



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
30 January 2019
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятьдесят вторая сессия
Вена, 8–26 июля 2019 года

Доработка и принятие текстов по законодательству о несостоятельности

Проект текста об обязанностях директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности

Записка Секретариата

1. В приложении к настоящей записке Секретариат препровождает Комиссии для окончательной доработки и принятия на ее пятьдесят второй сессии в 2019 году проект текста об обязанностях директоров компаний, входящих в предпринимательские группы, в период, предшествующий несостоятельности, как об этом просила Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности) на своей пятьдесят четвертой сессии (Вена, 10–14 декабря 2018 года) (A/CN.9/966, пункт 113). В этом проекте текста учтены изменения для внесения в документ A/CN.9/WG.V/WP.153, согласованные Рабочей группой на этой сессии (A/CN.9/966, пункт 112).
2. Работа по этой теме в Рабочей группе велась параллельно с работой над законодательным текстом о несостоятельности предпринимательских групп на основе проектов текстов, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.V/WP.125, A/CN.9/WG.V/WP.129, A/CN.9/WG.V/WP.139 и A/CN.9/WG.V/WP.153)¹. При этом учитывалось, что ни в части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в которой рассматривается режим предпринимательских групп при несостоятельности (2010 год)², ни в его части четвертой, касающейся обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности (2013 год)³, не затрагиваются конкретные вопросы, которые могут повлиять на обязанности директоров, когда они являются директорами одного или нескольких членов предпринимательской группы (например, вопрос коллизии между

¹ См. доклады Рабочей группы о работе ее сорок шестой, сорок седьмой, сорок девятой, пятьдесят второй и пятьдесят четвертой сессий (A/CN.9/829, A/CN.9/835, A/CN.9/870, A/CN.9/931 и A/CN.9/966).

² Размещено по адресу <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-R.pdf>.

³ Размещено по адресу <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-R.pdf>.



обязанностями директора перед своей собственной компанией и интересами предпринимательской группы, к которой эта компания принадлежит). На своей сорок четвертой сессии (Вена, 16–20 декабря 2013 года) Рабочая группа согласилась с тем, что рассмотрение этих вопросов, а также изучение вопроса о том, каким образом часть четвертая Руководства для законодательных органов могла бы применяться в контексте предпринимательских групп, отметив при этом, что следует осторожно подходить к рассмотрению возможных способов урегулирования этих вопросов, чтобы они не препятствовали оздоровлению предприятий, не затрудняли усилия директоров в этом направлении и не побуждали их к тому, чтобы преждевременно возбуждать производство по делу о несостоятельности (A/CN.9/798, пункт 23).

3. На своих сорок восьмой — пятидесятой сессиях, которые проходили в 2015–2017 годах соответственно, Комиссия отмечала, что, хотя эта тема уже весьма хорошо проработана, она не будет передана Комиссии для окончательной доработки и утверждения до тех пор, пока работа по вопросам несостоятельности предпринимательских групп не продвинется в достаточной степени для того, чтобы можно было обеспечить согласованность подхода между взаимосвязанными текстами⁴. На своей пятьдесят первой сессии в 2018 году Комиссия отметила, что был подготовлен проект комментариев и рекомендаций, касающихся обязанностей директоров компаний, входящих в предпринимательские группы, в период, предшествующий несостоятельности, и этот текст, вероятно, может быть окончательно доработан и принят наряду с проектом типового закона о несостоятельности предпринимательских групп и руководством по его принятию⁵.

4. Проект текста, содержащийся в приложении к настоящей записке, подготовлен при том понимании, что он станет дополнительным разделом части четвертой Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, касающейся обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности. Перекрестные ссылки в проекте текста даны с учетом этого подхода. Части проекта текста, приведенные в квадратных скобках, будут доработаны после принятия Комиссией проекта типового закона о несостоятельности предпринимательских групп и руководства по его принятию.

⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/70/17)*, пункт 235; там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17)*, пункт 243; и там же, *семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17)*, пункт 269.

⁵ Там же, *семьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/73/17)*, пункт 132.

Приложение

Проект текста об обязанностях директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение и цель настоящего раздела	4
Глоссарий	4
I. Общие сведения	5
II. Элементы обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательской группы, в период, предшествующий несостоятельности	9
A. Характер обязанностей	9
Рекомендации 267–268	10
B. Определение лиц, несущих обязанности	12
C. Коллизия обязанностей	13
Рекомендации 269–270	15

Введение и цель настоящего 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 изменения, которые можно внести в эти рекомендации для обеспечения их применимости к директору¹ 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 дополнительного 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 для законодательных органов. [Кроме того, в 2019 году ЮНСИТРАЛ приняла законодательный текст, а именно Типовой закон ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп, который направлен на облегчение производства по 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 для законодательных органов. Приведенные ниже дополнительные термины относятся непосредственно к настоящему разделу и должны читаться в сочетании с терминами и пояснениями, включенными в основной глоссарий и в глоссарий, сопровождающий часть третью Руководства для законодательных органов:
 - а) «член предпринимательской группы» означает предприятие, которое образует часть предпринимательской группы;
 - б) «представитель группы» означает лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое уполномочено действовать в качестве представителя планового производства;
 - в) «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

¹ 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.

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, применимого 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, применимого к несостоятельности группы, по смыслу [Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп].

