

Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть четвертая. Обязанности директоров в период,
предшествующий несостоятельности
(в том числе в предпринимательских группах)

Второе издание



Дополнительную информацию можно получить по адресу:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Тел.: (+43-1) 26060-4060
Интернет: uncitral.un.org

Телефакс: (+43-1) 26060-5813
Эл. почта: uncitral@un.org

Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли

Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть четвертая. Обязанности директоров
в период, предшествующий
несостоятельности (в том числе
в предпринимательских группах)

Второе издание



ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Вена, 2020 год

Примечание

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такие обозначения встречаются в тексте, они служат указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
e-ISBN 978-92-1-004995-5

© Организация Объединенных Наций, март 2020 года. Все права защищены.

Употребляемые обозначения и изложение материала в настоящем издании не означают выражения со стороны Секретариата Организации Объединенных Наций какого бы то ни было мнения относительно правового статуса какой-либо страны, территории, города или района, или их властей, или относительно делимитации их границ.

Подготовка к изданию: Секция английского языка и издательских и библиотечных услуг, Отделение Организации Объединенных Наций в Вене.

Содержание

	Пункты	Стр.
Введение и цель части четвертой		1
Раздел первый		
Обязанности директоров предприятия в период, предшествующий несостоятельности этого предприятия		
Введение и цель первого раздела	1–3	3
I. Общие сведения.....	1–15	5
II. Элементы, составляющие обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности	1–44	13
A. Характер обязанностей	1–7	13
<i>Рекомендации 255–256</i>		17
B. Момент возникновения обязанностей: период, предшествующий несостоятельности.....	8–12	19
<i>Рекомендация 257</i>		21
C. Определение сторон, несущих обязанности	13–16	21
<i>Рекомендация 258</i>		23
D. Ответственность.....	17–35	23
<i>Рекомендации 259–261</i>		31
E. Привлечение директоров к ответственности ...	36–44	32
<i>Рекомендации 262–266</i>		35
Раздел второй		
Обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности		
Введение и цель второго раздела	1–3	37

Глоссарий	4	38
I. Общие сведения.....	1–11	41
II. Элементы обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательской группы, в период, предшествующий несостоятельности	1–13	47
A. Характер обязанностей.....	1–4	47
<i>Рекомендации 267–268</i>		49
B. Определение лиц, несущих обязанности	5–8	52
C. Коллизия обязанностей.....	9–13	53
<i>Рекомендации 269–270</i>		55
Приложение V. Решения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, принятые 18 июля 2013 года и 15 июля 2019 года, и резолюция 68/107 В Генеральной Ассамблеи		57

**Руководство
для законодательных органов по вопросам
законодательства о несостоятельности
Часть четвертая. Обязанности директоров
в период, предшествующий несостоятельности
(в том числе в предпринимательских группах)
Второе издание**

Введение и цель части четвертой

Цель части четвертой заключается в определении основных принципов, которые необходимо отразить в законодательстве, касающемся обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности. В настоящее издание, являющееся вторым по счету, включен дополнительный раздел, посвященный вопросам несостоятельности предпринимательских групп. В первом разделе рассматриваются основные элементы, составляющие обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности, на примере отдельно взятой компании в ситуации, когда она сталкивается с неминуемым банкротством или когда несостоятельность компании становится неизбежной в будущем. С учетом положений первого раздела во втором разделе рассматриваются способы изменения положений некоторых рекомендаций, содержащихся в первом разделе, для того чтобы они могли применяться к директорам компаний в контексте несостоятельности предпринимательской группы. В нем говорится о том, в какой мере директор члена предпринимательской группы при выполнении своих обязанностей в период, предшествующий несостоятельности, может учитывать соображения, непосредственно не связанные с возглавляемым им или ею членом предпринимательской группы, и какие защитные меры должны при этом действовать. В нем также содержатся дополнительные рекомендации, касающиеся ситуаций, когда обязанности директора по отношению к разным членам предпринимательской группы вступают в коллизию между собой.

Раздел первый

Обязанности директоров предприятия в период, предшествующий несостоятельности этого предприятия

Введение и цель первого раздела

1. В настоящем разделе рассматриваются обязанности, которые могут быть возложены на лиц, отвечающих за принятие решений по управлению предприятием в период, когда предприятие сталкивается с неминуемым банкротством или когда несостоятельность предприятия становится неизбежной в будущем. Цель возложения таких обязанностей, которые будут подлежать принудительному исполнению после возбуждения производства по делу о несостоятельности, заключается в том, чтобы защитить законные интересы кредиторов и других заинтересованных сторон и стимулировать своевременное принятие мер для сведения к минимуму последствий финансовых трудностей, испытываемых предприятием.

2. Ниже рассматриваются следующие ключевые моменты, которые должны быть отражены в положениях об обязанностях директоров: *a)* характер и круг обязанностей; *b)* момент возникновения обязанностей; *c)* лица, на которых возлагаются обязанности; *d)* ответственность за неисполнение обязанностей; *e)* принудительное исполнение обязанностей; *f)* оправдывающие обстоятельства; *g)* санкции; *h)* лица, имеющие право на подачу иска о принудительном исполнении обязанностей; и *i)* порядок финансирования расходов, связанных с подачей таких исков.

3. В настоящем разделе используется та же терминология, что и в остальных частях *Руководства*, а также в других документах по вопросам несостоятельности, подготовленных ЮНСИТРАЛ¹. Для большей ясности при чтении настоящего раздела следует руководствоваться определениями и пояснениями, приведенными в глоссарии, содержащемся во введении к *Руководству*².

¹ Размещены на сайте uncitral.un.org в разделе «Тексты и их статус».

² Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

I. Общие сведения

1. Механизмы корпоративного управления регулируют комплекс взаимоотношений между правлением компании, ее советом директоров, акционерами и другими заинтересованными сторонами и не только образуют структуру, в рамках которой протекает процесс постановки и достижения целей компании, но и служат набором стандартов, позволяющих судить об эффективности ее работы. Надлежащее корпоративное управление должно стимулировать совет и правление к постановке целей, отвечающих интересам компании и акционеров, и способствовать укреплению доверия, необходимого для привлечения инвестиций и клиентуры. К настоящему времени на международном уровне проделана большая работа по разработке общепринятых принципов корпоративного управления, которые регулируют, в частности, обязанности лиц, ответственных за принятие решений по управлению предприятием (в настоящей части именуемых «директорами»³), в период, пока компания остается платежеспособной.

2. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что с момента открытия производства по делу о несостоятельности на директоров ложатся принципиально иные обязанности, чем до возбуждения производства, состоящие главным образом в том, чтобы максимально увеличить стоимость и обеспечить сохранность имущественной массы, подлежащей распределению среди кредиторов. Нередко директора отстраняются от управления текущими делами компании, а их место занимают управляющие в деле о несостоятельности, хотя, согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран, директора могут и далее играть активную роль, особенно в процессе реорганизации. В главе III части второй *Руководства* рассматриваются несколько возможных вариантов той роли, которая может отводиться должнику в дальнейшем руководстве работой предприятия, включая сохранение полного контроля над предприятием, ограниченное отстранение и полное отстранение от руководства (рекомендация 112 и пункты 10–18). В этой главе также говорится об обязанностях директоров после открытия производства по делу о несостоятельности (рекомендации 108–114 и пункты 22–34). В рекомендации 110 довольно подробно описываются обязанности, которые

³ Вопрос о том, кого можно считать директором для целей настоящей части, рассматривается в настоящем разделе ниже, в пунктах 13–16 главы II. Хотя общепринятого определения этого термина не имеется, в данной части соответствующие лица обобщенно названы «директорами» для большего удобства.

должны возникать согласно законодательству о несостоятельности при открытии производства по делу о несостоятельности и сохраняться в течение всего этого производства, включая следующие обязанности: сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций; представлять точную, надежную и полную информацию о финансовом положении компании и состоянии дел; и сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности для предоставления ему возможности взять на себя эффективный контроль над имущественной массой, а также содействовать ему в деле возвращения активов и коммерческой документации. Кроме того, рассматриваются вопросы о применении санкций за неисполнение должником его обязанностей (рекомендация 114 и пункты 32–33).

3. Эффективное законодательство о несостоятельности должно не только обеспечивать предсказуемость юридического процесса по решению финансовых проблем неблагополучных предприятий и необходимую правовую базу для их эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации, но и предоставлять возможность изучения обстоятельств, приведших к несостоятельности, в частности возможность проверки поведения директоров предприятия в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности. В то же время до сих пор на международном уровне не предпринималось серьезных усилий для согласования положений национального законодательства с целью облегчения проверки действий директоров предприятий, и в данной области сохраняются значительные расхождения. Характер и объем обязанностей, которые могут нести директора в этот период, когда предприятие, возможно, испытывает финансовые трудности, но еще не является неплатежеспособным или пока не возбуждено производство по делу о несостоятельности, еще не получили достаточно ясного определения, но они все чаще становятся предметом обсуждения, особенно в связи с учащением случаев банкротства в результате глобального финансового кризиса 2008 года.

4. В условиях фактической или неминуемой утраты способности выполнять свои обязательства по мере наступления сроков их исполнения компании нуждаются в эффективном руководстве, поскольку в подобных ситуациях нередко требуется принимать трудные и ответственные решения, которые будут иметь важнейшее значение для выживания компании, с соответствующими выгодами для ее владельцев, кредиторов, клиентов, работников и других лиц. Компетентные директора должны хорошо понимать финансовое положение компании и располагать всей реально доступной информацией, необходимой для принятия надлежащих мер с целью решения финансовых проблем и предотвращения дальнейшего ухудшения ситуации. При этом им приходится выбирать, какой курс действий в наибольшей степени отвечает интересам предприятия в целом, принимая во внимание интересы соответствующих заинтересованных сторон в сложившихся обстоятельствах. По законодатель-

ству одних стран этими участниками будут сама корпорация и ее акционеры. По законодательству других стран ими может быть более широкое сообщество, имеющее свои интересы, в том числе кредиторы. Иногда директора, опасаясь личной ответственности и возможных финансовых последствий принятия таких решений, могут преждевременно закрыть предприятие, вместо того чтобы пытаться вывести его из затруднительного положения, могут совершать недобросовестные действия, в том числе несправедливо распорядиться активами или имуществом, либо могут также пытаться сложить с себя обязанности, тем самым часто усугубляя трудности, которые испытывает компания.

5. Директорам и управляющим бывает непросто примирить интересы и побуждения разных сторон, и эти различия являются потенциальным источником конфликтов. Например, акционеры предприятия, которые, как правило, вряд ли будут участвовать в каком-либо распределении в ходе производства по делу о несостоятельности, заинтересованы в максимальной защите своей собственной позиции и будут стремиться не допустить банкротства или оттянуть продажу предприятия в надежде на получение более крупной выручки, особенно если предлагаемая продажная цена покрывает лишь требования кредиторов и оставляет акционеров ни с чем. Такой курс действий может быть сопряжен с принятием рискованных стратегий, имеющих целью сохранение и увеличение стоимости активов в интересах акционеров и одновременно ставящих под угрозу интересы кредиторов. Подобные действия нередко свидетельствуют о том, что директоров мало волнуют реальные шансы на успех, поскольку в случае неудачи они будут защищены положениями об ограничении ответственности или страховании ответственности директоров.

6. Несмотря на потенциальные сложности, связанные с принятием надлежащих коммерческих решений, при угрозе возникновения финансовых трудностей важно как можно раньше начать принимать меры. Финансовый упадок обычно наступает гораздо быстрее, чем принято считать, а по мере ухудшения финансового положения стремительно сокращаются и возможности эффективной реструктуризации предприятия. Для облегчения принятия своевременных мер необходимо обеспечить доступность соответствующих процедур, поскольку призывать директоров к принятию своевременных мер не имеет смысла, если такие меры не будут подкреплены эффективными процессуальными механизмами⁴. Принятие своевременных мер может затрудняться также в том случае, когда законодательство предусматривает ответственность директоров за продолжение коммерческой деятельности в период проведения неофициальных процедур, например переговоров о добровольной реструктуризации (о которых говорится в пунктах 2–18 главы II части первой). Хотя во

⁴ Существует мнение, что сравнительно небольшое число дел, возбуждаемых в одном из государств по фактам осуществления коммерческой деятельности в условиях несостоятельности, объясняется относительной доступностью процедуры добровольного банкротства, причем в конечном счете ликвидации подвергаются лишь безнадежно неплатежеспособные предприятия.

многих странах в законодательство о несостоятельности были внесены изменения, расширяющие возможности для принятия оперативных мер по спасению и реструктуризации предприятий, до сих пор мало внимания уделялось созданию стимулов для применения таких мер директорами предприятий. Довольно часто принимать такие меры или открывать официальное производство по делу о несостоятельности приходится уже кредиторам, поскольку директора вовремя не предприняли надлежащих шагов.

7. Для того чтобы стимулировать своевременное принятие мер, в некоторых правовых системах на должников возложена обязанность подавать заявление об открытии официального производства в течение определенного срока с момента наступления несостоятельности, с тем чтобы не допустить продолжения таким должником коммерческой деятельности. В законодательстве других стран данная проблема решена посредством четкого определения обязанностей директоров в период до открытия производства по делу о несостоятельности и возложения на них ответственности за ущерб, причиненный в результате продолжения коммерческой деятельности, в то время как они знали или должны были предвидеть, что наступление несостоятельности неизбежно. Смысл этих положений заключается в том, чтобы создать надлежащие стимулы для своевременного принятия мер путем проведения переговоров о реструктуризации или реорганизации предприятия и не допустить перекладывания расходов, связанных с финансовыми проблемами предприятия, на третьи стороны и возложения на кредиторов рисков, связанных с продолжением коммерческой деятельности.

8. Вопрос о возложении таких обязанностей на директоров предприятий остается предметом споров. Сторонники данного подхода подчеркивают его преимущества и отмечают, что подобные обязанности должны побуждать директоров к осмотрительности и оперативному принятию мер для предотвращения финансового упадка компании с целью защиты существующих кредиторов от еще больших убытков и недопущения втягивания в финансовые проблемы компании новых кредиторов. Иными словами, такие обязанности оказывают на директоров предприятия сдерживающее и дисциплинирующее воздействие и заставляют их воздерживаться от чрезмерно рискованных действий или молчаливого согласия на рискованные предложения других директоров из опасения санкций, которые могут быть применены в случае неисполнения обязанностей. Еще одно преимущество такого подхода заключается в том, что он стимулирует директоров, в случае возникновения угрозы финансовых трудностей, обращаться за советом к компетентным специалистам.

