



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
23 February 2016
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Сорок девятая сессия
Нью-Йорк, 2-6 мая 2016 года

Законодательство о несостоятельности

Обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности: предпринимательские группы

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1-4	2
Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Часть четвертая. Обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности: предпринимательские группы	1-27	3
I. Общие сведения	4-14	3
II. Элементы, составляющие обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательской группы, в период, предшествующий несостоятельности	15-27	7
A. Характер обязанностей	15-18	7
Рекомендации 267-268		9
B. Определение сторон, несущих обязанности	19-22	11
C. Коллизия обязанностей	23-27	12
Рекомендации 269-270		14



Введение

1. Часть третья Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности касается режима предпринимательских групп при несостоятельности и содержит общие сведения о природе таких групп; о причинах осуществления деловых операций через предпринимательские группы; о том, что является предпринимательской группой со ссылкой на такие понятия, как право собственности и контроль; и о регулировании предпринимательских групп. В части четвертой Руководства для законодательных органов рассматриваются обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности, и обсуждаются вопросы, связанные с обязанностями директоров в этот период, и, в частности, обоснования для введения обязательств, являющихся характерными для данного периода, путем использования законодательства о несостоятельности, а не корпоративного права. Ни в одной из этих частей не затрагиваются конкретные вопросы, которые могут повлиять на обязанности директоров, когда они являются директорами одного или нескольких членов предпринимательской группы.
2. На своей сорок четвертой сессии (декабрь 2013 года) Рабочая группа согласилась с важностью рассмотрения вопроса об обязанностях директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп, в период, предшествующий несостоятельности, поскольку в этой области сохраняются очевидные проблемы практического характера и их решение будет в значительной степени способствовать повышению эффективности режимов урегулирования несостоятельности. В то же время Рабочая группа отметила, что следует тщательно продумать возможные решения, с тем 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. С учетом этих соображений Рабочая группа решила, что было бы полезно рассмотреть возможный порядок применения части четвертой Руководства для законодательных органов в контексте предпринимательских групп и определить дополнительные вопросы (например, коллизия между обязанностями директора перед своей собственной компанией и интересами группы).
3. Обсуждение этой темы было начато на сорок шестой сессии Рабочей группы (декабрь 2014 года) на основе проекта, подготовленного Секретариатом после консультаций с неофициальной группой экспертов в соответствии с просьбой Рабочей группы V (A/CN.9/WG.V/WP.125), и продолжено на ее сорок седьмой сессии (май 2015 года) на основе пересмотренного проекта (A/CN.9/WG.V/WP.129).
4. Настоящая записка подготовлена Секретариатом по итогам обсуждений, проведенных на сорок седьмой сессии Рабочей группы, и с учетом сделанных на ней выводов (A/CN.9/835, пункты 13-21). Ниже представлен пересмотренный вариант проекта рекомендаций 267-270 и относящийся к ним сопроводительный комментарий. Изменения и дополнения, которые предлагается внести в комментарий, приведены в квадратных скобках, а относящиеся к ним пояснения изложены в сносках.

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Часть четвертая. Обязанности директоров в период, предшествующий несостоятельности: предпринимательские группы

Введение и цель настоящего раздела

1. В основу настоящего второго раздела части четвертой 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 в контексте предпринимательской группы. Рекомендации 257-266 первого раздела части четвертой в текущей редакции 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.

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

3. В настоящем разделе используется та же терминология, что и в остальных частях Руководства для законодательных органов. Для большей ясности его следует читать вместе с частью третьей и первым разделом части четвертой Руководства для законодательных органов.

I. Общие сведения

4. В первом разделе части четвертой Руководства для законодательных органов рассматриваются обязанности директоров отдельных компаний в период, предшествующий несостоятельности, и говорится о том, как вопрос об обязанностях директоров решается в действующем законодательстве. В некоторых правовых системах приняты положения, согласно которым на директоров в период, предшествующий несостоятельности, возлагаются определенные обязанности, однако сравнительные преимущества и недостатки такого подхода остаются предметом споров¹. В первом разделе части четвертой подчеркивается, что при возникновении у предприятия финансовых трудностей необходимо как можно раньше начать принимать меры к тому, чтобы предотвратить резкое ухудшение положения и облегчить спасение и реорганизацию. В нем также отмечается, что во многих странах в

¹ Руководство для законодательных органов, часть четвертая, глава I, пункты 8-10.

