриваемом контексте, на превенцию нарушений.

Обязательность мониторинга эффективности принимаемых мер предусмотрена в Руководящих принципах, что позволяет оценивать результаты, применять стимулы и санкции для персонала (UN Doc. A/HRC/8/5 ch. 63), а также обеспечивать прозрачность этой деятельности. Так, в разделе «Коммуникация и подотчетность» Принципы рекомендуют компаниям информировать заинтересованные стороны о своей деятельности в соответствующей сфере. Эти отчеты могут быть прямо адресованы заинтересованным сторонам, либо публиковаться для всеобщего сведения. Компании обязаны раскрывать всю информацию для оценки адекватности и достаточности мер с учетом соблюдения коммерческой тайны, прав персонала и других затронутых такими мерами лиц [\[10, с.84\]](#).

В российской, как и мировой практике, должная осмотрительность компаний юридически не обязательна и прямо законодательно не закреплена. Объективно разработка такого документа сложна, прежде всего, ввиду комплексного характера проблем, определения и формализации критериев размера (объемов операций) компаний, на которые бы такой акт мог распространяться.

Потребность в разработке российского «всеобъемлющего законодательного акта, регулирующего деятельность предприятий» в рассматриваемой нами сфере, активно и все сторонне аргументируется в литературе [\[6, с.88\]](#), есть и соответствующие предложения, т.е. процесс правотворчества находится в активной фазе.

В этом смысле показателен пример развитых и «богатых» членов ЕС, которые приняли нормативные правовые акты о должной осмотрительности юридических лиц, однако, они, в основном, касаются сферы прав человека. Так, French Duty of Vigilance law 2017 г. действует в отношении крупнейших французских компаний, которые обязаны предвидеть, выявлять, оценивать и устранять негативные последствия своей деятельности для человека и окружающей среды, публикуя об этом ежегодные планы и отчёты. При этом закон предусматривает ответственность за наступившие последствия, которые связаны

со своей деятельностью, деятельностью компаний, находящихся под их контролем, а также с поставщиками и субподрядчиками.

В случае нарушения компанией добровольно взятых на себя обязательств, потерпевшие и иные заинтересованные лица, в соответствии и с французским законом, вправе обратиться в суд, полномочный наложить штраф – до €10 млн., при отсутствии публикации планов и отчетов. До €30 млн. штраф может вырасти в случае нанесения ущерба, который мог бы быть предотвращён [\[13\]](#).

Аналогичные цели закреплены в законодательстве Германии (German Draft Law For A Human Rights and Environmental Due Diligence Act), разработка и принятие которого представляют особый интерес. Летом 2020 г. федеральное правительство представило результаты второго количественного опроса, оценивающего усилия немецких компаний по проверке соблюдения повестки устойчивого развития и прав человека в соответствии с Национальным планом действий (National Action Plan, NAP) в сфере бизнеса и прав человека [\[14\]](#). Опрос показал, что лишь 22% из 455 компаний, представивших ответы на опрос, доказали адекватное соответствие требованиям NAP. В соответствии с NAP федеральное правительство согласилось рассмотреть закон об обязательной проверке соблюдения прав человека, если менее 50% немецких компаний с численностью сотрудников более 500 человек введут меры защиты прав человека к 2020 году. В действующем правительственном коалиционном соглашении говорится, что, если добровольное внедрение компаниями окажется недостаточным, правительство «введет соответствующее законодательство». В данном случае корпорации оказались недостаточно ответственны, что вынудило правительство и федерального законодателя к законодательному действию.

В Дании (Dutch Child Labor Due Diligence Law) и Швейцарии (Swiss Responsible Business Initiative) национальные акты также закрепляют обязанности компаний (юридических лиц) проявлять должную осмотрительность в сферах, обеспечивающих устойчивое развитие, соответственно, неосмотрительность предусматривает гражданско-правовую ответственность компании.

Основой для разработки и принятия такого рода актов в Европейском Союзе стала введённая в 2014 г. Директива ЕС 2014/95 «О раскрытии нефинансовой информации» [\[15\]](#), по которой крупные компании, находящиеся в юрисдикции ЕС, обязаны публиковать отчеты о соблюдении экологического законодательства, защите прав человека, противодействии коррупции, дискриминации, обеспечения полового, образовательного и профессионального разнообразия в совете директоров.

Директива ориентирована на крупные компании со штатом 500 и более сотрудников, ведущих общественно значимую деятельность. Сюда входят 6000 европейских компаний и групп, в том числе – финансово-кредитные организации. Такая ориентация обусловлена тем, что Директива направлена на содействие инвесторам, потребителям и всем прочим заинтересованным лицам в объективной и адекватной оценке нефинансовых индикаторов и отчетов крупных компаний, стимулируя их к ответственности в сфере устойчивого развития. Потребность в актуализации этих задач побудила 20 февраля 2020 г. ЕК приступить к пересмотру директивы в рамках стратегии по укреплению основ для устойчивых инвестиций.