9. Противники данного подхода отмечают его существенные недостатки и приводят следующие доводы. Правило, которое предполагает неэффективное управление исключительно на основании наличия финансовых трудностей, часто ведет к тому, что директора, обладающие необходимыми знаниями и компетентностью в иных обстоятельствах, уходят из компании, в результате

чего утрачивается возможность реорганизации компании и восстановления ее прибыльности. Существует опасность того, что директора, стараясь избежать ответственности, будут преждевременно закрывать жизнеспособные компании, которые иначе могли бы выжить, вместо того чтобы пытаться вывести их из финансовых затруднений. Однако правильно составленные законодательные положения могли бы препятствовать поспешному закрытию предприятий и стимулировать директоров к продолжению коммерческой деятельности, когда такой курс действий является наиболее целесообразным и позволяет свести к минимуму убытки кредиторов, а также с большей вероятностью может обеспечить баланс прав и законных ожиданий всех заинтересованных сторон, позволяя проводить различие между случаями ненадлежащего поведения и случаями, связанными с изменением конъюнктуры или другими внешними факторами. В качестве еще одного недостатка указывается, что возложение подобных обязанностей на директоров приведет к размыванию правового статуса корпорации, хотя на это можно возразить, что ограниченную ответственность следует рассматривать как привилегию и что суды обычно принимают во внимание возможность злоупотребления положениями об ограничении ответственности в ущерб интересам кредиторов. Высказываются опасения, что установление таких обязанностей ослабит стимулы для предпринимательской деятельности, поскольку слишком высокий риск может лишить директоров желания принимать смелые решения. Однако в правильно составленных положениях законодательства основной акцент должен быть сделан не столько на причинах финансовых неудач, сколько на действиях (или бездействии) директоров в последующий период. Судебная практика стран, в законодательстве которых предусмотрены соответствующие обязанности, свидетельствует о том, что к суду обычно привлекаются лишь директора, проявившие явную безответственность.

10. Высказывается мнение, что возложение на директоров подобных обязанностей может вести к увеличению непредсказуемости, поскольку решение о привлечении к ответственности будет зависеть от обстоятельств конкретного дела, а также от позиции, которую займет суд. Суды же могут не иметь необходимого опыта для оценки коммерческой деятельности предприятия после наступления несостоятельности и нередко склонны пересматривать решения руководства, принятые в этот период. Однако опыт стран, в которых существует практика принудительного исполнения подобных обязанностей, свидетельствует о том, что суды обычно полагаются на компетентность действий директоров, особенно если те действовали по совету независимых консультантов. Еще одна из точек зрения заключается в том, что в этом случае возрастает риск того, что к ответственности неожиданно для себя будут привлечены банки или другие стороны, которые могут быть отнесены к категории директоров на основании их причастности к делам компании, особенно в период ее несостоятельности. В связи с этим желательно, чтобы соответствующее законодательство обеспечивало таким сторонам надлежащую защиту, при условии

что те действуют добросовестно, независимо от должника и рационально с коммерческой точки зрения⁵. Противники данного подхода также утверждают, что установление подобных обязанностей обеспечивает чрезмерную защиту кредиторов, которые и так могут защитить свои интересы с помощью заключаемых договоров, в результате чего любое регулирование теряет смысл. Однако при таком подходе подразумевается, например, что у всех кредиторов заключен договор с должником, что они способны договориться с ним о различных мерах защиты на случай самых разных непредвиденных обстоятельств и что у них есть ресурсы, желание и возможности для наблюдения за делами компании. В таком положении находятся далеко не все кредиторы.

11. Обязанности и ответственность директоров в разных государствах регулируются различными законодательными актами: законодательством о компаниях, гражданским или уголовным законодательством либо законодательством о несостоятельности, причем нередко соответствующие нормы содержатся сразу в нескольких законодательных актах или рассредоточены по разным законам. В системах общего права такие обязанности могут возникать как в силу общего права, так и на основании соответствующих законодательных актов. Нет единого мнения и относительно того, предметом какого законодательства – о несостоятельности или о компаниях – должны являться вопросы обязанностей и ответственности директоров. Та или иная точка зрения обычно зависит от статуса компании: если компания платежеспособна, к ней обычно применяется законодательство о компаниях; если же в отношении компании открыто производство по делу о несостоятельности, применению подлежит законодательство о несостоятельности (хотя в некоторых случаях четкое разграничение провести невозможно)⁶. В период перед открытием производства о несостоятельности, когда должник становится фактически несостоятельным, могут возникать специфические вопросы, которые в настоящее время должным образом не регулируются ни законодательством о компаниях, ни законодательством о несостоятельности. Однако возложение на директоров обязанностей, которые могут быть впоследствии исполнены в принудительном порядке после открытия производства по делу о несостоятельности, может привести к наслоению обязанностей, регулируемых разными законами, поэтому для обеспечения ясности и прозрачности, а также предупреждения потенциальных коллизий соответствующие положения законодательства желательно согласовать друг с другом.

12. Разными являются не только законы, регулирующие обязанности директоров, но и сами обязанности: как отмечалось выше, обязанности, возлагаемые на директоров до открытия производства по делу о несостоятельности,

⁵ См. главу II настоящего раздела, пункт 14 ниже.

⁶ С учетом этого обстоятельства в рекомендациях, содержащихся в настоящей части, используется гибкая формулировка «законодательство, касающееся несостоятельности».

как правило, отличаются от обязанностей, возникающих после открытия такого производства (см. часть вторую, глава III, пункты 22–33). Стандарты поведения, которым должны соответствовать действия директоров в процессе выполнения ими своих функций, обычно также различаются в зависимости от характера и вида коммерческого предприятия, например от того, является ли оно публичной компанией, акционерным обществом, товариществом, частной фирмой или семейным предприятием, а также в зависимости от правовой системы (систем), в рамках которой предприятие осуществляет деятельность, и могут также зависеть от того, является ли директор независимым сторонним лицом либо внутренним директором.

13. Применение законодательных норм, регулирующих обязанности и ответственность директоров, тесно взаимосвязано с другими правовыми нормами и положениями законодательства, касающимися корпоративного управления. В некоторых правовых системах они являются важнейшей частью принципиальной нормативной базы и предназначены, например, для защиты вкладчиков финансовых учреждений, облегчения сбора налогов, обеспечения приоритетного статуса определенных категорий кредиторов по отношению к остальным кредиторам (в том числе служащим), а также частью местных правовых, деловых и культурных традиций.

14. Эффективное регулирование в данной сфере должно обеспечивать оптимальный баланс между зачастую противоположными целями и интересами разных сторон: сохранять свободу директоров в вопросах осуществления их должностных обязанностей и принятия надлежащих решений, поощрять ответственное поведение, удерживать от неправомерного поведения и чрезмерного риска, стимулировать предпринимательскую деятельность и способствовать как можно более раннему рефинансированию и реорганизации предприятий, испытывающих финансовые трудности или оказавшихся на грани банкротства. Наличие правового регулирования в данной области позволит укрепить доверие кредиторов и повысить их готовность к ведению дел с компаниями, способствовать привлечению к управлению предприятием более опытных специалистов, которые иначе могут отказаться от работы из-за рисков в случае неудачи, и содействовать надлежащему корпоративному управлению, что обеспечит более предсказуемое правовое положение директоров предприятий и ограничит опасность судебных тяжб, возбужденных в их отношении управляющими в делах о несостоятельности после открытия производства. Неэффективные, неясные, устаревшие и непоследовательные инструкции относительно обязанностей должностных лиц, ответственных за принятие решений по управлению находящимся на грани банкротства предприятием, могут свести на нет все преимущества, которые призвано обеспечить эффективное законодательство о несостоятельности, и усугубить финансовые проблемы, которые эти нормы призваны решать.

15. Цель настоящего раздела заключается в том, чтобы определить основные принципы, которые необходимо отразить в законодательстве, касающемся ответственности директоров предприятий в период, когда предприятию грозит неминуемая несостоятельность или когда несостоятельность предприятия становится неизбежной в будущем. Данные принципы могут служить ориентиром для лиц, отвечающих за разработку политики, при анализе и разработке соответствующей нормативно-правовой базы. При всей желательности достижения целей законодательства о несостоятельности (изложенных в пунктах 1–14 главы I части первой и рекомендации 1) благодаря принятию оперативных мер и надлежащим действиям директоров необходимо помнить о том, что принятие слишком строгих правил может затруднить и поставить под угрозу предпринимательскую деятельность. В настоящем разделе не рассматривается вопрос об ответственности директоров, которая может возникать на основании уголовного законодательства, законодательства о компаниях или правовых норм о деликтах, а внимание сосредоточивается только на тех обязанностях, которые могут быть включены в законодательство, касающееся несостоятельности, и принудительно исполнены после открытия производства о несостоятельности.

II. Элементы, составляющие обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности

A. Характер обязанностей

1. Хотя основное обоснование возложения обязанностей на директоров предприятий в период приближения несостоятельности примерно одинаково в различных правовых системах, подходы к формулированию таких обязанностей и определению критериев оценки их исполнения могут различаться. Как правило, в законодательстве рассматриваются в первую очередь два аспекта: во-первых, привлечение директоров к гражданской ответственности за доведение предприятия до банкротства или непринятие надлежащих мер при приближении несостоятельности (согласно законодательству некоторых стран, такие меры могут включать открытие производства по делу о несостоятельности в соответствии с обязанностями, предусмотренными национальным законом, см. пункт 2 ниже) и, во-вторых, после открытия производства по делу о несостоятельности отмена решений, принятых директорами, в том числе расторжение сделок, заключенных в период приближения несостоятельности.

1. Обязанность открыть производство по делу о несостоятельности

2. Как отмечалось выше, законодательство некоторых стран возлагает на директоров предприятий обязанность подавать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может повлечь за собой реорганизацию или ликвидацию предприятия, в течение оговоренного срока (который обычно является довольно коротким, например три недели) с момента наступления фактической неплатежеспособности предприятия. В случае невыполнения данного требования директор может быть привлечен к личной материальной ответственности, полностью или частично, за любые убытки, понесенные в результате этого компанией и ее кредиторами, а иногда также к уголовной ответственности, например если компания продолжает коммерческую деятельность. Данная обязанность подробнее рассматривается в пунктах 35–36 главы I части второй.

2. Гражданская ответственность

3. Гражданская ответственность, возлагаемая на директоров в период приближения несостоятельности, как правило, предусматривается за доведение предприятия до банкротства или непринятие надлежащих мер по контролю за финансовым положением компании, предотвращению или уменьшению финансовых трудностей, минимизации потенциальных потерь для кредиторов и недопущению несостоятельности. Материальная ответственность может возникать в тех случаях, когда директора совершают сделки, не отвечающие целям улучшения финансового положения компании и сохранения ее стоимости (например, сделки, сопряженные с высокой степенью риска или связанные с отчуждением активов компании, которые могут привести к существенному и неоправданному увеличению риска для кредиторов). Такая ответственность может возникать, если директора знали, что несостоятельность компании неизбежна и что компания не сможет выполнять свои обязательства по мере наступления сроков их погашения, и, несмотря на это, продолжали вести коммерческую деятельность, связанную, в частности, с приобретением товаров и услуг в кредит, невзирая на невозможность их оплаты и не раскрывая реального финансового положения компании кредиторам. По законам некоторых стран ответственность может возникать также в тех случаях, когда директора предприятий не выполняют определенные обязанности, например не сообщают о неспособности предприятия совершить некоторые платежи, в том числе применительно к налоговым отчислениям и отчислениям по социальному обеспечению, или не подают официального заявления о несостоятельности.

4. От директоров обычно ожидается, что при наступлении вышеупомянутых обстоятельств они должны предпринимать разумные действия и принимать надлежащие меры по контролю за ситуацией, с тем чтобы быть в курсе происходящего и иметь возможность предпринимать шаги для уменьшения убытков кредиторов и компании (включая ее акционеров), не допускать принятия решений, способных привести к ухудшению положения, и принимать надлежащие меры для предотвращения несостоятельности компании.

5. В зависимости от обстоятельств надлежащие шаги могут состоять в следующем, полностью или частично:

a) директора могут удостовериться в том, что счета компании ведутся надлежащим образом и отражают самые последние сведения. В противном случае им следует исправить ситуацию;

b) директора могут удостовериться в том, что им представляется точная, актуальная и своевременная информация; в частности, с этой целью они могут самостоятельно собрать сведения о финансовом положении компании (не полагаясь на данные, предоставляемые правлением), а также о требованиях кредиторов, предъявленных ими исках о взыскании задолженности и других спорных

вопросах, существующих между компанией и кредиторами. В такой период директорам, возможно, понадобится уделить больше времени и внимания состоянию дел компании, чем это требуется, когда положение компании стабильно;

c) для наблюдения за ситуацией могут созываться регулярные заседания совета директоров, в протоколах которых должны подробно отражаться все коммерческие решения (включая высказанные возражения) и их мотивировка, в том числе, в соответствующих случаях, причины, по которым компании было разрешено продолжить коммерческую деятельность, и обстоятельства, на основании которых был сделан вывод о наличии разумных шансов избежать ликвидационного производства. Одним из возможных шагов является продолжение коммерческой деятельности, поскольку в некоторых обстоятельствах такую деятельность целесообразно продолжать даже после решения о том, что избежать ликвидации не удастся, например если предприятие владеет активами, стоимость которых будет значительно больше, если они будут проданы в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если для продолжения коммерческой деятельности предприятию требуются дополнительные или новые займы (когда это допускается законодательством), в протоколах должны быть указаны основания для привлечения займов и, таким образом, принятия дополнительных долговых обязательств с целью обеспечения наличия документальных доказательств действий директоров, если такие обоснования потребуются на более позднем этапе;

d) директора могут обращаться за советами и помощью к консультантам, например специалистам по вопросам несостоятельности. Хотя на данном этапе директорам может быть полезно получить юридические консультации, основные вопросы, связанные с финансовым положением компании, обычно носят экономический, а не юридический характер. Желательно, чтобы директора самостоятельно анализировали финансовое положение компании и сами оценивали вероятные последствия принимаемых решений и обращались к помощи консультантов лишь для их объективной и независимой проверки. В подобных случаях директора могут либо от общего имени, либо от имени только внутренних или независимых директоров привлекать независимых бухгалтеров, специалистов по реструктуризации или юристов с целью получения независимого мнения о возможных вариантах действий, имеющихся у совета директоров, и оценки перспективности предложений, выдвинутых правлением компании;

e) директора могут провести предварительные переговоры с аудиторами и при необходимости организовать аудиторскую проверку;

f) директора могут рассмотреть структурные и функциональные характеристики коммерческих операций на предмет эффективности и сокращения расходов. В процессе этой работы можно рассмотреть вероятность проведения переговоров о реструктуризации предприятия и возможность его реорганизации и подготовить соответствующий отчет. Директора могут также рассмотреть