законодательство о несостоятельности внесены изменения, расширяющие возможности для принятия оперативных мер, однако не уделяется достаточно внимания тому, чтобы создать стимулы для применения таких мер директорами предприятий². Для того чтобы стимулировать принятие соответствующих мер, в первом разделе рекомендовано закрепить в законодательстве, касающемся несостоятельности, основные обязанности, которые могут возникать у директора предприятия в период, предшествующий несостоятельности, и шаги, которые могут потребоваться предпринять для выполнения таких обязанностей. Такие обязанности будут подлежать принудительному выполнению с момента открытия производства по делу о несостоятельности.

5. Вопрос об обязанностях директоров в период, предшествующий несостоятельности, в контексте предпринимательской группы четко не урегулирован или вообще не рассматривается в национальном законодательстве большинства стран. Хотя понятие предпринимательской группы хорошо изучено и проработано во многих правовых системах, вопрос об обязанностях директоров одного или нескольких членов предпринимательской группы остается до конца не решенным³.

6. В части третьей Руководства для законодательных органов, посвященной режиму предпринимательских групп при несостоятельности, отмечается, что предпринимательским группам свойственна разная степень экономической интеграции (от высокоцентрализованной до относительно самостоятельной) и разные типы организационной структуры (вертикальная и горизонтальная), в результате чего между членами группы складывается сложная система взаимоотношений, характеризуемых разными уровнями собственности и контроля. Эти факторы, а также строгое применение принципа обособленности юридического лица и характерное для многих стран отсутствие прямого упоминания о групповой специфике в законодательстве, применимом к отдельным членам предпринимательской группы, ставит перед директорами таких членов 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, независимо от интересов предпринимательской группы в целом, положения директора компании в структуре группы, степени самостоятельности или интегрированности членов 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 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. [Так, на практике слишком узкое

² Там же, пункт 6.

³ См. пункт 40 документа A/CN.9/WG.V/WP.115, в котором рассматриваются варианты решения данного вопроса в разных правовых системах.

толкование 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.

7. Требование о том, чтобы действия предпринимались в интересах возглавляемой компании, может усложниться в контексте предпринимательской группы, когда директор одного из членов группы одновременно возглавляет другие члены группы или занимает в них управленческие или руководящие должности. В подобной ситуации директору будет сложно разделить интересы каждого из членов группы и рассматривать их по отдельности. [Более того, интересы одних членов группы могут затрагиваться не всегда совпадающими экономическими целями и нуждами других членов, а также предпринимательской группы в целом. Таким образом, возможно, потребуется оценить как краткосрочные, так и долгосрочные последствия принимаемых решений для интересов разных членов группы, причем в некоторых случаях будет необходимо, хотя бы в краткосрочном плане, поступиться интересами отдельных членов 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.]⁵

8. Интересы отдельных членов группы могут затрагиваться более широкими интересами предпринимательской группы, например, в следующих ситуациях: когда один из членов группы является ключевым поставщиком другого члена группы либо предоставляет ему финансирование или выступает гарантом по кредиту, предоставленному другому члену группы внешним кредитором, с целью удержать на плаву всю предпринимательскую группу, включая собственное предприятие; когда один из членов группы соглашается передать свою хозяйственную деятельность или активы либо уступить коммерческую возможность другому члену 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 уступку; либо когда один член группы договаривается с другими членами группы о перекрестных гарантиях для оказания всей группе помощи в более эффективном использовании ее активов при финансировании операций группы.

9. Все эти соображения могут оказаться актуальными в период, предшествующий несостоятельности, когда для максимального повышения эффективности и поиска выхода из финансовых затруднений всей группы или ее частей может потребоваться установить более жесткий контроль за деятельностью группы и наладить более четкую координацию. В этот период

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

⁵ Внесенные в настоящий пункт изменения отражают замечания, высказанные на сорок седьмой сессии (A/CN.9/835, пункт 17).

может представиться возможность улучшить положение отдельных членов группы за счет более уязвимых или зависимых членов, например путем передачи активов, уступки коммерческих возможностей и использования таких членов группы для осуществления более рискованных операций и видов деятельности или списания на них убытков и безнадежных активов.

10. Для того чтобы максимально защитить интересы возглавляемой компании, являющейся членом группы, директору может потребоваться проявить определенную гибкость, чтобы взвесить различные конкурирующие интересы и поступить так, как будет выгодно другим членам группы или группе в целом, если такой курс действий отвечает интересам возглавляемого им члена группы. Если избранный директором курс является разумным в сложившихся обстоятельствах и имеет целью избежать несостоятельности возглавляемого им члена группы или уменьшить ее последствия, то директор не должен подлежать привлечению к ответственности за нарушение своих непосредственных обязанностей. [Если же интересы разных членов группы, возглавляемых одним и тем же директором, вступают в противоречие друг с другом, директор, оценив ситуацию, должен сообщить о возникшей коллизии обязанностей затронутым членам группы. Для устранения такой коллизии может потребоваться найти компромиссное решение или согласовать противоречащие друг другу интересы.]