I. Общие сведения

5. 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 разработали положения, согласно которым в период, предшествующий несостоятельности, на директоров возлагаются определенные обязанности, однако относительные преимущества и недостатки таких режимов остаются предметом спора². 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 во многих странах в законодательство о несостоятельности были внесены надлежащие изменения, расширяющие возможности для принятия оперативных мер, в них не уделяется достаточное внимание созданию надлежащих стимулов для директоров, чтобы они использовали эти варианты³. В первом разделе рекомендуется разработать надлежащие стимулы путем определения для включения в законодательство о несостоятельности 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.

6. 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

² См. главу I первого раздела, пункты 8–10.

³ Там же, пункт 6.

правовых системах, вопрос об обязанностях директоров одного или нескольких членов предпринимательской группы до конца не решен.

7. В части третьей Руководства для законодательных органов, посвященной режиму предпринимательских групп при несостоятельности, отмечается, что предпринимательским группам зачастую свойственна разная степень экономической интеграции (от высокоцентрализованной до относительно самостоятельной) и разные типы организационной структуры (вертикальная и горизонтальная), в результате чего между членами 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, ставит 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 нынешние 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 лица⁴.

8. 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 или 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. Более того, интересы одних членов предпринимательской группы могут затрагиваться не всегда совпадающими экономическими целями или нуждами других членов предпринимательской группы, 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

⁴ Руководство для законодательных органов, часть третья, глава I.

предусмотреть определенные гарантии защиты интересов кредиторов затрагиваемых членов предпринимательской группы и других заинтересованных сторон.

9. 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 либо 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 или 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.

10. 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.

11. 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.

12. Хотя, 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. Как правило же, 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.

13. 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.

14. 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 Руководства для законодательных органов, глава I, пункты 1–14 и рекомендация 1) за счет своевременных мер и надлежащих действий руководства, необходимо также помнить о том, что принятие слишком строгих правил может затруднить и поставить под угрозу предпринимательскую деятельность.

15. 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

16. Соображения, лежащие 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 можно 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 части третьей Руководства для законодательных органов) и возможность максимального увеличения стоимости активов предпринимательской группы за счет 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.

17. 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 блюсти 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.

18. 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 обязательства, 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.

19. Если несостоятельности не избежать 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 сказано в части третьей Руководства для законодательных органов⁵.

Рекомендации 267–268

Цели законодательных положений

Цель положений, касающихся обязанностей лиц, ответственных за принятие решений 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 лиц, ответственных за принятие решений 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 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 предпринимательской группы путем содействия применению подходов, направленных на урегулирование проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей, принимая при этом разумные шаги для обеспечения того, чтобы кредиторы этого

⁵ Там же, рекомендации 202–210.

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.

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

a) 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;

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

267. a) 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.

b) При условии что это не противоречит его обязанностям, лицо, упомянутое в подпункте (a), 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 (a) рекомендации 267, по отношению к возглавляемому им члену предпринимательской группы, куда оно было назначено, разумные шаги в контексте предпринимательской группы могут включать в дополнение к шагам, изложенным в рекомендации 256, следующее:

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

b) 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;

c) оценку вероятности того, что кредиторы члена предпринимательской группы и другие заинтересованные стороны окажутся в лучшем положении в

случае осуществления применительно к несостоятельности группы решения для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей;

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

e) проведение неофициальных переговоров с кредиторами, в частности на предмет добровольной реструктуризации⁶, и участие в этих переговорах, когда они организованы для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей; и

f) 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 заявления⁷ совместно с другими соответствующими членами предпринимательской группы и целесообразности процедурной координации производств⁸.

В. Определение лиц, несущих обязанности

20. 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.

21. В некоторых 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 отдельная 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

⁶ Там же, часть первая, глава II, пункт 2–18.

⁷ Там же, часть третья, рекомендации 199–201.

⁸ Там же, рекомендации 202–210.

и в отношении члена предпринимательской группы, сотрудниками которого они являются.

22. В контексте предпринимательской группы директором может считаться другой член предпринимательской группы или директор другого члена предпринимательской группы, в том числе теневого⁹. Хотя законодательство некоторых стран не разрешает официально назначать одного из членов предпринимательской 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.

23. В первом разделе (глава II, пункты 13–16) говорится о лицах, на которые 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

24. В рамках предпринимательских групп можно часто наблюдать ситуацию, когда одно и то же лицо является директором или 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 группы¹⁰. Какими бы ни были причины такой ситуации, при приближении несостоятельности директор, входящий в правление или выполняющий руководительские 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 внутrigрупповой 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.

25. 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 оправдано

⁹ Этот термин разъясняется в первом разделе, глава I, сноска 11 к пункту 13.

¹⁰ Руководство для законодательных органов, часть третья, глава I, пункты 6–15.

предоставить краткосрочное финансирование другим членам предпринимательской группы, чтобы не допустить перебоев в общей работе группы и в конечном счете спасти свое собственное коммерческое предприятие.

26. 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.

27. 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 это отмечено в первом разделе (глава II, пункт 27), выход из состава правления не освобождает директора 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.

28. 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**Цели законодательных положений**

Цель положений, касающихся коллизии обязанностей, заключается в рассмотрении ситуации, когда директор одного члена предпринимательской группы занимает такую же должность или же руководящую или 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 должность или же руководящую или административную должность в другом или других 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 том числе, 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 коллизия обязанностей невозможно устранить; и
- e) в качестве последнего средства — выход из состава соответствующего совета (советов) директоров, если нет альтернативных решений.