вопрос о компетентности членов правления и целесообразности их замены или сохранения в должности;

g) директора могут пожелать скорректировать методы управления, сосредоточив внимание на интересах определенного круга заинтересованных сторон, в который могут входить кредиторы, служащие, поставщики, клиенты, правительственные органы и акционеры, а также, в некоторых ситуациях, на вопросах защиты окружающей среды с целью определения надлежащего курса действий. В условиях неотвратимого приближения несостоятельности или ее неизбежного наступления в будущем переключение внимания с максимизации стоимости активов компании в интересах акционеров на защиту также интересов кредиторов стимулирует директоров к тому, чтобы постараться минимизировать ущерб кредиторам (которые после открытия производства по делу о несостоятельности превратятся в одну из основных заинтересованных сторон), в результате чего могут быть предприняты чрезмерно рискованные, неосторожные или небрежные действия. Одним из возможных механизмов оценки таких интересов является проведение совещаний с соответствующими группами кредиторов;

h) директора могут проследить за тем, чтобы активы компании были защищены⁷ и чтобы компания не принимала мер, которые могут привести к уходу наиболее ценных сотрудников, и не совершала сделок, которые относятся к одной из категорий, перечисленных в рекомендации 87, и которые могут быть впоследствии расторгнуты, в частности не осуществляла передачи активов компании по заниженной стоимости. Не все платежи или сделки, совершаемые в данный период, обязательно должны вызывать подозрение; например, платежи, имеющие целью обеспечить непрерывность поставок или оказания услуг, не будут считаться носящими преференциальный характер, если они были необходимы для выживания предприятия. Желательно, чтобы основания платежа тщательно протоколировались на тот случай, если соответствующая операция впоследствии вызовет вопросы. Директоров, которые обладают существенной долей участия в акционерном капитале или представляют основных акционеров, нельзя считать незаинтересованными или объективными лицами, и им, возможно, потребуется проявлять особую осторожность при голосовании в отношении сделок в период, предшествующий несостоятельности;

i) в интересах компании может быть без недолжного промедления создано собрание акционеров, если из баланса предприятия следует, что доля собственного капитала предприятия уменьшилась ниже определенного уровня (как правило, в том случае, если законодательство предусматривает требование о минимальной доле собственного капитала);

⁷ Не все активы нуждаются в защите в любых обстоятельствах. Не всегда требуют защиты, например, те активы, стоимость которых меньше суммы их обеспечения и которые являются обременительными, не имеющими ценности и труднореализуемыми (данный вопрос подробнее рассматривается в пункте 88 главы II части второй).

j) может быть пересмотрен членский состав совета директоров для определения того, входит ли в него достаточное число независимых директоров.

3. Расторжение сделок

6. В рекомендациях 87–99 говорится о расторжении сделок, совершенных по заниженной стоимости, носящих преференциальный характер или направленных на затруднение или задержку действий кредиторов либо воспрепятствование им (см. часть вторую, глава II, пункты 170–185). Эти рекомендации относятся и к расторжению сделок, заключенных компанией в предшествующий несостоятельности период. Факт заключения сделки, которая впоследствии подлежит расторжению, сам по себе не является основанием для привлечения директоров к личной материальной ответственности.

7. Однако заключение определенных категорий сделок, которые могут подлежать расторжению, может влечь за собой и другие последствия. Согласно законодательству некоторых стран, определенные действия директоров могут быть признаны незаконными на основании, например, положений о неправомерном или мошенническом ведении дел либо на том основании, что их действия привели к ухудшению экономического положения компании или к ее несостоятельности; к таким сделкам относятся, в частности, экономически необоснованное привлечение новых займов или предоставление новых гарантий. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность не только расторжения подобных сделок, но и привлечения к личной материальной ответственности тех директоров, которые дали разрешение на совершение таких мошеннических или иных неправомерных сделок. Как правило, к ответственности могут привлекаться лишь те директора, которые дали согласие на совершение сделки; те же директора, которые прямо возражали против совершения сделки и возражения которых были должным образом запротоколированы, обычно освобождаются от ответственности.

Рекомендации 255–256

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся обязанностей лиц, ответственных за принятие решений относительно управления компанией, в период, когда несостоятельность становится неминуемой или неизбежной, заключается в следующем:

a) защитить законные интересы кредиторов и других заинтересованных сторон;

Рекомендации 255–256 (продолжение)

b) обеспечить осведомленность лиц, ответственных за принятие решений относительно управления компанией, об их роли и обязательствах в этих обстоятельствах; и

c) предусмотреть соответствующие санкции за неисполнение этих обязанностей, которые могут быть принудительно исполнены после открытия производства по делу о несостоятельности.

Пункты a)–c) должны применяться таким образом, чтобы они:

a) не оказывали негативного воздействия на успех реорганизации предприятий;

b) не ослабляли стимулы к участию в управлении компаниями, особенно находящимися в сложном финансовом положении; или

c) не препятствовали осуществлению разумных коммерческих решений или принятию разумного коммерческого риска.

Содержание законодательных положений*Обязанности*

255. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что с момента, упомянутого в рекомендации 257, лица, указанные в соответствии с рекомендацией 258, будут нести обязанности должным образом учитывать интересы кредиторов и других заинтересованных сторон и предпринимать разумные шаги для:

a) предотвращения несостоятельности; и

b) сведения к минимуму масштабов несостоятельности, когда несостоятельность неизбежна.

Разумные шаги для целей рекомендации 255

256. Для целей рекомендации 255 разумные шаги могут включать следующее:

a) оценка текущего финансового положения компании и обеспечение надлежащего ведения ее счетов и отражения в них самых актуальных сведений; самостоятельный сбор информации о текущем и сохраняющемся финансовом положении компании; созыв регулярных заседаний совета директоров для наблюдения за ситуацией; обращение за профессиональными консультациями, в том числе по вопросам несостоятельности или правовым вопросам; проведение переговоров с аудиторами; созыв собрания акционеров; корректировка методов управления с учетом интересов кредиторов и других заинтересованных сторон; защита активов компании в целях максимизации стоимости ключевых активов и предотвращения их утраты; рассмотрение структурных и функциональных

Рекомендации 255–256 (продолжение)

характеристик коммерческих операций на предмет эффективности и сокращения расходов; отказ от заключения компанией таких видов сделок, которые могут подлежать расторжению, если только эти сделки не оправданы должным образом с коммерческой точки зрения; продолжение коммерческой деятельности в обстоятельствах, когда это уместно для максимизации стоимости в качестве функционирующей хозяйственной единицы; проведение переговоров с кредиторами или начало других неофициальных процедур, например переговоров о добровольной реструктуризации⁸;

b) открытие официального реорганизационного или ликвидационного производства либо подачу ходатайства об открытии такого производства.

В. Момент возникновения обязанностей: период, предшествующий несостоятельности

8. Момент, в который могут возникать вышеперечисленные обязанности, нередко называют «сумеречной зоной», «зоной наступления несостоятельности» или «приближением несостоятельности». Под этим потенциально расплывчатым определением подразумевается период, когда финансовая стабильность компании ухудшилась настолько, что ее несостоятельность становится фактически неминуемой (т.е. когда компания в целом не сможет оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения (рекомендация 15 (a)) или неизбежной в будущем. Определение точного момента возникновения этих обязанностей является важнейшим вопросом для директоров, стремящихся своевременно принимать решения в соответствии с этими обязанностями. Кроме того, без четкого ориентира директорам будет сложно с уверенностью предугадать, на какой момент времени до открытия производства по делу о несостоятельности будет ссылаться суд при рассмотрении вопроса о мерах в связи с неисполнением этих обязанностей.

9. Определить момент возникновения обязанностей директоров в период до открытия производства по делу о несостоятельности можно разными способами и на основании разных подходов. За такой момент может быть принят момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности – такой вариант позволяет обеспечить наибольшую определенность. Однако если законодательство о несостоятельности предусматривает автоматическое открытие производства после подачи заявления или если период между подачей заяв-

⁸ См. часть первую, главу II, пункты 2–18.

ления и открытием производства является весьма незначительным (см. рекомендацию 18), то этот вариант будет иметь мало смысла с точки зрения побуждения директоров к принятию оперативных мер.

10. Согласно другому подходу, в первую очередь во внимание принимается тот факт, что такие обязанности возникают в момент, когда компания становится фактически неплатежеспособной, что, согласно некоторым законам, может произойти задолго до того, как будет подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности. Согласно общему подходу, закрепленному в *Руководстве*, о наступлении несостоятельности можно говорить с того момента, когда компания фактически оказывается не в состоянии оплачивать свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда ее долговые обязательства превышают стоимость ее активов (рекомендация 15). Согласно другому варианту, определяется момент, когда несостоятельность становится неминуемой, т.е. когда компания не сможет оплатить долги по наступлении сроков их погашения (рекомендация 15 (а)). Однако эти критерии все чаще используются в законодательстве о несостоятельности в качестве стандартов для определения срока открытия производства, а в некоторых государствах они используются в качестве основы с целью возложения на директоров предприятий обязанности подать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности в течение оговоренного срока, обычно относительно непродолжительного, с момента наступления фактической неплатежеспособности компании. Таким образом, применение данных критериев также вряд ли будет стимулировать принятие надлежащих мер на достаточно раннем этапе.

11. Несколько иной подход состоит в определении конкретного момента до открытия производства по делу о несостоятельности, когда у директора появились соответствующие сведения, например когда ему стало известно или должно было стать известно о том, что компания является неплатежеспособной или ее несостоятельность фактически неотвратима, что разумных шансов избежать открытия производства по делу о несостоятельности нет или что продолжение коммерческой деятельности предприятия находится под угрозой. Смысл такого подхода – обнаружить директоров, которые нерационально управляют компанией, испытывающей финансовые трудности, и стимулировать принятие надлежащих мер в оптимальные сроки. Хотя недостатком такого подхода можно назвать сложность определения точного момента, начиная с которого можно предполагать наличие у директора предприятия соответствующих сведений, при условии точности и надлежащего ведения счетов компании, при том что руководство должно быть в состоянии определить момент, когда компания оказывается в сложном финансовом положении и когда возникает риск несоответствия критериям несостоятельности. В противном же случае можно предположить, что директор был осведомлен о той информации, которую он получил бы в том случае, если бы компания исправно выполняла свои обязанности по ведению бухгалтерского учета и подготовке ежегодной отчетности. По сути, применение

данного стандарта требует оценки решений директора с точки зрения осведомленности, которой разумный, компетентный директор должен располагать или должен был располагать в подобных обстоятельствах. Применение данного стандарта требует более широкого изучения обстоятельств и контекста, в частности проверки книг компании и ее общего финансового положения. Такая проверка может включать анализ доходов, задолженности и непредвиденных расходов предприятия, в том числе его способности к привлечению средств. Одним словом, установления факта временной нехватки ликвидности в данном случае будет недостаточно.

12. Данные рекомендации не запрещают государствам возлагать на директоров ответственность, к которой они могут быть привлечены вне производства по делу о несостоятельности, когда из-за отсутствия активов для покрытия издержек по производству в открытии производства по делу о несостоятельности было отказано.

Рекомендация 257

Цель законодательных положений

Цель положений заключается в том, чтобы определить, в какой момент до открытия производства по делу о несостоятельности возникают соответствующие обязанности.

Содержание законодательных положений

Момент возникновения обязанности

257. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что обязанности, изложенные в рекомендации 255, возникают в тот момент, когда лицу, указанному в соответствии с рекомендацией 258, стало известно или разумно должно было стать известно о неминуемости или неизбежности несостоятельности.

С. Определение сторон, несущих обязанности

13. В большинстве государств обязанности в отношении управления компанией и надзора за ее деятельностью несут различные лица, связанные с компанией. Это могут быть владельцы компании, официально назначенные директора (которыми могут быть независимые сторонние лица либо должностные лица или управляющие компании, выполняющие функции исполнительных директоров, — так называемые «внутренние директора»), а также неназначенные лица

или структуры, например третьей стороны, действующие в качестве фактических⁹ или «теневых» директоров¹⁰, а также лица, которым директора компании делегировали свои полномочия или обязанности.

14. В широком смысле к числу лиц, несущих обязанности, могут быть отнесены и специальные консультанты, а в некоторых случаях — также банки и другие заимодатели, когда те дают компании рекомендации по решению ее финансовых проблем. Иногда такие «рекомендации» могут предопределять весь последующий ход действий компании либо навязывать выбор того или иного курса действий в качестве условия предоставления кредита. Однако при том условии, что у директоров компании остается право отказаться от предлагаемого курса действий, даже если у них нет никакой другой реальной альтернативы, позволяющей избежать ликвидации, и при условии что внешние консультанты действуют независимо, добросовестно и рационально с коммерческой точки зрения, таких консультантов желательно не относить к числу лиц, несущих обязанности.

15. Общепринятого определения понятия «директор» не существует. Однако в самых общих чертах директором можно считать лицо, которое уполномочено принимать, фактически принимает или должно принимать ключевые решения по вопросам, касающимся управления компанией, включая¹¹ определение корпоративной стратегии, управление рисками, подготовку годовых бюджетов и бизнес-планов; контроль за результатами деятельности компании; надзор за осуществлением крупных капиталовложений; контроль за практикой корпоративного управления; отбор, назначение, а также содействие работе основных глав-

⁹ Фактическим директором обычно считается лицо, действующее в качестве директора, но официально не назначенное таковым либо назначенное с техническими нарушениями. Лицо может быть признано фактическим директором независимо от занимаемой им официально называемой должности, если оно выполняет соответствующие функции. Им может быть любое лицо, которое на определенном этапе принимает участие в образовании и развитии компании или в управлении ею. В небольших семейных компаниях фактическим директором могут быть члены семьи, бывшие директора, консультанты и даже старшие служащие. Как правило, фактическим директором считается лицо, которое не просто участвует в управлении компанией, но и совершает в совокупности определенные действия, например подписывает чеки, подписывает деловую корреспонденцию в качестве «директора», не возражает против того, чтобы клиенты, кредиторы, поставщики и служащие воспринимали его в качестве директора или «лица, принимающего решение», и принимает финансовые решения относительно будущего компании совместно с банками и бухгалтерами компании.