11. 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 – группы, в таких правовых системах считается допустимым, чтобы директора учитывали, например, прямые или косвенные коммерческие выгоды, которые может получить возглавляемый ими член группы от совершения конкретных действий с другими членами, а также то, в какой степени благосостояние и дальнейшее существование их члена группы зависит от благополучия 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 группы в результате избранного курса действий, а также учитывать положение необеспеченных кредиторов их члена 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, предоставляемому другому члену группы [, особенно если выживание этого члена группы не имеет принципиального значения для сохранения состоятельности члена группы, предоставляющего гарантии или обеспечение].

12. В других правовых системах директорам компаний группы разрешается действовать в интересах всей группы при соблюдении определенных условий, таких как наличие у группы [структуры, позволяющей ее членам оказывать определенное влияние на решения, касающиеся группы в целом]; участие

члена группы в долгосрочной и согласованной политике группы; и наличие у директоров добросовестной убежденности и разумных оснований полагать, что любые убытки, понесенные возглавляемым ими членом группы, будут со временем компенсированы другими преимуществами. Согласно другому подходу, директору одного из членов группы разрешается действовать в интересах материнской компании при условии, что это не лишит этого члена группы возможности погашать собственные кредиты и что это право предоставлено директору либо уставом соответствующего члена группы, либо акционерами. Согласно соответствующему законодательству директор может избежать ответственности за такие действия при условии, что соответствующий член группы не был несостоятельным в момент их совершения и не оказался несостоятельным в их результате.

13. 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 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 компаний, входящих в состав 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, глава I, пункты 1-14 и рекомендация 1) за счет своевременных мер и надлежащих действий руководства, необходимо помнить о том, что принятие слишком строгих правил может затруднить и поставить под угрозу предпринимательскую деятельность.

14. 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, составляющие обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательской группы, в период, предшествующий несостоятельности

A. Характер обязанностей

15. Соображения, лежащие в основе установления обязанностей для директоров в период, предшествующий несостоятельности, изложены в пунктах 1-7 первого раздела части четвертой и остаются в силе в контексте предпринимательской группы. Хотя директора членов 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 группы (упоминаемая в рекомендации 217 части третьей) и возможность увеличения стоимости активов группы за счет разработки способа решения ее финансовых проблем, требующего вовлечения всей группы или ее отдельных частей. Такое решение может потребовать от директора члена группы, испытывающего финансовые трудности, предпринимать шаги, которые на первый взгляд могут показаться невыгодными для этого члена, 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 группы, испытывающего финансовые трудности, директора рискуют быть привлеченными к ответственности за неисполнение своих обязанностей разумным образом.

16. Одним из соображений, которые необходимо учитывать директорам при определении надлежащих шагов по решению финансовых проблем одного из членов группы, являются последствия таких шагов для кредиторов этого члена группы, особенно если требуется блюсти интересы всей группы. Рекомендация 255 требует от директоров должным образом учитывать интересы кредиторов члена 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 принимались⁶.

17. В первом разделе части четвертой рассматриваются меры, принятия которых можно разумно ожидать от директоров для решения финансовых проблем, предотвращения несостоятельности и сведения к минимуму ее последствий, если несостоятельность неизбежна (см. часть четвертую, главу II, пункт 5). 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 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 решение для всей предпринимательской группы или ее частей, чем принимать меры,

⁶ Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли обеспечивать соответствие между защитительными мерами, предусмотренными настоящим проектом и проектом текста о трансграничной несостоятельности предпринимательских групп. См., например, проект статьи 8 в документе A/CN.9/WG.V/WP.137/Add.1, в которой говорится о надлежащей защите кредиторов при выработке решения, применимого к несостоятельности группы. См. также положения о целях рекомендаций 267-268 и рекомендацию 267.