Таким образом, должная осмотрительность, рассматриваемая в контексте ЦУР и ESG не традиционно с позиций выявления налоговых злоупотреблений, а с позиции устойчивого развития, обеспечивается в российской практике пока лишь средствами мягкого

регулирования. В то же время, мировая тенденция, ориентирует на обязательность, т.е. законодательное закрепление такого социально полезного поведения в интересах целей устойчивого развития и ESG-повестки. В то же время, разработка такого рода актов находится на ранних стадиях правообразования, т.е. обсуждения актуальности, со ссылками на европейский опыт, актуальность которого в текущих условиях для России не очевидна. Кроме того, переход к правотворчеству в этой сфере требует точного понимания сложившихся общественных отношений, путей и механизмов их регулирования, чего также пока не наблюдается. В этом смысле актуализируются мониторинг исследования деятельности (не отчётов, а именно деятельности) российских компаний в рамках ESG-повестки.

Библиография

1. Макаров И.Н., Назаренко В.С. ESG повестка как фактор конкурентоспособности бизнеса и регионов в контексте устойчивого развития// Ученые записки Тамбовского отделения РoCMY. 2021. №24. С. 26-37.
2. Определение ВС РФ от 14.05.2020 №307-ЭС19-27597/ Верховный суд РФ https://www.vsrfr.ru/stor_pdf_ec.php?id=1885136
3. Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 №53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»/ ИПС «Консультант» https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_63894/
4. Римское частное право/ под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. — М.: КНОРУС, 2016. 608 с.
5. Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. 2011. UN Doc. HR/PUB/11/04. С. 22-31.
6. Синявский А.А. Концепция должной осмотрительности в области прав человека и новая законодательная инициатива ЕС о корпоративной ответственности// Международные отношения и общество. 2020. №2. С. 82-92.
7. Совет по правам человека. «Защищать, соблюдать и восстанавливать в правах: Основные положения, касающиеся бизнеса и прав человека». Доклад Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях, и других предприятиях Джона Рагги. UN Doc. A/HRC/8/5.5, п. 56.
8. Совет по правам человека. Доклад Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях. Проведение оценок воздействия на права человека-решение ключевых методологических вопросов от 5 февраля 2007 г. UN Doc. A/HRC/4/74. п. 1.
9. Bonnitcha J., McCorquodale R. The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights// European Journal of Human Rights. 2017. Vol. 28(3). Pp. 899-919.
10. O'Brien C. M. Business and Human Rights. A handbook for legal practitioners/ C. M. O'Brien.-Council of Europe, 2018. 202 p. С. 83.
11. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. 2018. URL: <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>
12. Fine, Sidney Laissez Faire and the General-Welfare State. United States. The University of Michigan Press, 1964.
13. French Corporate Duty of Vigilance Law (English Translation)/

<https://respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/>

14. National Action Plan/

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Germany.pdf

15. Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

Результаты процедуры рецензирования статьи

В связи с политикой двойного слепого рецензирования личность рецензента не раскрывается.

Со списком рецензентов издательства можно ознакомиться [здесь](#).

РЕЦЕНЗИЯ

на статью на тему «Должная осмотрительность в реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки: соотношение мягкого и нормативного регулирования».

Предмет исследования.

Предложенная на рецензирование статья посвящена актуальным вопросам регулирования и отражения в отдельных правовых документах категории должной осмотрительности. Автор исследования рассматривает указанные проблемы применительно к налоговому регулированию в контексте ЦУР и ESG. В качестве предмета исследования выступили положения нормативно-правовых актов, мнения ученых, материалы практики. Как обозначает автор статьи, «В настоящей статье должная осмотрительность рассматривается в контексте реализации целей устойчивого развития (ЦУР) и ESG-повестки, а также в рамках действия Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (Руководящие принципы) [5], где изложены две концепции».

Методология исследования.

Цель исследования прямо в статье не заявлена. При этом она может быть ясно понята из названия и содержания работы. Цель может быть обозначена в качестве рассмотрения и разрешения отдельных проблемных аспектов вопроса о должной осмотрительности в реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки. Исходя из поставленных цели и задач, автором выбрана методологическая основа исследования.

В частности, автором используется совокупность общенаучных методов познания: анализ, синтез, аналогия, дедукция, индукция, другие. В частности, методы анализа и синтеза позволили обобщить и разделить выводы различных научных подходов к предложенной тематике, а также сделать конкретные выводы из материалов деловой практики.

Наибольшую роль сыграли специально-юридические методы. В частности, автором активно применялся формально-юридический метод, который позволил провести анализ и осуществить толкование норм действующего законодательства (прежде всего, норм и положений международно-правовых актов). Например, следующий вывод автора: «В документах европейских организаций (ОЭСР) это мера осмотрительности, деятельности, либо старания, которую можно надлежащим образом ожидать от разумного и осмотрительного субъекта (компании, предприятия), проявляемые им при конкретных обстоятельствах для осуществления своей ответственности в определенной сфере [11], что в полной мере соответствует целям устойчивого развития и принципам ESG. В

документах ООН это действия компании по выявлению, предотвращению и устранению негативных последствий своей деятельности применительно к окружающей среде, климату, правам человека [7]. В этом смысле осмотрительность понимается как социальная ответственность в широком смысле. При этом обратим внимание на важность «сочетания всех трех аспектов без чрезмерной ориентации на определенное направление» [1, с.32]».