¹⁰ Теневым директором может являться лицо, по указанию которого обычно действуют директора компании, хотя само это лицо не было официально назначено директором. К теневым директорам обычно не относят профессиональных консультантов, выступающих в аналогичной функции. Теневым директором может быть признано лицо, которое способно оказывать влияние на всех или большинство членов совета и принимать финансовые и коммерческие решения, имеющие для компании обязательную силу, а в некоторых случаях — также лицо, которому были переданы некоторые или все полномочия по управлению компанией. В рамках предпринимательской группы (см. второй раздел) один член группы может быть теневым директором другого члена. При рассмотрении действий, на основании которых соответствующее лицо может быть признано теневым директором, необходимо учитывать, с какой периодичностью такие действия совершались и использовались ли возможности влияния на практике.

¹¹ Нижеперечисленные функции приводятся лишь для примера и указаны в произвольном порядке безотносительно к их важности.

ных исполнительных директоров; обеспечение наличия достаточных финансовых ресурсов; устранение потенциальных коллизий интересов; обеспечение объективности систем учета и финансовой отчетности; а также отчетность перед заинтересованными сторонами за результаты деятельности организации.

16. Обязанности, о которых говорилось выше, распространяются на любое лицо, которое выполняло функции директора в тот момент, когда предприятие оказалось в состоянии или на грани банкротства, в том числе на директоров, которые впоследствии ушли в отставку (см. пункт 27 ниже). Они не распространяются на директоров, назначенных после открытия производства по делу о несостоятельности.

Рекомендация 258

Цель законодательных положений

Цель данных положений заключается в определении круга лиц, несущих изложенные в рекомендации 255 обязанности.

Содержание законодательных положений

Лица, несущие обязанности

257. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует указать лицо, которое несет обязанности, изложенные в рекомендации 255, каковым может являться любое лицо, официально назначенное директором, и любое другое лицо, осуществляющее фактический контроль и исполняющее функции директора.

D. Ответственность

1. Соблюдение стандарта

17. Законы, касающиеся обязанностей директоров в период приближения несостоятельности, предусматривают ряд критериев, на основании которых осуществляется оценка действий директоров в данный период и определяется, выполняли ли те свои обязанности надлежащим образом. Как правило, такие обязанности могут быть принудительно исполнены лишь после открытия производства по делу о несостоятельности и только в его рамках и будут иметь обратную силу примерно в том же порядке, что и положения о расторжении сделок (см. обсуждение в пунктах 148–150 и 152 главы II части второй).

18. Согласно некоторым законам, вопрос о том, в какой момент директору или должностному лицу стало известно или должно было стать известно о том,

что компания несостоятельна или, вероятно, окажется несостоятельной, решается исходя из общих знаний, квалификации и опыта, наличия которых можно разумно ожидать от лица, выполняющего те же функции, что и данный директор в рамках своей компании. От директора крупного предприятия с развитой системой и процедурами бухгалтерского учета можно ожидать большей осведомленности. Если квалификация и опыт директора превосходят требования, предъявляемые к его должности, во внимание могут приниматься квалификация и опыт, которыми фактически обладает директор, а не те, которые формально требуются для занятия его должности. С другой стороны, отсутствие у директора необходимой квалификации и опыта для его должности не может служить оправданием, и его действия могут оцениваться исходя из квалификации и опыта, требуемых для выполнения его функций.

19. Согласно другому подходу, требуется наличие разумных оснований подозревать, что компания является или может стать неплатежеспособной, в момент принятия долговых обязательств или заключения сделки, приведшей к несостоятельности. Наличие разумных оснований для подозрения требует не просто умозрительного предположения, а фактического осознания директором, что компания столкнулась с опасностью несостоятельности. Данный пороговый критерий является менее низким, чем наличие осведомленности о несостоятельности компании или ожидания ее несостоятельности. В соответствии с этим подходом стандартом является обычный уровень компетентности директора, имеющего базовое представление о финансовом положении компании, а при оценке учитываются лишь те сведения, которые могли иметься у директора, а не информация, которая стала известна на более позднем этапе. Судебная практика стран, в которых действуют соответствующие положения, свидетельствует о том, что при изучении обстоятельств дела, нередко связанных с событиями, произошедшими задолго до начала разбирательства, суды, как правило, с большим пониманием относятся к положению, в котором оказались директора, тщательно анализируют ситуацию, с которой тем пришлось иметь дело, и признают сложность коммерческих вопросов, которые им пришлось решать.

20. Законодательство некоторых стран предусматривает механизмы защиты директоров от ответственности, например на основании правила о деловом решении, которое устанавливает презумпцию того, что директора действовали добросовестно, разумно полагая, что их действия отвечают наилучшим интересам компании, не имели личной материальной заинтересованности и были должным образом осведомлены. При условии что директора действовали добросовестно, с должной осмотрительностью и в пределах своих полномочий, они будут защищены от ответственности. Для того чтобы иметь возможность ссылаться на данную норму, директора должны ознакомиться с вопросами, по которым им предстоит принять решение, собрав, изучив и приняв к сведению информацию, которая была бы сочтена убедительной любым разумным лицом,

оказавшимся в аналогичной ситуации, и не иметь никакой личной заинтересованности в решаемых вопросах.

21. Согласно законодательству других стран может требоваться установить причинно-следственную связь между ненадлежащим управлением и возникшими в результате долгами компании либо доказать, что ненадлежащее управление является одной из основных причин ее несостоятельности. Согласно данному подходу, требуется чтобы директор был признан виновным в ошибках управления с учетом стандартов действий любого обычного благоразумного директора. К примерам поведения или действий, которые могут привести к привлечению к ответственности, относятся: неосмотрительность, некомпетентность, невнимательность, бездействие, заключение сделок на необычных условиях или сделок, носящих некоммерческий характер, а также ненадлежащее предоставление кредита в размере, превышающем финансовые возможности компании, причем наиболее часто имеют место ошибки руководства в отношении разрешения продолжать коммерческую деятельность компании, несмотря на явную несостоятельность, и принятие решений о реализации проектов, выходящих за финансовые возможности компании и не отвечающих ее интересам. К другим примерам ненадлежащего управления относятся случаи, когда директора недостаточно тщательно изучают финансовое положение своих деловых партнеров и другие важные факторы до заключения договора, не предоставляют наблюдательному совету достаточной информации, необходимой для надзора за управлением предприятием, не получают или не изучают отчеты управления, халатно относятся к надлежащему ведению финансовых дел предприятия, пренебрегают принятием предупредительных мер для защиты от предсказуемых рисков или проводят необоснованную кадровую политику, ведущую к волнениям и забастовкам. В соответствии с данным подходом, согласно некоторым законам, для установления фактов ненадлежащего управления не требуется, чтобы директор активно участвовал в управлении компанией: вполне достаточно молчаливого согласия с его стороны.

2. Характер ответственности

22. При решении вопроса о том, нарушил ли свои обязанности конкретный директор, необходимо принимать во внимание факты, касающиеся поведения этого директора, приводящего к открытию производства по делу о несостоятельности в отношении должника. После того как факт нарушения обязанностей будет установлен согласно соответствующему стандарту доказывания, ответственность может быть распределена по-разному. Согласно одному из подходов, ответственность распределяется между отдельными директорами в зависимости от степени их причастности к принятию решений или совершению действий, ставших предметом судебного рассмотрения, при этом степень причастности

определяется исходя из совокупности обстоятельств дела. Одним из важных факторов при решении этих вопросов является состав совета директоров. Если у компании есть независимые директора, которые не владеют значительной долей акций и которые не представляют владельцев акций, такие директора не всегда имеют доступ к информации в том же объеме, в котором она известна или доступна внутренним директорам. В зависимости от фактических обстоятельств степень ответственности внутренних и независимых директоров может различаться.

23. В законодательстве ряда других стран закреплено общее правило, согласно которому директора несут солидарную ответственность за неисполнение подобных обязанностей. Это правило действует даже в тех случаях, когда за исполнение всего комплекса соответствующих обязанностей отвечают не все директора. Однако в некоторых странах законодательство наделяет суд правом по собственному усмотрению распределять доли участия среди директоров с учетом обстоятельств дела и степени вины. Так, суд может возложить все бремя ответственности на одного из директоров (например, если лично на него были возложены конкретные обязанности, неисполнение которых привело к ущербу, ставшему предметом судебного рассмотрения) либо предписать одному из директоров выплатить более крупную часть, например, если будет установлено, что степень вины за причиненный ущерб неодинакова. Согласно одному из законов, директора могут привлекаться к солидарной ответственности только в том случае, если будет установлено, что они сознательно участвовали в мошеннических или обманных действиях; во всех же остальных случаях ответственность будет пропорциональна тому, в какой степени действия каждого из директоров способствовали нанесению ущерба компании. Согласно другому закону, закреплен несколько иной подход, в соответствии с которым вопрос о том, должно ли лицо, признанное ответственным за ущерб, заплатить компенсацию компании, решается судом исходя из серьезности вины и прочности причинно-следственной связи, однако размер компенсации необязательно должен соответствовать уровню ответственности или вины. Согласно законодательству ряда других стран, вопрос о том, должна ли ответственность носить солидарный характер или же быть распределена только между теми директорами, которые непосредственно отвечают за конкретное поведение (что может считаться также бездействием или неприятием мер для обеспечения выполнения обязанностей другими директорами), зависит от характера деяния, приведшего к возникновению ответственности.

3. Защитительные оговорки

24. Согласно законодательству некоторых стран, в тех случаях, когда на директоров не возлагается обязанностей при приближении несостоятельности, они

могут, тем не менее, сослаться на защитительные оговорки, например на правило о деловом решении, в подтверждение того, что они действовали разумным образом. Несколько иной подход заключается в установлении презумпции невиновности в интересах директоров на том основании, что коммерческий риск является неизбежной и неотъемлемой частью управленческой деятельности. Суды обычно воздерживаются от пересмотра решений директора, действовавшего с должной осмотрительностью и в рамках закона, и стараются не принимать решений, основанных на сведениях, ставших известными лишь на более позднем этапе. В некоторых случаях правило о деловом решении может послужить защитительной мерой лишь применительно к некоторым, но не всем обязанностям, предусмотренным законом.

25. Согласно законодательству ряда стран, директора должны доказать, что они приняли надлежащие меры для минимизации возможных убытков для кредиторов компании, как только они пришли к выводу, что компании будет трудно избежать ликвидации. Если директора смогут доказать, что они приняли разумные и объективные коммерческие решения, основанные на точной финансовой информации и соответствующих рекомендациях специалистов, им, скорее всего, удастся сослаться на подобную защитительную оговорку, даже если эти решения оказались ошибочными с коммерческой точки зрения.

26. Некоторые законы предусматривают, что директора могут предпринять определенные процессуальные или формальные шаги с целью избежать ответственности или уменьшить ответственность за решения или действия, которые могут быть впоследствии поставлены под сомнение, например могут занести возражения в протокол совещания, представить письменное возражение секретарю совещания до его завершения либо представить или направить письменное возражение в зарегистрированную контору компании либо другому органу, предусмотренному национальным законодательством, вскоре после завершения совещания. Директора, отсутствовавшие на совещании, на котором были приняты такие решения, могут считаться согласившимися с ними, если только они не будут соблюдать применимые процедуры, например не примут меры для протоколирования своего возражения в течение определенного установленного срока после того, как им стало известно о соответствующем решении.

27. Неосведомленность директора о делах компании обычно не может служить оправданием неисполнения обязанностей. Не всегда позволяет избежать ответственности и уход директора в отставку незадолго до наступления несостоятельности, поскольку, согласно некоторым законам, директора могут быть заподозрены в том, что их уход связан с несостоятельностью компании, что они знали или должны были знать о приближении несостоятельности и что они не предприняли разумных шагов для минимизации потерь для кредиторов и

исправления ситуации. Если директор возражал против решения, ставшего впоследствии предметом рассмотрения в суде, он, как правило, сможет сослаться на это обстоятельство с целью освобождения от ответственности лишь в том случае, если его возражение было должным образом запротоколировано. Если один из директоров компании разошелся во мнениях с остальными директорами относительно того, какие действия следует предпринять, и, несмотря на все разумные попытки, не сумел их переубедить, в его положении будет вполне логично уйти в отставку, при условии что его действия и мнение будут документально зафиксированы.

28. Ответственность может быть сведена к минимуму посредством заключения специального договора страхования, который компания может оформить на своих директоров, или же путем использования гарантий возмещения убытков. Если предусматривается возможность такого вида страхования, основные ограничения, как правило, действуют в случае мошенничества или использования служебного положения в корыстных целях; обычно покрытие охватывает директоров в случае неисполнения обязанностей, о которых говорится в настоящей части, если только размер страхового покрытия не окажется недостаточным, что вполне может произойти в случае несостоятельности. В соответствии с законодательством некоторых стран после возбуждения иска в отношении директора допускается возможность достижения урегулирования посредством переговоров с управляющим в деле о несостоятельности; в ряде правовых систем такой подход является обычной практикой.

4. Санкции

29. Гражданское законодательство предусматривает различные виды и сочетания санкций за нарушение обязанностей директорами предприятий. Такие санкции, как правило, предусматривают выплату компенсации за нарушение обязанностей и причиненный ущерб, хотя порядок расчета их суммы может существенно различаться. Штрафные убытки, как правило, не применяются. Законодательство ряда стран предусматривает также лишение директора права занимать аналогичные должности или участвовать в руководстве и управлении компании.

а) Возмещение убытков и компенсация

30. В случае привлечения директоров к ответственности за действия или бездействие в период, предшествующий несостоятельности, степень ответственности может различаться. Согласно некоторым законам, директора могут нести ответственность за убытки или ущерб, причиненные отдельным кредиторам,

служащим, а также самой компании, если такие убытки являются прямым следствием действий или бездействия директоров. Они могут также нести ответственность за платежи, приведшие к сокращению имущественной массы в деле о несостоятельности или уменьшению активов компании. Некоторые законы разрешают суду корректировать уровень ответственности соразмерно характеру и серьезности фактов ненадлежащего управления или других действий, повлекших ответственность. Согласно законодательству некоторых стран, директор может быть обязан возместить разницу в стоимости активов компании на тот момент, когда ей следовало прекратить ведение дел, и на момент, когда она фактически прекратила деятельность. Согласно другой формулировке, разница должна быть между положением кредиторов и компании после нарушения обязательств и тем положением, в котором они бы находились, если бы нарушения не произошло.

31. Некоторые законы, предусматривающие обязанность подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и обязанность созыва собрания акционеров в случае уменьшения уставного капитала, обычно также предусматривают положение о возмещении убытков.