касающиеся только одного из ее членов. Во внимание можно принимать также такие факторы, как обязательства возглавляемого члена группы, как финансовые, так и юридические обязательства, перед другими членами; сделки, которые следует (или не следует) заключать с другими членами группы; возможные источники и доступность финансирования [(как в период, предшествующий несостоятельности, так и в период после открытия официального производства)]⁷, включая возможность предоставления финансирования возглавляемым членом группы другим членам; а также последствия, которые будут иметь для кредиторов и других заинтересованных сторон возглавляемого члена группы разные варианты решения – как ограничивающиеся одним членом группы, так и предполагающие участие других членов. Директор может также рассмотреть возможность проведения неофициальных переговоров с кредиторами, например на предмет добровольной реструктуризации, с тем чтобы найти приемлемое решение для всей предпринимательской группы или ее частей, если такой шаг выгоден возглавляемому им члену группы.

18. 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 группы и обеспечить процедурную координацию производств, о чем подробно сказано в части третьей⁸.

Рекомендации 267-268

Цель законодательных положений

Цель настоящих 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 соответствующих 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;

⁷ Формулировка в скобках добавлена для того, чтобы расширить круг вопросов за пределы периода после открытия производства (как это отражено в нынешней редакции при использовании формулировки "финансирование после открытия производства") и указать на финансирование, которое, возможно, потребуется как в период, предшествующий несостоятельности и открытию официального производства в отношении члена группы, так и в период после подачи соответствующего заявления и открытия официального производства. К этим вопросам относится тема финансирования как после подачи заявления об открытии производства, так и после открытия самого производства, о чем говорится в части третьей Руководства для законодательных органов. Соответствующее изменение внесено также в пункт 1 (b) рекомендации 268.

⁸ Руководство для законодательных органов, часть третья, рекомендации 202-210.

с) признать, что положение этого члена предпринимательской группы в данной группе влияет на то, как должно осуществляться управление этим членом группы в целях решения проблемы его неминуемой или неизбежной несостоятельности, а также обязанности лиц, ответственных за принятие решений относительно управления этим членом группы, в том числе в ситуациях, когда они также несут ответственность за принятие решений относительно управления другими членами 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, предпринимая при этом разумные шаги для обеспечения того, чтобы кредиторы этого члена группы и другие заинтересованные стороны оказались не в худшем положении, чем в случае, если бы управление членом 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 урегулированию проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей, положения данного члена группы в предпринимательской группе и степени интеграции между членами 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 и к директорам компаний, являющихся членами предпринимательской группы.

b) При условии что это не противоречит его обязанностям, директор члена предпринимательской группы может предпринять разумные шаги для содействия урегулированию проблемы несостоятельности группы в целом или ее некоторых частей. При этом он 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 группы и другие заинтересованные стороны не оказались в худшем положении, чем в случае, если бы управление этим членом группы не было направлено на содействие такому решению.

Разумные шаги для целей рекомендации 267

268. Для целей рекомендации [рекомендаций] 255 и 267 в той мере, в какой это не противоречит обязанностям директора по отношению к возглавляемому им члену группы, разумные шаги в контексте предпринимательской группы могут включать следующие в дополнение к шагам, изложенным в рекомендации 256:

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

б) рассмотрение финансовых и других обязательств члена группы перед другими членами предпринимательской группы и изучение целесообразности заключения сделок с другими членами предпринимательской группы и возможных источников и доступности финансирования [, в том числе в случае начала официального производства]⁹;

с) оценка вероятности того, что кредиторы члена предпринимательской группы и другие заинтересованные стороны окажутся в лучшем положении в случае урегулирования проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей;

д) содействие осуществлению решения, направленного на урегулирование проблемы несостоятельности группы в целом или ее некоторых частей;

е) проведение неофициальных переговоров с кредиторами, в частности на предмет добровольной реструктуризации¹⁰, и участие в этих переговорах, когда они организованы для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей; и

ф) 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 заявления¹¹ совместно с другими соответствующими членами предпринимательской группы и целесообразности процедурной координации производств¹².

В. Определение сторон, несущих обязанности

19. 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 группы и порядок осуществления им хозяйственной деятельности, особенно в период,

⁹ Пояснения относительно данного изменения см. сноску 7.

¹⁰ Руководство для законодательных органов, часть первая, глава II, пункты 2-18.

¹¹ Там же, часть третья, рекомендации 199-201.

¹² Там же, часть третья, рекомендации 202-210.

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 группы либо привести к втягиванию этого члена группы в финансовые проблемы других членов в ущерб его собственным кредиторам. Такая ситуация может возникать в самых разных обстоятельствах, например когда в совет директоров двух или более членов группы входят примерно одни и те же лица; когда большинство членов правления одного члена группы назначаются другим контролирующим членом группы; когда один из членов группы контролирует управление и принятие финансовых решений на уровне группы; или когда один из членов группы постоянно и настойчиво вмешивается в управление делами другого члена группы, обычно, когда речь идет об отношениях между материнской компанией и подконтрольным членом группы.