Следует положительно оценить возможности сравнительно-правового метода исследования, связанного с изучением законодательства и практики разных стран. Это особенно важно в контексте цели исследования. Так, в статье отмечается, что «В Дании (Dutch Child Labor Due Diligence Law) и Швейцарии (Swiss Responsible Business Initiative) национальные акты также закрепляют обязанности компаний (юридических лиц) проявлять должную осмотрительность в сферах, обеспечивающих устойчивое развитие, соответственно, неосмотрительность предусматривает гражданско-правовую ответственность компании».

Таким образом, выбранная автором методология в полной мере адекватна цели исследования, позволяет изучить все аспекты темы в ее совокупности.

Актуальность.

Актуальность заявленной проблематики не вызывает сомнений. Имеется как теоретический, так и практический аспекты значимости предложенной темы. С точки зрения теории тема должной осмотрительности в отдельных отношениях сложна и неоднозначна. Правильно отмечено в статье, что нередко ее указание в законодательстве (к примеру, НК РФ) не происходит ввиду слишком расплывчатого понятия рассматриваемой категории. Вместе с тем ее применение необходимо для решения конкретных вопросов на практике, что вызывает необходимость теоретического обоснования содержания данного понятия. С практической стороны следует признать важность сопоставления опыта разных стран по правовому регулированию указанных вопросов.

Тем самым, научные изыскания в предложенной области стоит только поприветствовать.

Научная новизна.

Научная новизна предложенной статьи не вызывает сомнений. Во-первых, она выражается в конкретных выводах автора. Среди них, например, такой вывод:

«должная осмотрительность, рассматриваемая в контексте ЦУР и ESG не традиционно с позиций выявления налоговых злоупотреблений, а с позиции устойчивого развития, обеспечивается в российской практике пока лишь средствами мягкого регулирования. В то же время, мировая тенденция, ориентирует на обязательность, т.е. законодательное закрепление такого социально полезного поведения в интересах целей устойчивого развития и ESG-повестки. В то же время, разработка такого рода актов находится на ранних стадиях правообразования, т.е. обсуждения актуальности, со ссылками на европейский опыт, актуальность которого в текущих условиях для России не очевидна. Кроме того, переход к правотворчеству в этой сфере требует точного понимания сложившихся общественных отношений, путей и механизмов их регулирования, чего также пока не наблюдается. В этом смысле актуализируются мониторинг исследования деятельности (не отчётов, а именно деятельности) российских компаний в рамках ESG-повестки».

Указанный и иные теоретические выводы могут быть использованы в дальнейших научных исследованиях.

Во-вторых, автором предложены идеи по обобщению законодательства и практики различных государств по анализируемым вопросам. Приведенные выводы могут быть

актуальны и полезны для правотворческой деятельности.

Таким образом, материалы статьи могут иметь определенных интерес для научного сообщества с точки зрения развития вклада в развитие науки.

Стиль, структура, содержание.

Тематика статьи соответствует специализации журнала «Юридические исследования», так как она посвящена правовым проблемам, связанным с категорией должной осмотрительности в реализации целей устойчивого развития и ESG-повестки.

Содержание статьи в полной мере соответствует названию, так как автор рассмотрел заявленные проблемы, достиг цели исследования.

Качество представления исследования и его результатов следует признать в полной мере положительным. Из текста статьи прямо следуют предмет, задачи, методология и основные результаты исследования.

Оформление работы в целом соответствует требованиям, предъявляемым к подобного рода работам. Существенных нарушений данных требований не обнаружено.

Библиография.

Следует высоко оценить качество использованной литературы. Автором активно использована литература, представленная авторами из России и из-за рубежа (Макаров И.Н., Назаренко В.С., Синявский А.А., Bonnitcha J., McCorquodale R., O'Brien C. M. В и другие). Хотело бы отметить использование автором большого количества материалов деловой практики, а также нормативно-правовых актов различных стран, что позволило придать исследованию правоприменительную направленность.

Таким образом, труды приведенных авторов соответствуют теме исследования, обладают признаком достаточности, способствуют раскрытию различных аспектов темы.

Апелляция к оппонентам.

Автор провел серьезный анализ текущего состояния исследуемой проблемы. Все цитаты ученых сопровождаются авторскими комментариями. То есть автор показывает разные точки зрения на проблему и пытается аргументировать более правильную по его мнению.

Выводы, интерес читательской аудитории.

Выводы в полной мере являются логичными, так как они получены с использованием общепризнанной методологии. Статья может быть интересна читательской аудитории в плане наличия в ней систематизированных позиций автора применительно к вопросам, предложенным к обсуждению.

На основании изложенного, суммируя все положительные и отрицательные стороны статьи

«Рекомендую опубликовать»