32. В тех случаях, когда директора привлекаются к ответственности, все взысканные с них суммы включаются в имущественную массу в деле о несостоятельности на том основании, что основной целью привлечения директоров к ответственности является взыскание в порядке компенсации определенной стоимости имущественной массы, утраченной в результате действий директоров. Это взыскание осуществляется в пользу всех, а не только отдельных кредиторов. Некоторые законы предусматривают, что если залогом компании является все предприятие, то все средства, взысканные в качестве компенсации за ущерб, идут в пользу необеспеченных кредиторов. Данный подход может аргументироваться тем, что компенсация не должна идти в пользу обеспеченных кредиторов, поскольку основания для ее взыскания возникают лишь после открытия производства по делу о несостоятельности, в связи с чем на нее не распространяются обеспечительные права, предоставленные компанией до этого момента. Кроме того, цель данной меры заключается не в возвращении активов компании, как в случае процедуры расторжения сделки, а во взыскании денежных средств с директоров в счет возмещения понесенных кредиторами убытков. Однако в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности разрешает привлекать к ответственности директоров (см. пункты 36–42 настоящего раздела ниже), могут возникнуть основания предполагать, что любая выплаченная компенсация должна идти в первую очередь на покрытие расходов кредитора или кредиторов, подавших иск.

33. Помимо вышеперечисленных санкций законодательство может предусматривать отсрочку исполнения долговых и иных обязательств, имеющих у ком-

пании перед директором, либо их субординацию, а также требовать, чтобы директор сообщил о любом имуществе, которое он приобрел у компании или присвоил, или о любых выгодах, которые он получил в нарушение своих обязанностей.

b) Дисквалификация

34. Ряд законов предусматривает, что одним из последствий открытия производства по делу о несостоятельности является лишение директора права занимать директорские должности или участвовать в руководстве и управлении компанией. Подобные положения, как правило, рассматриваются в качестве защитных мер, призванных лишить таких директоров возможности занимать должности, на которых они могут причинить дальнейший вред, продолжая выполнять управленческие или директорские функции в той же или иной компании. Согласно законам одной из стран, лицо, признанное «негодным» для работы в качестве директора, может быть лишено права на занятие подобных должностей на срок от двух до 15 лет. При вынесении соответствующего заключения могут учитываться такие факторы, как нарушение директором фидуциарных обязанностей, ненадлежащее использование денежных средств, ложные заявления, касающиеся финансовых и иных аспектов деятельности компании, и неспособность вести надлежащий учет и представлять отчетность. Во внимание могут приниматься также действия директора, имеющие отношение к несостоятельности компании, например его ответственность за то, что компания заключила сделку, подлежащую расторжению на основаниях, сходных с перечисленными в рекомендации 87, или компания продолжала коммерческую деятельность после того, как директору стало известно или должно было стать известно о ее неплатежеспособности. Решение о профессиональной непригодности конкретного директора обычно выносится по совокупности факторов. Как показывает судебная практика стран, в которых действует положение о дисквалификации, профессионально непригодными часто, хотя и не всегда, признаются лица, проявившие нечистоплотность в делах, грубую халатность или серьезную некомпетентность.

35. Лишение права занимать директорские должности может назначаться в дополнение к другим санкциям, о которых говорилось выше, либо в качестве отдельного вида наказания, если общее поведение лица в качестве директора заслуживает применения такой меры. В тех случаях, когда возможность лишения права на занятие директорских должностей предусмотрена законодательством, право ходатайствовать о применении данной меры может быть предоставлено лишь ограниченному кругу лиц, в который могут входить определенные органы или должностные лица, управляющий в деле о несостоятельности и, в некоторых случаях, кредиторы.

Рекомендации 259–261

Цель законодательных положений

Цель положений об ответственности заключается в следующем:

- a) предусмотреть правила, при каких обстоятельствах действия, совершенные лицом, несущим обязанности согласно рекомендации 255, до открытия производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны наносящими ущерб и, следовательно, считаться неисполнением соответствующих обязанностей;
- b) определить защитительные оговорки в отношении утверждений о нарушении обязанностей; и
- c) определить последствия такого нарушения.

Содержание законодательных положений

Ответственность

259. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что в случае нанесения кредиторам убытков или ущерба в результате нарушения обязанностей, изложенных в рекомендации 255, лицо, несущее эти обязанности, может быть привлечено к ответственности.

260. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует предусмотреть, что ответственность, возникающая вследствие нарушения обязанностей, изложенных в рекомендации 255, ограничивается в той степени, в какой это нарушение привело к убыткам или ущербу.

Элементы ответственности и защитительные оговорки

261. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить элементы, подлежащие доказыванию для установления факта нарушения обязанностей, изложенных в рекомендации 255, и того, что, как следствие, кредиторы потерпели убытки или ущерб, а также указать стороны, которым надлежит доказать наличие этих элементов, и конкретные защитительные оговорки в отношении утверждений о нарушении обязанностей. К таким защитительным оговоркам может относиться то обстоятельство, что лицо, несущее обязанности, предприняло разумные шаги, аналогичные тем, которые упомянуты в рекомендации 256.

Е. Привлечение директоров к ответственности

1. Лица, которые могут предъявлять иски

36. В ряде законов ограничивается право на предъявление исков в отношении директоров за нарушение рассмотренных выше обязанностей посредством учета характера исков и круга лиц, имеющих право на их возбуждение. В этом случае в расчет могут приниматься те же соображения, что и в случае осуществления полномочий по расторжению сделок, о которых говорится в рекомендации 87 (см. часть вторую, глава II, пункты 192–195).

37. Согласно ряду законов, после открытия производства по делу о несостоятельности правом подавать в суд на директора предприятия обладает лишь управляющий в деле о несостоятельности, который, подробно изучив действия директора в период, предшествовавший несостоятельности, может предъявить иск о выплате компенсации в пользу кредиторов за причиненные компании убытки. Положения законодательства о неправомерном ведении дел могут, например, разрешать управляющему в деле о несостоятельности подавать на директоров в суд с целью взыскания средств для пополнения имущественной массы в деле о несостоятельности, если действия директоров способствовали несостоятельности компании или являются проявлением ненадлежащего управления. Ряд законов допускает предъявление подобных исков также и прокуратурой или принятие мер по собственной инициативе суда.

38. Хотя главным основанием наложения обязанностей на директоров в период, предшествующий несостоятельности, является защита интересов кредиторов, не все законы позволяют кредиторам привлекать к ответственности директора за нарушение этих обязанностей. Согласно некоторым законам, в случае бездействия управляющего в деле о несостоятельности производным правом на предъявление иска могут воспользоваться кредиторы, а иногда и акционеры (см. часть вторую, глава II, пункты 192–195). Если средства, выплачиваемые в качестве компенсации за ущерб, будут добавляться в имущественную массу в пользу кредиторов, у акционеров не будет особых стимулов для подачи иска. Законодательство других стран разрешает кредиторам подавать иски только в связи с определенными категориями деяний или сделок, например в связи со злоупотреблением властью или совершением сделок по заниженной стоимости. Согласно другим законам, если кредиторы не наделены самостоятельным правом подавать иски, отдельный кредитор может предъявить иск в отношении директора только с согласия большинства кредиторов или комитета кредиторов или же кредиторы могут ходатайствовать о возбуждении подобного иска перед представителем или комитетом кредиторов либо перед судом.

39. Если считается, что в законодательстве целесообразно предусмотреть право кредиторов привлекать директоров к ответственности, то можно провести различие между кредиторами, задолженность перед которыми возникла в период, предшествующий несостоятельности, как прямое следствие рассматриваемого поведения, и кредиторами, задолженность перед которыми возникла в более ранний период. В зависимости от применимого законодательства, касающегося несостоятельности, иск в отношении директора, если это разрешено, может подаваться управляющим в деле о несостоятельности в интересах имущественной массы. Если это разрешено законодательством, касающимся несостоятельности, то иск в отношении директора может подаваться кредитором в интересах имущественной массы в деле о несостоятельности, если этот иск не подается управляющим. В некоторых государствах в соответствии с законодательством, касающимся несостоятельности, иск в отношении директора может подаваться кредитором в собственных интересах. Все такие иски будут основаны на том, что рассматриваемое поведение имело место в период, предшествующий несостоятельности. Согласно ряду законов, подача индивидуального иска кредитором допустима только в тех ситуациях, когда рассматриваемый факт недопустимого поведения прямо затрагивает конкретного кредитора. Если будет признано целесообразным разрешить кредиторам привлекать к ответственности директора, то полезным примером применяемой процедуры могут служить положения законодательства о несостоятельности, касающиеся расторжения сделок (см. часть вторую, глава II, пункты 192–195). Законодательство может, например, содержать требование о получении предварительного согласия управляющего в деле о несостоятельности, которое обеспечит его осведомленность о предложениях кредиторов и даст ему возможность отказать в разрешении и предотвратить тем самым любые возможные негативные последствия таких исков для управления имущественной массой.

40. В случаях, когда требуется согласие управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов, однако согласие не получено или в согласии отказано, законодательство о несостоятельности может разрешать кредитору получить санкцию суда на привлечение к ответственности директора. На любых последующих судебных слушаниях управляющий в деле о несостоятельности должен быть вправе изложить суду причины, по которым, по его мнению, начинать исковое производство не следует. На этих слушаниях суд вправе разрешить открытие производства либо принять решение заслушать дело по существу. Такой подход может снизить вероятность заключения различными сторонами любых сепаратных сделок. В случаях, когда допускается возбуждение кредиторами исков о расторжении сделок, ряд законов требует от кредиторов оплаты издержек, связанных с подачей исков, или допускает применение к кредиторам санкций в целях предупреждения потенциального злоупотребления этими процедурами; такой же подход может быть применим в отношении исков против директоров, предъявляемых кредиторами.

41. Согласно ряду законов, которые устанавливают обязанность директоров открывать производство по делу о несостоятельности, право на предъявление иска о возмещении убытков в случае нарушения этой обязанности может предоставляться самой компании, ее акционерам и кредиторам. В тех случаях, когда директора компании продолжали производить платежи вопреки мораторию на осуществление выплат, которым обычно дополняется требование об открытии производства по делу о несостоятельности, компания имеет право сама предъявить иск о возмещении убытков. Компания вправе требовать возмещения убытков также в связи с нарушением требований законодательства об обязательном созыве собрания акционеров в случае утраты акционерного капитала. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности обеспечивало координацию любых процессуальных действий, которые потенциально могут быть возбуждены этими различными сторонами.

42. Подача иска в отношении директоров за нарушение ими своих обязанностей может быть значительным активом для имущественной массы в деле о несостоятельности и может увеличить возврат средств для кредиторов. Вместе с тем во многих правовых системах неопределенность результата такого иска препятствует закрытию производства по делу о несостоятельности и конечному распределению поступлений. В этой связи желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности до открытия производства по иску в отношении директора рассмотрел вероятность успешного исхода, а также другие обстоятельства, такие как способность директора выполнить решение о возмещении ущерба, охват страхового покрытия директора и воздействие судебного разбирательства на сроки производства по делу о несостоятельности.

2. Финансирование издержек в связи с подачей исков

43. Одна из трудностей, которые могут возникать в тех правовых системах, в которых управляющим в деле о несостоятельности разрешается возбуждать иски в связи с нарушением обязанностей директорами, связана с оплатой издержек в случае неудовлетворения иска. Нехватка финансовых средств часто указывается в качестве главной причины относительно малого числа дел, возбуждаемых в связи с нарушением таких обязанностей. Хотя финансовые средства могут быть использованы за счет имущественной массы в деле о несостоятельности при наличии для этого достаточных активов, как это часто имеет место в случае процедур расторжения сделок, управляющие в делах о несостоятельности могут не пожелать расходовать эти активы на возбуждение судебного разбирательства, если они заранее не уверены в его успешном исходе (см. часть вторую, глава II, пункт 19б). Однако во многих случаях средств из имущественной массы в деле о несостоятельности будет недостаточно, даже несмотря на высокую вероятность успешного исхода дела.

44. Разработка альтернативных подходов к финансированию в подобных обстоятельствах может в надлежащих случаях служить эффективным средством восстановления стоимости имущественной массы, утраченной в результате действий директоров, а также выявления злоупотреблений, расследования недобросовестного поведения и содействия благому управлению. Привлечение средств из альтернативных источников можно облегчить, предусмотрев соответствующую возможность в законодательстве, касающемся несостоятельности, примерно так же, как предусмотрено в рекомендации 95 в отношении финансирования процедур расторжения сделок. Право на возбуждение иска или на поступления, которые могут быть получены при успешном исходе дела, может за определенную плату уступаться третьей стороне, в том числе кредиторам, или же для получения средств можно обратиться к заимодателю. Если иск возбуждается стороной, иной чем управляющий в деле о несостоятельности, в коллективных интересах кредиторов, то расходы по открытию производства по такому иску могут покрываться за счет любой выплаченной компенсации. Согласно ряду законов, требования в отношении директоров могут быть урегулированы путем переговоров с управляющими в деле о несостоятельности, что позволяет избежать судебных издержек. В одних правовых системах такое случается нечасто, а в других это является обычной практикой и управляющий в деле о несостоятельности, как правило, «предлагает» директорам внести свой вклад. В порядке дополнительного вопроса было бы целесообразно также рассмотреть вопрос о том, в каких судах может быть возбуждено производство; данный вопрос подробно рассматривается в пункте 19 главы I части второй.

Рекомендации 262–266

Цель законодательных положений

Цель положений о привлечении к ответственности директоров заключается в том, чтобы установить надлежащие санкции за нарушение обязанностей и облегчить возбуждение и осуществление производства по искам о выплате компенсации за это нарушение.

Содержание законодательных положений

Санкции

262. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что санкции, подлежащие применению в случае установления судом факта наступления ответственности в результате нарушения обязанностей, изложенных в рекомендации 255, должны включать выплату в полном размере в пользу имущественной массы в деле о несостоятельности любого установленного судом ущерба.

Рекомендации 262–266 (продолжение)*Ведение производства по искам о нарушении обязанностей*

263. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что право на предъявление иска о возмещении убытков или ущерба, понесенных в результате нарушения изложенных в рекомендации 255 обязанностей, принадлежит имущественной массе в деле о несостоятельности и что основную ответственность за предъявление иска о нарушении обязанностей несет управляющий в деле о несостоятельности. В законодательстве, касающемся несостоятельности, можно также предусмотреть, что подать такой иск, с согласия управляющего в деле о несостоятельности, вправе также кредитор или любая другая заинтересованная сторона. Если управляющий в деле о несостоятельности не дает своего согласия, то кредитор или другая заинтересованная сторона может ходатайствовать о разрешении суда возбудить такой иск.