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

21. В контексте группы директором может считаться другой член группы или директор другого члена группы, в том числе теневой¹³. Хотя законодательство некоторых стран не разрешает официально назначать одного из членов группы в качестве директора другого члена, такого члена все же можно рассматривать как теневого директора, если он оказывает влияние на другого члена или руководит его деятельностью.

22. В пунктах 13-16 первого раздела части четвертой говорится о сторонах, 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 перечислены виды функций, которые могут входить в обязанности таких лиц. Все эти соображения относятся и к предпринимательским группам, о которых идет речь в настоящей части.

С. Коллизия обязанностей

23. В рамках предпринимательских групп можно часто наблюдать ситуацию, когда одно и то же лицо является директором или занимает руководящие или

¹³ Там же, часть четвертая, сноска 11 к пункту 13.

управленческие должности сразу в нескольких членах группы: это может обуславливаться структурой собственности и контроля внутри группы, союзных связей между членами группы, наличием семейных связей в рамках группы или некоторыми другими аспектами организации коммерческой деятельности группы¹⁴. Какими бы ни были причины такой ситуации, при приближении несостоятельности директор, входящий в правление [или выполняющий руководительские функции в отношении] нескольких членов группы, может столкнуться с тем, что его обязанности по отношению к разным членам 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 в отдельности. Характер и сложность таких коллизий могут зависеть от положения конкретных членов во внутригрупповой иерархии, степени интегрированности членов группы и наличия между ними отношений собственности и контроля. Например, если директор входит в совет директоров материнской компании и подконтрольного ей члена группы, он должен быть в состоянии продемонстрировать, что любые сделки с участием материнской компании совершались с учетом интересов подконтрольной компании и носили по отношению к ней справедливый и разумный характер.

24. Кроме того, интересы возглавляемых директором членов группы могут быть тесно связаны с более общими интересами предпринимательской группы, в связи с чем директору необходимо учитывать экономические реалии 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 группы, такой компании будет оправдано предоставить краткосрочное финансирование другим членам группы, чтобы не допустить перебоев в общей работе группы и в конечном счете спасти свое собственное коммерческое предприятие.

25. 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 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.

26. Возможно при некоторых обстоятельствах директору целесообразно отстраниться от участия в любых решениях, которые связаны с возникающими

¹⁴ Там же, часть третья, глава II, пункты 6-15.

коллизиями и которые должны быть приняты правлениями затронутых компаний, а также воздержаться от присутствия на совещаниях, на которых планируется их обсуждение [при этом необходимо запротоколировать, что такое поведение со стороны директора является не упущением, а сознательной тактикой, согласованной с другими директорами]. 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 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 группы могут остаться без руководителя, обладающего знаниями и опытом, необходимыми для решения их финансовых проблем. Как это отмечено в первом разделе части четвертой, 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 несостоятельности¹⁵.

27. [Решающим фактором для успешного исполнения директорами своих обязанностей в случае возникновения коллизии является надлежащее корпоративное управление, в рамках которого учитывается положение всех членов 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 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.]¹⁶

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 или административную должность в другом или других членах предпринимательской группы, будь то материнская компания или подконтрольный член группы. В период, предшествующий несостоятельности,

¹⁵ Там же, часть четвертая, глава II, пункт 27.

¹⁶ Внесенные в настоящий пункт изменения учитывают замечания, высказанные на сорок седьмой сессии (A/CN.9/835, пункт 18), и включают дополнительный текст.

такая ситуация может привести к коллизии обязанностей перед различными членами 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 в период, предшествующий несостоятельности, 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 группы и другими соответствующими заинтересованными сторонами.

Разумные шаги для целей рекомендации 269

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

а) получение консультаций для точного установления характера различных обязанностей;

б) определение сторон, которых необходимо проинформировать о возникновении коллизии, и раскрытие им соответствующей информации, включая, в том числе, информацию о характере и масштабе коллизии;

с) определение случаев, когда директору не следует i) участвовать в любых решениях совета директоров любого из затронутых членов группы по вопросам, в связи с которыми возникает коллизия, или ii) присутствовать на совещаниях совета директоров, на которых планируется обсуждение таких вопросов;

д) обращение о назначении дополнительного директора, когда коллизия обязанностей невозможно устранить; и

е) в качестве последнего средства – выход из состава соответствующего совета (советов) директоров, если нет альтернативных решений.