



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
13 March 2015
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Сорок седьмая сессия
Нью-Йорк, 26-29 мая 2015 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	12
C. Коллизия обязанностей	23-27	13
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 контроля; 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).

4. Настоящая записка подготовлена Секретариатом по итогам обсуждений, проведенных на сорок шестой сессии Рабочей группы (декабрь 2014 года), и с учетом сделанных на ней выводов (A/CN.9/829, пункты 12-32). Ниже представлен пересмотренный вариант проекта рекомендаций 267-270 (которые до этого носили номера 255 (ГЭ), 256 (ГЭ), 256-бис (ГЭ) и 256-тер (ГЭ)), а также первый вариант проекта сопроводительного комментария. В соответствии с решением Рабочей группы подготовленный текст оформлен в виде дополнительного раздела части четвертой Руководства для

законодательных органов. Примечания для Рабочей группы относительно изменений, внесенных в рекомендации, приведены 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 раздела части четвертой положены рекомендации 255-266 первого раздела, касающегося обязанностей директоров отдельных компаний в период, предшествующий несостоятельности. В нем рассматривается 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 за тем исключением, что содержащиеся в них ссылки на рекомендации 255 и 256 следует читать как ссылки на рекомендации 267 и 268.
2. Были подготовлены проекты дополнительных рекомендаций (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,

¹ Там же, пункты 8-10.

чтобы предотвратить резкое ухудшение положения и облегчить спасение и реорганизацию. В нем также отмечается, что во многих странах в 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 только 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 в таких ситуациях 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, характеризующихся разными уровнями собственности и контроля. Эти факторы, а также строгое применение принципа о самостоятельном юридическом лице и характерное для многих стран отсутствие прямого упоминания о групповой специфике в законодательстве, примененном к отдельным членам предпринимательской группы, ставит перед директорами таких членов группы ряд вопросов. Принцип о самостоятельном юридическом лице, 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

² Руководство для законодательных органов, часть четвертая, пункт 6.

³ A/CN.9/WG.V/WP.115, пункт 40. В этом документе рассматриваются варианты решения данного вопроса в разных правовых системах.

или интеллектуальная собственность), решить финансовые проблемы такой компании в отдельности может быть трудно, а то и вовсе невозможно. 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 защите интересов своей компании может усложниться в контексте предпринимательской группы, если 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; вполне возможно, что ему придется попытаться найти баланс между интересами разных членов группы и сопоставить их с потенциально конкурирующими экономическими целями и нуждами других членов, а также предпринимательской группы в целом. Для достижения такого баланса может потребоваться оценить как краткосрочные, так и долгосрочные интересы разных членов группы и в некоторых случаях даже поступиться, пусть и на короткий срок, интересами отдельных членов группы с целью получения выгоды в более долгосрочной перспективе.

8. Необходимость поиска баланса интересов отдельных членов группы и предпринимательской группы в целом может возникнуть, например, в следующих ситуациях: когда один из членов группы предоставляет финансирование другому члену 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 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 рискованных операций и видов деятельности или списания на них убытков и безнадежных активов.

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

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 помогает избежать несостоятельности возглавляемого им члена группы или уменьшить ее последствия, то директор не должен подлежать привлечению к ответственности за нарушение своих непосредственных обязанностей.

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 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. 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.

12. В других правовых системах директорам компаний группы разрешается действовать в интересах всей группы при соблюдении определенных условий, таких как наличие у группы сбалансированной или устоявшейся структуры, участие члена группы в долгосрочной и согласованной политике группы и наличие у директоров искренней 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 это право предоставляется директору либо уставом соответствующего члена группы, либо акционерами в зависимости от того, находится ли этот член группы в полной или частичной собственности материнской компании. Согласно соответствующему законодательству, такой член группы не должен быть несостоятельным в момент совершения действий директором и не должен оказаться 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 (изложенных в пунктах 1-14 и рекомендации 1 главы I части первой) 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 рассматриваются обязанности директоров, которые могут возникать на основании уголовного законодательства, законодательства о компаниях или законодательства о гражданских правонарушениях. 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 своих 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 и других заинтересованных сторон. Интересы кредиторов члена группы 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.

17. В первом разделе настоящей части рассматриваются меры, принятия которых можно разумно ожидать от директоров для решения финансовых проблем, предотвращения несостоятельности и сведения к минимуму ее последствий, если несостоятельность неизбежна (часть четвертая, глава 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 между членами группы. При принятии таких дополнительных мер необходимо 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, касающиеся только одного из ее членов. Во внимание можно принимать также такие факторы, как финансовые и юридические обязательства возглавляемого члена группы перед другими членами; сделки, которые следует (не следует) заключать с другими членами группы; возможные источники и доступность финансирования после открытия производства, 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 третьей⁵.

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:

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

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

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

д) 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, при обеспечении того, чтобы кредиторы этого члена группы и другие заинтересованные стороны не оказались в худшем положении, чем в случае, если бы управление членом группы не осуществлялось таким образом, чтобы способствовать применению таких подходов к урегулированию.