Финансирование издержек в связи с подачей исков о нарушении обязанностей

264. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что издержки, связанные с подачей иска в отношении несущего обязанность лица, оплачиваются как административные расходы¹².

265. В законодательстве, касающемся несостоятельности, можно предусмотреть альтернативные подходы к порядку производства по подобным искам и финансирования в связи с этим.

Дополнительные меры

266. С целью предотвращения поведения, которое может привести к наступлению ответственности в соответствии с рекомендацией 259, в законодательство, касающееся несостоятельности, могут быть включены дополнительные санкции¹³ помимо выплаты компенсации, предусмотренной в рекомендации 262.

¹² Объяснение значения термина «административные расходы» см. глоссарий, раздел «Введение», *Руководство*, пункт 12 (а).

¹³ Возможные дополнительные санкции будут зависеть от вида санкций, предусмотренных в конкретной правовой системе, а также от того, какие санкции помимо выплаты компенсации будут соразмерны соответствующему поведению и оправданы с учетом обстоятельств дела. Примеры таких санкций рассматриваются в пунктах 33–35 настоящей главы.

Раздел второй

Обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности

Введение и цель второго раздела

1. В основу настоящего раздела положены рекомендации 255–266 первого раздела, касающегося обязанностей директоров отдельных компаний в период, предшествующий несостоятельности. Здесь рассматриваются характер обязанностей и шаги, которые могут быть предприняты для выполнения этих обязанностей (в соответствии с рекомендациями 255 и 256), и предлагаются способы адаптации этих рекомендаций для обеспечения их применимости к директорам¹⁴ в контексте предпринимательской группы. Рекомендации 257–266 первого раздела вполне применимы и к предпринимательским группам с той оговоркой, что содержащиеся в них ссылки на рекомендации 255 и 256 для целей настоящего раздела следует читать как ссылки на рекомендации 267 и 268, изложенные в настоящем разделе.

2. В настоящий раздел включены дополнительные рекомендации (рекомендации 269 и 270), в которых рассматривается ситуация, когда один директор возглавляет несколько членов предпринимательской группы или занимает в них управленческие или руководящие должности и его обязанности по отношению к разным членам вступают в коллизию между собой.

3. Этот раздел следует читать вместе с первым разделом, а также частью третьей *Руководства*. Кроме того, в 2019 году ЮНСИТРАЛ приняла законодательный текст, а именно Типовой закон ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп¹⁵, который направлен на облегчение производства по

¹⁴ Вопрос о том, кого можно считать директором для целей настоящего раздела, рассматривается в первом разделе, глава II, пункты 13–16. Хотя общепринятое определение этого термина отсутствует, настоящий раздел в целом продолжает ссылаться на «директоров» для удобства пользования.

¹⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (А/74/27), приложение II.*

делам о несостоятельности в отношении предпринимательских групп. Данный текст и сопровождающее его Руководство по принятию обеспечивают основы, которые призваны упорядочить проведение такого производства и способствовать выработке решения, применимого к несостоятельности группы, в том числе посредством установления режима для трансграничного признания решений в отношении несостоятельности группы и судебной помощи, которая может требоваться для поддержки разработки таких решений. Этот Типовой закон и сопровождающее его Руководство по принятию содержат информацию, которая окажется полезной для директоров и других лиц, занимающих должности, которые находятся в центре внимания настоящего раздела.

Глоссарий

4. В настоящем разделе используется та же терминология, что и в остальных частях *Руководства*. Приведенные ниже дополнительные термины относятся непосредственно к настоящему разделу и должны читаться вместе с терминами и пояснениями, включенными в глоссарий, содержащийся во введении к *Руководству*, а также в глоссарий, сопровождающий введение к части третьей *Руководства*:

a) «член предпринимательской группы» означает предприятие, которое образует часть предпринимательской группы;

b) «представитель группы» означает лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое уполномочено действовать в качестве представителя планового производства;

c) «решение, применимое к несостоятельности группы» означает предложение или комплект предложений, выработанных в ходе планового производства для реорганизации, продажи или ликвидации некоторых или всех активов или операций одного или нескольких членов предпринимательской группы в целях защиты, сохранения, реализации или увеличения общей совокупной стоимости этих членов предпринимательской группы;

d) «основное производство» означает производство по делу о несостоятельности, осуществляемое в государстве, в котором находится центр основных интересов должника — члена предпринимательской группы; и

e) «плановое производство» означает основное производство, открытое в отношении члена предпринимательской группы, при условии что:

- i) в этом основном производстве участвует или участвуют один или несколько других членов предпринимательской группы с целью выработки и осуществления решения, применимого к несостоятельности группы;

- ii) член предпринимательской группы, который является объектом этого основного производства, по всей вероятности, будет являться необходимым и неотъемлемым участником этого решения, примененного к несостоятельности группы; и
- iii) назначен представитель группы.

С учетом требований подпунктов i)–iii) выше суд может признать в качестве планового производства производство, которое было одобрено судом, обладающим юрисдикцией в отношении основного производства по делу о несостоятельности члена предпринимательской группы, с целью выработки решения, примененного к несостоятельности группы, по смыслу Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп.

I. Общие сведения

1. В первом разделе рассматриваются обязанности директоров отдельных компаний в период, предшествующий несостоятельности, и говорится о том, каким образом вопрос об этих обязанностях урегулирован в действующем законодательстве. Некоторые правовые системы возлагают на директоров в период, предшествующий несостоятельности, определенные обязанности, однако относительные преимущества и недостатки таких режимов остаются предметом спора¹⁶. В первом разделе подчеркивается необходимость заблаговременного принятия мер в том случае, когда у предприятия возникают финансовые трудности, с тем чтобы избежать резкого ухудшения положения и способствовать спасению и реорганизации предприятия. В нем также отмечается, что, хотя многие страны внесли в законодательство о несостоятельности надлежащие изменения, расширяющие возможности для принятия оперативных мер, в них не уделяется достаточное внимание созданию надлежащих стимулов для директоров, чтобы они использовали эти варианты¹⁷. В первом разделе рекомендуется разработать надлежащие стимулы путем определения основных обязанностей директора предприятия, которые он может выполнять в период, предшествующий несостоятельности, и меры, которые могут быть приняты для выполнения таких обязанностей. Такие обязанности могут подлежать принудительному исполнению только с момента открытия производства по делу о несостоятельности.

2. Вопрос об обязанностях директоров в период, предшествующий несостоятельности, в контексте предпринимательской группы четко не урегулирован или не рассматривается широко во внутреннем законодательстве. Хотя понятие предпринимательской группы хорошо изучено и проработано во многих правовых системах, вопрос об обязанностях директоров одного или нескольких членов предпринимательской группы до конца не решен.

3. В части третьей *Руководства*, посвященной режиму предпринимательских групп при несостоятельности, отмечается, что предпринимательским группам часто присуща разная степень экономической интеграции (от высокоцентрализованной до относительно самостоятельной) и разные виды организационной структуры (вертикальная и горизонтальная), в результате чего между членами

¹⁶ См. главу I первого раздела, пункты 8–10.

¹⁷ Там же, пункт 6.

предпринимательской группы складывается сложная система взаимоотношений, характеризующихся разными уровнями собственности и контроля. Эти факторы, а также строгое применение принципа обособленности юридического лица и характерное для многих стран отсутствие прямого упоминания о специфике предпринимательской группы в законодательстве, применительно к отдельным членам предпринимательской группы, ставят перед директорами таких членов предпринимательской группы ряд вопросов. Принцип обособленности юридического лица, как правило, подразумевает, что директора должны заботиться об успехе и интересах своей компании, следить за соблюдением принципа ограничения ее ответственности и не допускать того, чтобы интересы компании приносились в жертву интересам предпринимательской группы. Это должно быть обеспечено независимо от интересов предпринимательской группы в целом, положения директора компании в структуре предпринимательской группы, степени самостоятельности или интегрированности членов предпринимательской группы и наличия между ними отношений собственности и контроля. Однако в тех случаях, когда компания осуществляет хозяйственную деятельность в составе предпринимательской группы и хотя бы в какой-то мере зависит от других членов предпринимательской группы в плане обеспечения ее жизненно важных функций (финансирование, бухгалтерский учет, юридическое обслуживание, поиск поставщиков и рынков сбыта, стратегическое управление, принятие решений или интеллектуальная собственность), решить финансовые проблемы такой компании в отдельности может быть трудно, а то и вовсе невозможно. Неспособность понять сложность обязанностей директора может привести к неудаче, а этого хотелось бы избежать. В части третьей довольно подробно рассматриваются экономические реалии предпринимательских групп, а в рамках рассмотрения темы несостоятельности анализируется вопрос о том, как будут решаться финансовые проблемы отдельных членов или всей предпринимательской группы, если члены предпринимательской группы будут рассматриваться как не связанные между собой отдельные юридические лица¹⁸.

4. Требование о том, чтобы действия предпринимались в интересах возглавляемой компании, может усложниться в контексте предпринимательской группы, когда директор одного из членов предпринимательской группы одновременно возглавляет другого члена предпринимательской группы или нескольких других членов предпринимательской группы либо занимает в них управленческие или руководящие должности. В подобной ситуации директору будет сложно разделить интересы каждого из членов предпринимательской группы и рассматривать их по отдельности. Кроме того, интересы одних членов предпринимательской группы могут затрагиваться не всегда совпадающими экономическими целями или потребностями других членов предпринимательской группы,

¹⁸ См. главу I части третьей.

а также предпринимательской группы в целом. Таким образом, возможно, потребуется оценить как краткосрочные, так и долгосрочные последствия принимаемых решений для интересов разных членов предпринимательской группы, причем в некоторых случаях будет необходимо, хотя бы в краткосрочном плане, поступиться интересами отдельных членов предпринимательской группы ради достижения долгосрочной выгоды для всей предпринимательской группы, в которую входят эти отдельные члены. В случае же выработки решения, применимого к несостоятельности предпринимательской группы, целесообразно предусмотреть определенные гарантии защиты интересов кредиторов затрагиваемых членов предпринимательской группы и других заинтересованных сторон.

5. Интересы отдельных членов предпринимательской группы могут затрагиваться более широкими интересами предпринимательской группы, например, в следующих ситуациях: когда один из членов предпринимательской группы является ключевым поставщиком другого члена предпринимательской группы, предоставляет ему финансирование или выступает гарантом по кредиту, предоставленному другому члену предпринимательской группы внешним кредитором, с целью удержать на плаву всю предпринимательскую группу, включая собственное предприятие; когда один из членов предпринимательской группы соглашается передать свою хозяйственную деятельность или активы либо уступить коммерческую возможность другому члену предпринимательской группы либо заключить с ним договор на невыгодных с коммерческой точки зрения условиях, если такие действия в конечном счете пойдут на пользу коммерческому предприятию члена предпринимательской группы, согласившегося на такую передачу, уступку или договор; либо когда один член предпринимательской группы договаривается с другими членами предпринимательской группы о перекрестных гарантиях для оказания всей предпринимательской группе помощи в более эффективном использовании ее активов при финансировании операций предпринимательской группы.

6. Все эти соображения могут оказаться актуальными в период, предшествующий несостоятельности, когда для максимального повышения эффективности и поиска применимых к предпринимательской группе решений для выхода из финансовых затруднений всей предпринимательской группы или ее частей может потребоваться установить более жесткий контроль за деятельностью предпринимательской группы и наладить более четкую ее координацию. В этот период может представиться большая возможность улучшить положение отдельных членов предпринимательской группы за счет более уязвимых или зависимых членов предпринимательской группы, например путем передачи активов, уступки коммерческих возможностей и использования таких членов предпринимательской группы для осуществления более рискованных операций и видов деятельности или списания на них убытков и безнадежных активов.

7. При определении наилучших интересов возглавляемого члена предпринимательской группы директор может взвешивать и учитывать различные интересы. Эти интересы могут включать также интересы других членов предпринимательской группы или всей предпринимательской группы в целом, когда такие интересы соответствуют также интересам возглавляемого члена предпринимательской группы. Если избранный директором курс является разумным при сложившихся обстоятельствах и имеет целью избежать несостоятельности возглавляемого им члена предпринимательской группы или уменьшить ее последствия для него, то данный директор не должен подлежать привлечению к ответственности за нарушение своих непосредственных обязанностей. Если же интересы разных членов предпринимательской группы, возглавляемых одним и тем же директором, вступают в противоречие друг с другом, директор, оценив ситуацию, должен сообщить о возникшей коллизии обязанностей затронутым членам предпринимательской группы. Для устранения такой коллизии может потребоваться найти компромиссное решение или согласовать противоречащие друг другу интересы.

8. Несмотря на то что, как отмечалось выше, вопрос об обязанностях директоров в контексте предпринимательской группы редко рассматривается в законодательстве, практические реалии функционирования предпринимательских групп в той или иной степени признаются судами разных государств. Хотя акцент и в этом случае делается на то, что директора при исполнении своих полномочий должны руководствоваться интересами возглавляемого ими члена — или членов — предпринимательской группы, в некоторых правовых системах считается допустимым, чтобы директора учитывали, например, прямые или косвенные коммерческие выгоды, которые может получить возглавляемый ими член предпринимательской группы от совершения конкретных действий с другими членами предпринимательской группы, а также то, в какой степени благосостояние и дальнейшее существование их члена предпринимательской группы зависит от благополучия предпринимательской группы в целом. Тем не менее, как правило, коллективная выгода сама по себе не считается достаточным основанием для совершения действий, наносящих ущерб кредиторам. Кроме того, от директоров требуется принимать в расчет разумно предсказуемые убытки, которые может понести возглавляемый ими член предпринимательской группы в результате избранного курса действий, а также учитывать положение необеспеченных кредиторов их члена предпринимательской группы, особенно если избранный курс может негативно повлиять на его платежеспособность. Последнее соображение особенно важно в тех случаях, когда сделка касается предоставления гарантии или обеспечения по кредиту, предоставленному другому члену предпринимательской группы, особенно если выживание этого члена предпринимательской группы не имеет принципиального значения для сохранения состоятельности члена предпринимательской группы, предоставляющего гарантии или обеспечение.

9. В других правовых системах директорам членов предпринимательской группы разрешается действовать в интересах всей предпринимательской группы при соблюдении определенных условий, таких как наличие у предпринимательской группы структуры, позволяющей ее членам оказывать определенное влияние на решения, касающиеся предпринимательской группы в целом; участие члена предпринимательской группы в долгосрочной и согласованной политике предпринимательской группы; и наличие у директоров добросовестной убежденности и разумных оснований полагать, что любые убытки, понесенные возглавляемым ими членом предпринимательской группы, будут со временем компенсированы другими преимуществами. Согласно другому подходу, директору одного из членов предпринимательской группы разрешается действовать в интересах материнской компании, при условии что это не лишит этого члена предпринимательской группы возможности погашать собственные кредиты и что это право предоставлено директору либо учредительными документами соответствующего члена предпринимательской группы, либо акционерами. Согласно соответствующему законодательству, директор может избежать ответственности за такие действия, при условии что соответствующий член предпринимательской группы не был несостоятельным в момент их совершения и не оказался несостоятельным в их результате.

10. В настоящем разделе говорится о том, в какой мере директор члена предпринимательской группы при исполнении своих обязанностей в период, предшествующий несостоятельности, может учитывать соображения, непосредственно не связанные с возглавляемым им членом предпринимательской группы, и какие защитные меры должны при этом действовать. Такие соображения будут в той или иной степени обусловлены экономическими реалиями предпринимательской группы. В настоящем разделе изложены принципы, которые рекомендуется отразить в законодательстве в связи с вопросом об обязанностях директоров членов предпринимательской группы в период, предшествующий несостоятельности. На эти принципы можно ориентироваться лицам, отвечающим за разработку политики, при анализе и разработке соответствующей нормативно-правовой базы. При всей желательности достижения целей законодательства о несостоятельности (как они изложены в части первой, главе I, пунктах 1–14, и рекомендации 1) благодаря принятию своевременных мер и надлежащих действий руководства, необходимо также помнить о том, что принятие слишком строгих правил может затруднить и поставить под угрозу предпринимательскую деятельность.

11. В настоящем разделе не рассматривается вопрос об ответственности директоров, которая может возникать на основании уголовного законодательства, законодательства о компаниях или законодательства о деликтах. В нем говорится только о тех обязанностях, которые могут быть включены в законодательство, касающееся несостоятельности, и принудительно исполнены после открытия производства.

II. Элементы обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательской группы, в период, предшествующий несостоятельности

A. Характер обязанностей

1. Соображения, которые лежат в основе установления обязанностей для директоров в период, предшествующий несостоятельности, изложены в первом разделе (глава I, пункты 1–7) и остаются в силе в контексте предпринимательской группы. Хотя директора членов предпринимательской группы несут те же основные обязанности, о которых говорится в рекомендации 255, в законодательстве, возможно, было бы желательным предусмотреть положение, разрешающее им определять надлежащие шаги с учетом более широкого контекста экономических реалий предпринимательской группы, не опасаясь привлечения к ответственности за нарушение таких основных обязанностей. При определении надлежащих шагов могут учитываться такие факторы, как положение конкретного члена в рамках предпринимательской группы, степень интегрированности членов предпринимательской группы (упоминаемая в рекомендации 217) и возможность максимального увеличения стоимости активов предпринимательской группы путем разработки применимого к несостоятельности группы решения для урегулирования ее финансовых проблем, требующего вовлечения всей предпринимательской группы или ее отдельных частей. Решения, применимые к несостоятельности группы, могут потребовать от директора члена предпринимательской группы, испытывающего финансовые трудности, предпринимать шаги, которые на первый взгляд могут показаться невыгодными для этого члена предпринимательской группы, но в конечном счете позволят достичь наилучшего результата и обеспечат ему возможность продолжать хозяйственную деятельность и добиться максимального увеличения стоимости активов. В обстоятельствах, когда предпринимаемые шаги могут оказаться невыгодными для члена предпринимательской группы, испытывающего финансовые трудности, директора рискуют быть привлеченными к ответственности за неисполнение своих обязанностей разумным образом.

2. Одним из соображений, которые необходимо учитывать директорам при определении надлежащих шагов по решению финансовых проблем одного из членов предпринимательской группы, являются последствия таких шагов для кредиторов этого члена предпринимательской группы, особенно если требуется согласовывать интересы всей группы. Рекомендация 255 требует от директоров должным образом учитывать интересы кредиторов члена предпринимательской группы и других заинтересованных сторон. Интересы кредиторов можно защитить, установив требование о том, чтобы в результате принятия тех или иных мер они оказались не в худшем положении, чем в случае, если бы такие меры не принимались.

3. В первом разделе (глава II, пункт 5) рассматриваются меры, принятия которых можно разумно ожидать от директоров для решения финансовых проблем, предотвращения несостоятельности и сведения к минимуму ее последствий, если несостоятельность неизбежна. Все эти меры сохраняют актуальность и в контексте предпринимательской группы, но могут дополняться и другими шагами, которые, в зависимости от фактической ситуации, могут требовать определенной степени взаимопомощи и сотрудничества в отношениях с другими членами предпринимательской группы. При принятии таких дополнительных мер, возможно, потребуется учитывать положение конкретного члена в составе предпринимательской группы и ответить на вопрос о том, не будет ли лучше для сохранения или увеличения стоимости активов найти общее применимое к несостоятельности группы решение для всей предпринимательской группы или ее частей, чем принимать меры, касающиеся только одного из ее членов. Во внимание можно принимать также такие факторы, как обязательства возглавляемого члена предпринимательской группы, как финансовые, так и юридические, перед другими членами предпринимательской группы; сделки, которые следует (или не следует) заключать с другими членами предпринимательской группы; возможные источники и доступность финансирования (как в период, предшествующий несостоятельности, так и в период после открытия официального производства), включая возможность предоставления финансирования возглавляемым членом предпринимательской группы другим членам предпринимательской группы; а также последствия, которые будут иметь для кредиторов и других заинтересованных сторон возглавляемого члена предпринимательской группы разные применимые к несостоятельности группы варианты решения — как ограничивающиеся одним членом предпринимательской группы, так и предполагающие участие других членов предпринимательской группы. Директор может также рассмотреть возможность проведения неофициальных переговоров с кредиторами, например на предмет добровольной реструктуризации, с тем чтобы найти применимое к несостоятельности группы решение для всей предпринимательской группы или ее частей, если такой шаг выгоден возглавляемому им члену предпринимательской группы.

4. Если несостоятельность неизбежна и приходится открывать официальное производство, директор может подумать о том, в каком суде лучше открыть такое производство, особенно если есть возможность подать объединенное заявление совместно с другими членами предпринимательской группы и обеспечить процедурную координацию производств, о чем подробно говорится в части третьей *Руководства* (рекомендации 202–210).

Рекомендации 267–268

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся обязанностей ответственных за принятие решений лиц относительно управления одним из членов предпринимательской группы, в период, когда несостоятельность становится неминуемой или неизбежной, заключается в следующем:

a) защитить законные интересы кредиторов члена предпринимательской группы и других заинтересованных сторон;

b) обеспечить осведомленность ответственных за принятие решений лиц относительно управления одним из членов предпринимательской группы, об их роли и обязательствах в этих обстоятельствах;

c) признать, что положение этого члена предпринимательской группы в данной группе влияет на то, как должно осуществляться управление этим членом предпринимательской группы в целях решения проблемы его неминуемой или неизбежной несостоятельности, а также на обязанности лиц, ответственных за принятие решений, относительно управления этим членом предпринимательской группы, в том числе в ситуациях, когда они также несут ответственность за принятие решений относительно управления другими членами предпринимательской группы; и

d) разрешить, где это уместно, осуществлять управление членом предпринимательской группы таким образом, чтобы способствовать максимальному повышению стоимости активов данной предпринимательской группы путем содействия применению подходов, направленных на урегулирование проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей, предпринимая при этом разумные шаги для обеспечения того, чтобы кредиторы этого члена предпринимательской группы и другие заинтересованные стороны оказались не в худшем положении, чем в случае, если бы управление членом предпринимательской группы не осуществлялось таким образом, чтобы способствовать применению таких подходов к урегулированию.

Рекомендации 267–268 (продолжение)

Пункты (а)–(d) должны применяться таким образом, чтобы они:

а) неоправданно не оказывали негативного воздействия на успех реорганизации деловых операций члена предпринимательской группы с учетом возможной выгоды от максимального повышения стоимости активов предпринимательской группы и содействия изысканию решения, применимого к несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей; положения данного члена предпринимательской группы в предпринимательской группе; и степени интеграции между членами предпринимательской группы;

б) не ослабляли стимулы к участию в управлении компаниями, особенно находящимися в сложном финансовом положении; или

с) не препятствовали осуществлению разумных коммерческих решений или принятию разумного коммерческого риска.

Содержание законодательных положений*Обязанности*

267. а) В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что обязанности, указанные в рекомендации 255, относятся к лицу, поименованному в соответствии с рекомендацией 258 в отношении компании, являющейся членом предпринимательской группы.

б) При условии что это не противоречит его обязанностям, лицо, упомянутое в подпункте (а), может предпринять разумные шаги для содействия изысканию применимого к несостоятельности группы решения, позволяющего урегулировать проблему несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей. При этом данное лицо может принять во внимание возможную выгоду от максимального повышения стоимости активов предпринимательской группы в целом, предпринимая при этом разумные шаги для обеспечения того, чтобы кредиторы этого члена предпринимательской группы и другие заинтересованные стороны не оказались в худшем положении, чем в случае, если бы управление этим членом предпринимательской группы не было направлено на содействие такому применимому к несостоятельности группы решению.

Разумные шаги для целей рекомендации 267

268. Для целей рекомендаций 255 и 267 и в той мере, в какой это не противоречит таким обязанностям лица, указанного в подпункте (а) рекомендации 267, по отношению к возглавляемому им члену предпринимательской группы, куда оно было назначено, разумные шаги в контексте предпринимательской

Рекомендации 267–268 (продолжение)

группы могут включать, в дополнение к шагам, изложенным в рекомендации 256, следующее:

1. а) оценку текущего финансового положения члена предпринимательской группы и предпринимательской группы для изучения возможности сохранения или увеличения стоимости активов путем рассмотрения применимого к несостоятельности группы решения для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей;

б) рассмотрение финансовых и других обязательств члена предпринимательской группы перед другими членами предпринимательской группы и изучение целесообразности заключения сделок с другими членами предпринимательской группы и возможных источников и доступности финансирования;

с) оценку вероятности того, что кредиторы члена предпринимательской группы и другие заинтересованные стороны окажутся в лучшем положении в случае осуществления применимого к несостоятельности группы решения для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей;

д) содействие осуществлению применимого к несостоятельности группы решения для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей;

е) проведение неофициальных переговоров с кредиторами, в частности на предмет добровольной реструктуризации¹⁹, и участие в этих переговорах, когда они организованы для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей; и

ф) рассмотрение вопроса о том, должно ли быть открыто официальное производство по делу о несостоятельности.

2. Если должно быть открыто официальное производство по делу о несостоятельности, рассмотрение вопроса о том, в каком суде оно должно быть открыто, а также рассмотрение возможности или целесообразности подачи объединенного заявления²⁰ совместно с другими соответствующими членами предпринимательской группы и целесообразности процедурной координации производств²¹.

¹⁹ См. часть первую, главу II, пункты 2–18.

²⁰ См. рекомендации 199–201.

²¹ См. рекомендации 202–210.

В. Определение лиц, несущих обязанности

5. В контексте предпринимательской группы определить тех лиц, которые ответственны за принятие управленческих решений, может оказаться сложнее, чем в случае одной компании. На деловые операции отдельного члена предпринимательской группы и порядок осуществления им хозяйственной деятельности, особенно в период, предшествующий несостоятельности, могут влиять решения руководителей разного уровня. Такое влияние может помешать директору члена предпринимательской группы принять надлежащие меры для решения финансовых проблем возглавляемого им члена предпринимательской группы либо привести к втягиванию этого члена предпринимательской группы в финансовые проблемы других членов предпринимательской группы в ущерб его собственным кредиторам. Такая ситуация может возникать в самых разных обстоятельствах, например когда в совет директоров двух членов предпринимательской группы входят примерно одни и те же лица; когда большинство членов правления одного члена предпринимательской группы назначаются другим контролирующим членом предпринимательской группы; когда один из членов предпринимательской группы контролирует управление и принятие финансовых решений на уровне предпринимательской группы; или когда один из членов предпринимательской группы постоянно и настойчиво вмешивается в управление делами другого члена предпринимательской группы, обычно когда речь идет об отношениях между материнской компанией и подконтрольным членом предпринимательской группы.

6. В предпринимательских группах бывает сложно провести четкие границы между отдельными членами предпринимательской группы из-за размытости управленческих обязанностей членов правления разных компаний. Кроме того, руководящие и управленческие кадры одного члена предпринимательской группы могут являться сотрудниками других членов предпринимательской группы, отделенных от него несколькими структурными звеньями, при этом часто бывает, что раздельная правосубъектность и ответственность этого члена предпринимательской группы в ходе обычной коммерческой деятельности предпринимательской группы игнорируется. В таких ситуациях возникает серьезный вопрос о том, какие обязанности такие лица несут в отношении хозяйственной деятельности возглавляемого ими члена предпринимательской группы и в отношении члена предпринимательской группы, сотрудниками которого они являются.

7. В контексте предпринимательской группы директором может считаться другой член предпринимательской группы или директор другого члена предпринимательской группы, в том числе теневого²². Хотя законодательство некоторых стран не разрешает официально назначать одного из членов предприниматель-

²² Этот термин разъясняется в первом разделе, глава II, пункт 13.

ской группы в качестве директора другого члена предпринимательской группы, такого члена предпринимательской группы все же можно рассматривать как теневого директора, если он оказывает влияние на другого члена или руководит его деятельностью.

8. В первом разделе (глава II, пункты 13–16) говорится о лицах, на которых возлагаются вышеупомянутые обязанности. В рекомендации 258 использована обобщенная формулировка, согласно которой в круг ответственных лиц должны входить любые лица, официально назначенные директорами либо осуществляющие фактический контроль и исполняющие функции директора. В пункте 15 комментария к этой рекомендации перечислены виды функций, которые могут входить в обязанности таких лиц. Все эти соображения относятся и к предпринимательским группам, о которых идет речь в настоящем разделе.