Пункты (а)-(д) 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 урегулированию проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей, положения данного члена группы в предпринимательской группе и степени интеграции между членами группы;

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

⁵ Руководство для законодательных органов, часть третья, рекомендации 202-210.

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

Содержание законодательных положений

Обязанности⁶

Вариант 1

267. (255) В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует оговорить, что с момента, указанного в рекомендации 257, лица, указанные в соответствии с рекомендацией 258, будут нести обязанность (обязанности) должным образом учитывать интересы кредиторов члена предпринимательской группы, директорами которого они являются, и других соответствующих заинтересованных сторон и, при условии, что это не противоречит их обязанностям, могут предпринимать шаги для содействия урегулированию проблемы несостоятельности предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей. Для этого они могут предпринять разумные шаги в целях:

- а) предотвращения несостоятельности своего члена группы; и
- б) если несостоятельность этого члена группы неизбежна – сведения к минимуму ее воздействия на кредиторов этого члена группы и других соответствующих заинтересованных сторон с учетом возможной выгоды от максимального повышения стоимости активов предпринимательской группы в целом, положения этого члена предпринимательской группы в предпринимательской группе и степени интеграции между членами предпринимательской группы.

Вариант 2

267. (255) а) В законодательстве, касающемся несостоятельности, следует предусмотреть, что обязанности, указанные в рекомендации 255, относятся и к директорам компаний, являющихся членами предпринимательской группы.

б) 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

⁶ **Примечание для Рабочей группы.**

Вариант 1 дублирует рекомендацию 255 части четвертой с той разницей, что в него добавлены упоминания о групповом контексте, а в пункте (b) перечислены дополнительные соображения, которые требуется особо учитывать в контексте группы, в соответствии с решением, принятым на сорок шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/829, пункты 16-19).

Вариант 2 подготовлен Секретариатом с целью подчеркнуть важность обязанностей директора в первую очередь по отношению к возглавляемой им компании. В соответствии с этим в пункте (a) варианта 2 указано, что основные обязанности директоров в контексте группы определены в рекомендации 255. В пункте (b), посвященном контексту группы, объединены вводная часть и пункт (b) варианта 1, в котором перечислены дополнительные соображения, которые следует принимать во внимание при исполнении обязанностей, указанных в рекомендации 255, с учетом особых аспектов в контексте группы; в этом варианте были учтены некоторые из предложений, высказанных на сорок шестой сессии (A/CN.9/829, пункт 18).

ее некоторых частей. При этом он может принять во внимание возможную выгоду от максимального повышения стоимости активов предпринимательской группы в целом, положение этого члена предпринимательской группы в предпринимательской группе и степень интеграции между членами предпринимательской группы, следя за тем, чтобы кредиторы этого члена группы и другие заинтересованные стороны не оказались в худшем положении, чем в случае, если бы шаги по содействию такому решению не предпринимались.

Разумные шаги для целей рекомендации 267⁷

268 (256). Для целей рекомендации [рекомендаций] 255 и 267 в той мере, в какой это [возможно] [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 в целом, изучения целесообразности заключения сделок с другими членами предпринимательской группы и возможных источников и доступности финансирования после открытия производства;

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; и

е) проведение неофициальных переговоров с кредиторами, в частности на предмет добровольной реструктуризации⁸, и участие в неофициальных переговорах, когда они организованы для предпринимательской группы в целом или ее некоторых частей.

2. Если должно быть открыто официальное производство по делу о несостоятельности, следует рассмотреть вопрос о том, в каком суде оно должно быть открыто, а также рассмотреть возможность или целесообразность подачи объединенного заявления⁹ совместно с другими соответствующими

⁷ **Примечание для Рабочей группы.**

Проект рекомендации 267 был переработан в соответствии с решениями, принятыми на сорок шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/829, пункты 21-24).

⁸ Руководство для законодательных органов, часть первая, пункты 2-18.

⁹ Там же, часть третья, рекомендации 199-201.

членами предпринимательской группы и целесообразность процедурной координации производств¹⁰.

В. Определение сторон, несущих обязанности

19. Определить лиц, ответственных за принятие управленческих решений в рамках группы, может оказаться сложнее, чем в рамках одной компании. На дела отдельного члена 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 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 членов группы входят примерно одни и те же лица; когда большинство членов правления одного члена группы назначаются другим контролирующим членом; когда один из членов группы контролирует управление и принятие финансовых решений на уровне группы; и 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 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 теневой¹¹. 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 настоящей части 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, а также любые другие лица, осуществляющие фактический

¹⁰ Там же, часть третья, рекомендации 202-210.

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

контроль и исполняющие функции директора. В пункте 15 комментария перечислены функции, которые обычно входят в обязанности директора.