С. Коллизия обязанностей

9. В рамках предпринимательских групп можно часто наблюдать ситуацию, когда одно и то же лицо является директором либо занимает руководящие или управленческие должности сразу в нескольких членах предпринимательской группы; это может обуславливаться структурой собственности и контроля внутри предпринимательской группы, наличием союзных связей между членами предпринимательской группы, семейных связей в рамках предпринимательской группы или некоторыми другими аспектами организации коммерческой деятельности предпринимательской группы²³. Какими бы ни были причины такой ситуации, при приближении несостоятельности директор, входящий в правление или выполняющий руководящие функции в отношении нескольких членов предпринимательской группы, может столкнуться с тем, что его обязанности по отношению к разным членам предпринимательской группы вступают в противоречие друг с другом, когда речь заходит о выборе оптимального курса действий для сохранения стоимости активов и о выработке наилучшего решения для финансовых проблем каждого члена предпринимательской группы в отдельности. Характер и сложность таких коллизий могут зависеть от положения конкретных членов предпринимательской группы во внутригрупповой иерархии, степени интегрированности членов предпринимательской группы и наличия между ними отношений собственности и контроля. Например, если директор входит в совет директоров материнской компании и подконтрольных членов предпринимательской группы, он должен быть в состоянии продемонстрировать, что любые сделки с участием материнской компании совершались с учетом интересов подконтрольного члена предпринимательской группы и носили по отношению к нему справедливый и разумный характер.

²³ См. часть третья, глава I, пункты 6–15.

10. Кроме того, интересы возглавляемых директором членов предпринимательской группы могут быть тесно связаны с более общими интересами предпринимательской группы, в связи с чем директору необходимо учитывать экономические реалии предпринимательской группы в целом. В подобных обстоятельствах шаги, которые могут показаться невыгодными для компании в качестве самостоятельного субъекта, могут оказаться оправданными в более широком контексте. Например, если в широком смысле коммерческая деятельность дочерней компании может в значительной степени зависеть от деятельности всей предпринимательской группы, такой компании будет оправданным предоставить краткосрочное финансирование другим членам предпринимательской группы, чтобы не допустить перебоев в общей работе группы и в конечном счете спасти свое собственное коммерческое предприятие.

11. От директоров, столкнувшихся с такой коллизией, ожидается, что они будут действовать разумно и предпримут надлежащие и адекватные шаги для выхода из сложившейся ситуации. Для этого директору, в зависимости от конкретной ситуации, может потребоваться установить характер и масштаб коллизии согласно применимому праву и определить способы ее устранения. В некоторых случаях директору достаточно сообщить соответствующую информацию о возникшей коллизии, в том числе о ее характере и масштабе, членам правления затронутых компаний, тогда как в других обстоятельствах о ней целесообразно поставить в известность более широкий круг лиц, в том числе кредиторов и другие заинтересованные стороны, включая директоров, входящих в совет других членов предпринимательской группы. Раскрытие такой информации директором можно считать достаточным подтверждением его добросовестности, а раскрытые обстоятельства позволят оценить, в состоянии ли он и далее сохранять требуемую независимость и беспристрастность.

12. Возможно, при некоторых обстоятельствах директору целесообразно отстраниться от участия в любых решениях, которые связаны с возникающими коллизиями и которые должны быть приняты правлениями затронутых компаний, а также воздержаться от присутствия на совещаниях, на которых планируется их обсуждение, и при этом необходимо запротоколировать, что такое поведение со стороны директора является не упущением, а сознательной тактикой. В некоторых случаях проблему можно решить, назначив дополнительных членов совета директоров или заместителей, а если устранить коллизию все же не удастся, директор может рассмотреть в качестве крайнего средства возможность выхода из состава правления одной или нескольких компаний. При этом возможен выход из состава совета директоров как состоятельного, так и несостоятельного члена предпринимательской группы. Хотя уход в отставку теоретически может избавить директора от стоящей перед ним дилеммы, он не решает основной проблемы и может даже усугубить ситуацию, особенно в период приближения несостоятельности, поскольку в результате такого ухода один или несколько затронутых членов предпринимательской группы могут остаться без

руководителя, обладающего знаниями и опытом, необходимыми для решения их финансовых проблем. Как отмечено в первом разделе (глава II, пункт 27), выход из состава правления не освобождает директоров от ответственности, поскольку, согласно законодательству некоторых стран, руководители могут быть заподозрены в том, что их уход связан с несостоятельностью компании или что они не предприняли разумных шагов для минимизации потерь для кредиторов перед лицом надвигающейся несостоятельности.

13. Решающим фактором для успешного исполнения директорами своих обязанностей в случае возникновения коллизии является надлежащее корпоративное управление, в рамках которого учитывается положение всех членов предпринимательской группы, в связи с которыми возникла коллизия, и фиксируются основания всех принимаемых решений. Однако никакая стратегия корпоративного управления не заменяет и не ограничивает обязанностей директоров по отношению к одному или нескольким членам предпринимательской группы. Она лишь служит ориентиром для определения того, какие шаги можно считать разумными для устранения коллизии. Различия в принципах и стандартах корпоративного управления, применяемых разными членами предпринимательской группы, могут также приводить к противоречивым выводам и несовместимым решениям, которые должны тщательно изучаться и оцениваться директорами.

Рекомендации 269–270

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся коллизии обязанностей, заключается в рассмотрении ситуации, когда директор одного члена предпринимательской группы занимает такую же должность или же руководящую либо административную должность в другом или других членах предпринимательской группы, будь то материнская компания или подконтрольный член предпринимательской группы. В период, предшествующий несостоятельности, такая ситуация может привести к коллизии обязанностей перед различными членами предпринимательской группы, что может сказаться на принятии мер, необходимых для выполнения этих обязанностей.

Содержание законодательных положений

Коллизия обязанностей

269. В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует рассмотреть ситуацию, когда с точки зрения срока, указанного в рекомендации 257, у директора одного члена предпринимательской группы, который занимает такую же

Рекомендации 269–270 (продолжение)

должность или же руководящую или административную должность в одном или нескольких членах предпринимательской группы, возникает коллизия обязанностей перед кредиторами этих различных членов предпринимательской группы и другими соответствующими заинтересованными сторонами.

Разумные шаги для урегулирования коллизии обязанностей

270. В законодательстве о несостоятельности может быть оговорено, что директор, у которого возникла коллизия обязанностей, должен предпринять разумные шаги для урегулирования такой коллизии. Разумные меры могут включать:

- a) получение консультаций для точного установления характера различных обязанностей;
- b) определение лиц, которых необходимо проинформировать о возникновении коллизии, и раскрытие им соответствующей информации, включая, в частности, информацию о характере и масштабе коллизии;
- c) определение случаев, когда директору не следует i) участвовать в любых решениях совета директоров любого из затронутых членов предпринимательской группы по вопросам, в связи с которыми возникает коллизия обязанностей, или ii) присутствовать на совещаниях совета директоров, на которых планируется обсуждение таких вопросов;
- d) обращение о назначении дополнительного директора, когда коллизию обязанностей невозможно устранить; и
- e) в качестве последнего средства — выход из состава соответствующего совета (советов) директоров, если нет альтернативных решений.

Приложение V

Решения Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, принятые 18 июля 2013 года и 15 июля 2019 года, и резолюция 68/107 В Генеральной Ассамблеи

А. Решения Комиссии

1. На своем 973-м заседании 18 июля 2013 года Комиссия приняла следующее решение:

«Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

признавая, что эффективные режимы несостоятельности все чаще рассматриваются как средство стимулирования экономического развития и инвестирования, а также активизации предпринимательской деятельности и сохранения занятости,

считая, что эффективные режимы несостоятельности должны не только обеспечивать предсказуемость юридического процесса по решению финансовых проблем неблагополучных предприятий и необходимую правовую базу для их эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации, но и предоставлять возможность изучения обстоятельств, приведших к несостоятельности, в частности возможность проверки поведения руководителей предприятия в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности,

отмечая, что, хотя в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности¹ и рассматриваются

¹ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

обязанности руководителей предприятия после начала производства по делу о несостоятельности, в нем не рассматриваются поведение руководителей в период, предшествующий несостоятельности, и обязанности, которые могут возлагаться на руководителей в этот период,

считая, что создание стимулов для руководителей, побуждающих их принимать своевременные меры для преодоления последствий финансовых трудностей, испытываемых предприятием, может иметь ключевое значение для его успешной реорганизации или ликвидации и что такие стимулы должны быть частью эффективного режима несостоятельности,

с удовлетворением отмечая поддержку и участие международных межправительственных и неправительственных организаций, занимающихся вопросами реформы законодательства о несостоятельности, в деле разработки дополнительной части Руководства для законодательных органов, касающейся обязанностей руководителей в период, предшествующий несостоятельности,

выражая признательность Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) за ее усилия в разработке части четвертой Руководства для законодательных органов, касающейся обязанностей руководителей в период, предшествующий несостоятельности,

1. *принимает* часть четвертую Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, состоящую из текста документа А/CN.9/WG.V/WP.113, пересмотренного Рабочей группой на ее сорок третьей сессии (см. А/CN.9/766) и Комиссией на ее текущей сессии (см. доклад Комиссии о работе ее сорок шестой сессии (А/68/17, пункт 202)), и поручает Секретариату отредактировать и окончательно доработать текст части четвертой Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с учетом этого пересмотра;

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать, в том числе в электронном виде, текст части четвертой Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, препроводить его правительствам и другим заинтересованным органам и рассмотреть вопрос о сведении воедино частей с первой по четвертую Руководства для законодательных органов и опубликовании их впоследствии, в том числе в электронном виде;

3. *рекомендует* всем государствам применять Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с целью оценки экономической эффективности своих правовых режимов несостоятельности и благоприятным образом рассматривать Руководство для законодательных органов при пересмотре или принятии законодательства

о несостоятельности и предлагает государствам, которые использовали Руководство, уведомить об этом Комиссию».

2. На своем 1099-м заседании 15 июля 2019 года Комиссия приняла следующее решение:

«Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

ссылаясь на резолюцию 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1966 года, которой Ассамблея учредила Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с целью содействовать прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли в интересах всех народов, и особенно интересов развивающихся стран,

признавая, что эффективные режимы несостоятельности все чаще рассматриваются как средство стимулирования экономического развития и инвестирования, а также активизации предпринимательской деятельности и сохранения занятости,

считая, что эффективные режимы несостоятельности должны обеспечивать предсказуемость юридического процесса, нацеленного на решение финансовых проблем неблагополучных предприятий, и необходимую правовую базу для их эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации, а также предоставлять возможность для изучения обстоятельств, приведших к несостоятельности, в частности возможность проверки поведения директоров таких предприятий в период, предшествующий несостоятельности,

напоминая о принятии части четвертой Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2013 год)¹, касающейся обязанностей директоров отдельных компаний в период, предшествующий несостоятельности,

отмечая значение предпринимательских групп, независимо от того, создаются ли они на национальном или на международном уровне, для международной торговли и коммерческой деятельности в условиях все большей глобализации мировой экономики,

напоминая о принятии части третьей Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2010 год)², касающейся режима предпринимательских групп при несостоятельности, и Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп (2019 год)³,

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), пункт 204.

² Там же, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункт 233.

³ Там же, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/74/17), пункт 110 и приложение II.

напоминая также о том, что работа по теме обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности, велась в Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) параллельно с работой над проектом типового закона о несостоятельности предпринимательских групп с учетом того, что ни в части третьей, ни в части четвертой Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности не рассматривается ситуация, когда один директор занимает или назначается на руководящую или исполнительную должность более чем одного члена предпринимательской группы и возникает коллизия при выполнении его обязанностей по отношению к разным членам,

выражая признательность Рабочей группе за ее усилия по подготовке дополнительного раздела части четвертой Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в котором рассматриваются обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности, и особое внимание уделяется выполнению обязанностей директора по отношению к разным членам предпринимательской группы,

высоко оценивая участие в этой работе международных межправительственных и неправительственных организаций, занимающихся вопросами реформы законодательства о несостоятельности,

будучи убеждена в том, что правовые рамки для урегулирования коллизии обязанностей по отношению к кредиторам и другим заинтересованным сторонам разных членов предпринимательской группы, в которых должным образом учитываются и другие соображения, в частности оздоровление предприятий, должны быть частью эффективного режима несостоятельности,

1. *принимает* дополнительный раздел части четвертой Руководства Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, касающийся обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности, и содержащийся в документе A/CN.9/990;

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать, в том числе в электронном виде, на шести официальных языках Организации Объединенных Наций часть четвертую Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, включающую дополнительный раздел об обязанностях директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности, и обеспечить ее широкое распространение среди правительств и других заинтересованных органов;

3. *рекомендует* всем государствам применять Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с целью оценки экономической эффективности своих правовых режимов несостоятельности и благоприятно принимать во внимание Руководство для законодательных органов при пересмотре или принятии законодательства, касающегося несостоятельности, а также предлагает государствам, которые использовали Руководство для законодательных органов, уведомить об этом Комиссию».

В. Резолюция 68/107 В Генеральной Ассамблеи

Шестнадцатого декабря 2013 года Генеральная Ассамблея приняла следующую резолюцию:

«Часть четвертая Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Генеральная Ассамблея,

ссылаясь на свою резолюцию 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года, которой она учредила Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, поручив ей содействовать прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли и в этой связи учитывать интересы всех народов, в особенности развивающихся стран, в деле широкого развития международной торговли,

ссылаясь также на свою резолюцию 59/40 от 2 декабря 2004 года, в которой она рекомендовала использовать *Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли¹, и на свою резолюцию 65/24 от 6 декабря 2010 года, в которой она рекомендовала использовать часть третью *Руководства*, касающуюся режима предпринимательских групп при несостоятельности,

считая, что эффективные режимы несостоятельности должны не только обеспечивать предсказуемость юридического процесса по решению финансовых проблем неблагополучных предприятий и необходимую правовую базу для их эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации, но и предоставлять возможность изучения обстоятельств, приведших к несостоятельности,

¹ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

в частности возможность проверки поведения директоров предприятия в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности,

отмечая, что, хотя в Руководстве для законодательных органов и рассматриваются обязанности директоров предприятия после начала производства по делу о несостоятельности, в нем не рассматриваются поведение директоров в период, предшествующий несостоятельности, и обязанности, которые могут возлагаться на руководителей в этот период,

считая, что создание стимулов для директоров, побуждающих их принимать своевременные меры для преодоления последствий финансовых трудностей, испытываемых предприятием, может иметь ключевое значение для его успешной реорганизации или ликвидации и что такие стимулы должны быть частью эффективного режима несостоятельности,

1. *выражает признательность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за разработку и принятие части четвертой Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, касающейся обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности²;*

2. *просит* Генерального секретаря опубликовать, в том числе в электронном виде, текст части четвертой Руководства для законодательных органов и препроводить его правительствам и другим заинтересованным органам;

3. *рекомендует* всем государствам использовать Руководство для законодательных органов с целью оценки экономической эффективности своих правовых режимов несостоятельности и благоприятным образом рассматривать Руководство при пересмотре или принятии законодательства о несостоятельности и предлагает государствам, которые использовали Руководство, уведомить об этом Комиссию».

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), глава V, раздел B.*