С. Коллизия обязанностей

23. 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 группы: это может обуславливаться структурой собственности и контроля внутри группы, союзных связей между членами группы, наличием семейных связей в рамках группы или другими аспектами организации коммерческой деятельности¹². Какими бы ни были причины такой ситуации, при приближении несостоятельности директор, входящий в правление 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 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 группы, в связи с чем директору необходимо учитывать экономические реалии предпринимательской группы в целом. В подобных обстоятельствах шаги, которые могут показаться невыгодными для компании, функционирующей на самостоятельной основе, могут оказаться оправданными в более широком контексте. Например, если коммерческая деятельность дочерней компании в значительной степени зависит от деятельности всей группы, такой компании будет оправдано предоставить краткосрочное финансирование другим членам группы, чтобы не допустить перебоев в 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 точно установить характер коллизии согласно применимому праву и определить способы ее устранения. В некоторых случаях директору достаточно сообщить о возникшей коллизии членам правления заинтересованных компаний, тогда как в других о ней желательно 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

¹² См. Руководство для законодательных органов, часть третья, пункты 6-15.

директором можно считать достаточным подтверждением его добросовестности, а раскрытые обстоятельства позволят оценить, в состоянии ли он и далее сохранять требуемую независимость и беспристрастность.

26. 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. В некоторых случаях проблему можно решить, назначив дополнительного члена совета директоров или заместителя, 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.

27. Помочь директору в исполнении его обязанностей в случае возникновения коллизии может правильная организация работы правления, в процессе которой будет учитываться положение всех членов группы, в связи с которыми возникла коллизия, и будут фиксироваться основания всех принимаемых решений.

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, 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] [Конфликтующие обязанности]

269. (256-бис) 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**Вариант 1*¹³

270. (256-тер) В законодательстве о несостоятельности может быть оговорено, что директор, у которого возникла такая коллизия обязанностей, должен предпринять разумные шаги для урегулирования этой ситуации, в том числе путем получения консультаций для точного установления характера различных обязанностей; информирования кредиторов, других директоров соответствующих членов и других заинтересованных сторон о ситуациях, которые могут привести к коллизии обязанностей; воздержания от участия в любых решениях совета директоров того же члена группы по вопросам, приводящим к таким коллизиям; [обращения о назначении] [назначения] дополнительного директора, когда коллизию обязанностей невозможно устранить; и, в качестве последнего средства, ухода в отставку, если нет альтернативных решений и если уход в отставку не приведет к ухудшению ситуации.

*Вариант 2*¹⁴

270. (256-тер) В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что директор, у которого возникла коллизия обязанностей, должен предпринять разумные шаги для ее устранения. Такие шаги могут включать получение консультаций специалистов для точного установления характера вступивших в коллизию обязанностей и определения способа ее устранения, а также информирование других директоров, кредиторов и других заинтересованных сторон о характере коллизии и ситуациях, в которых она может возникнуть. При определении адекватности мер, принятых для устранения коллизии, директору следует рассмотреть вопрос о том, достаточно ли предпринятых шагов для того, чтобы кредиторы и другие соответствующие заинтересованные стороны членов группы, директором которых он является, оказались не в худшем положении, чем в случае, если бы коллизии не возникло. В качестве последнего средства директор может быть вынужден уйти в отставку с должности в любом члене группы, в отношении которого коллизия не может быть адекватно устранена.

¹³ **Примечание для Рабочей группы. Вариант 1** учитывает поправки, согласованные на сорок шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/829, пункты 27-29). Поскольку назначение дополнительного директора может не входить в полномочия директора, у которого возникла коллизия, на данный случай предложена альтернативная формулировка.

¹⁴ **Примечание для Рабочей группы. Вариант 2** был предложен на сорок шестой сессии Рабочей группы, но не был рассмотрен из-за нехватки времени (A/CN.9/829, пункт 30).

*Вариант 3*¹⁵

270. (256-тер) В законодательстве о несостоятельности может быть оговорено, что директор, у которого возникла такая коллизия обязанностей, должен принять 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;
- в) 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;
- г) [обращение о назначении] [назначение] дополнительного директора, когда коллизию обязанностей невозможно устранить; и
- д) в качестве последнего средства – выход из состава соответствующего совета директоров, если нет альтернативных решений и если уход в отставку не приведет к ухудшению ситуации.

¹⁵ **Примечание для Рабочей группы.** Вариант 3 представляет собой новую редакцию данной рекомендации, предлагаемую Секретариатом. Данный вариант основан на варианте 1, однако содержит более общее описание возможных шагов. Например, в нем не упоминаются конкретные лица, которых директор должен проинформировать о возникшей коллизии, а вместо этого указано, что директор должен сначала определить круг лиц, которых необходимо поставить в известность, и затем сообщить им соответствующую информацию. В комментарии к данной рекомендации можно пояснить, что к сторонам, которым целесообразно сообщить о коллизии, относятся, в частности, другие члены совета директоров затронутых членов группы, а также члены правления остальных членов группы. Пункт (с) отчасти основан на формулировке, которую было решено добавить на сорок шестой сессии с целью предусмотреть возможность воздержания директора от присутствия на совещаниях, на которых планируется обсуждение вопросов, в связи с которыми возникла коллизия. В пункте (д) предложен альтернативный вариант формулировки на случай, если назначение дополнительного директора не входит в полномочия директора, у которого возникла коллизия.