



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
14 February 2013
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Сорок третья сессия
Нью-Йорк, 15-19 апреля 2013 года

Законодательство о несостоятельности

Предпринимательские группы – обязанности руководителей в период, предшествующий несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-7	2
II. Различные национальные подходы к обязанностям руководителей в период, предшествующий несостоятельности, в предпринимательских группах	8-39	4
A. Аргентина.	8-11	4
B. Австралия.	12-14	5
C. Бельгия.	15-16	6
D. Бразилия.	17-18	7
E. Колумбия.	19-21	7
F. Франция.	22-24	8
G. Германия.	25-26	8
H. Италия.	27-31	9
I. Испания.	32-33	10
J. Швейцария.	34-35	10
K. Соединенные Штаты Америки.	36-39	11
III. Вопросы для рассмотрения	40-41	14



I. Введение

1. На своей сорок второй сессии (в ноябре 2012 года) Рабочая группа рассмотрела обязанности руководителей в период, предшествующий несостоятельности (A/CN.9/763, пункты 66-91) на основе информации, содержащейся в документе A/CN.9/WG.V/WP.108, в котором также были изложены материалы по вопросам, касающимся руководителей членов предпринимательской группы в период, предшествующий несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункты 52-60). Рабочая группа достигла согласия о том, что, хотя эта тема затрагивает трудные и сложные вопросы, связанные, в частности, с комплексом законодательства о несостоятельности и корпорациях, следует серьезно изучить вопрос о возможности ее проработки в будущем после завершения работы над рекомендациями 1-10 и комментариями к ним. По просьбе Рабочей группы Секретариат подготовил настоящий документ, посвященный различным национальным подходам и решениям применительно к вопросу об обязанностях руководителей в группе в период, предшествующий несостоятельности¹, чтобы представить дополнительную информацию и способствовать обсуждению этой темы в Рабочей группе (A/CN.9/763, пункт 92).

2. Рабочая группа обратит внимание на то, что при подготовке части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности она признала, что корпорации все чаще осуществляют свою коммерческую деятельность через предпринимательские группы. Предпринимательские группы были охарактеризованы как разнообразные формы экономической организации, основанные на образовании единого юридического лица и состоящие из двух или более юридических лиц, которые связаны между собой отношениями прямого или косвенного контроля или собственности. Было признано, что предпринимательские группы повсеместно присутствуют как на развивающихся, так и на сформировавшихся рынках, причем для всех них характерны ведение деятельности сразу в нескольких, нередко не связанных между собой областях, а часто также принадлежность одной семье при большем или меньшем участии внешних инвесторов. Кроме того, было отмечено, что крупнейшими субъектами экономической деятельности в мире являются не только государства, но и многочисленные многонациональные предпринимательские группы, которые нередко производят значительную часть валового национального продукта в мире, а по годовым темпам роста и годовому обороту опережают многие государства².

¹ При подготовке данного документа Секретариат взял за основу имеющиеся данные исследований по теме обязанностей руководителей в период, предшествующий несостоятельности, и любую дополнительную информацию, касающуюся предпринимательских групп (в частности, публикацию ИНСОЛ "Directors in the Twilight Zone III, 2009" ("Руководители предприятий, находящиеся в "сумеречной зоне"-III", 2009 год), а также материалы, представленные рядом государств-членов Секретариату. В настоящий документ включены материалы только по тем государствам, по которым была получена соответствующая информация из указанных источников.

² Часть третья Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (Режим предпринимательских групп при несостоятельности), раздел IA, пункты 2, 4 и 5, и пункты 1-39 в целом.

3. На своей предыдущей сессии (в ноябре 2012 года) Рабочая группа выявила различные вопросы, которые могут возникать в связи с обязанностями руководителей в рамках группы в период, предшествующий несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункт 52). В частности, на рассмотрение и обсуждение были вынесены два основных вопроса:

i) о подходящем определении руководителя и обстоятельствах, при которых под это определение могут подпадать другие члены группы, особенно в случаях, когда речь идет о взаимоотношениях между материнскими и находящимися в их полной собственности дочерними предприятиями или контролируемые ими дочерними предприятиями (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункты 58-59); и

ii) о целесообразности преобладания принципа единого субъекта и его воздействия на руководителей при наличии определенного дисбаланса между действиями в интересах группы, руководителями которого они являются, и интересами группы в целом (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункты 53-57).

4. Рабочая группа, возможно, пожелает освежить в памяти дискуссию, изложенную в документе A/CN.9/WG.V/WP.113, в отношении лиц, имеющих определенные обязанности в период, предшествующий несостоятельности (пункты 26-29 и рекомендация 4), именуемых в настоящем документе "руководителями".

5. Рабочая группа, возможно, пожелает также вновь обратить внимание на материалы, подготовленные для рассмотрения ею на предыдущей сессии (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункт 53), в которых отмечается, что несмотря на то, что интересы отдельного члена группы имеют особое значение, когда может возникнуть или возникает вопрос о платежеспособности этого члена предпринимательской группы после заключения любой сделки, нацеленной на получение выгоды для всей группы в целом, в зависимости от структуры группы от руководителей может потребоваться действовать на благо всей группы. В таком контексте руководителям пришлось бы уравнивать интересы их собственного члена группы и возможные конкурирующие экономические цели или потребности всей группы в целом. Такой потенциальный конфликт может возникнуть, например, в случаях, когда один из членов группы предоставляет кредит другому члену группы или выступает в качестве гаранта по кредиту, предоставленному другому члену группы внешним кредитором; или когда один из членов группы заключает с другим членом группы соглашение о передаче своих коммерческих операций или активов или об уступке этому другому члену группы коммерческих возможностей, либо о заключении с ним договора на таких условиях, которые нельзя считать выгодными с коммерческой точки зрения; или 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. В связи с этими сделками могут возникнуть проблемы в силу характера взаимоотношений между договаривающимися сторонами или их положения внутри группы и в силу того, что характер сделки, связанный с распределением выгод и убытков, отличается от того, что обычно считается эффективным с коммерческой точки зрения.

6. Рабочая группа, возможно, пожелает также обратить внимание на то, что в представленных на ее предыдущей сессии материалах было указано, что в разных странах эти вопросы урегулируются по-разному, особенно в том, что касается обязанностей руководителей компании в период, предшествующий несостоятельности, и порядка оценки такими руководителями интересов этой компании в группе (A/CN.9/WG.V/WP.108, пункты 54-57).

7. В нижеизложенных аналитических материалах проводится обзор положений законодательства ряда стран, касающихся:

- i) обязанностей руководителей в предпринимательской группе; и
- ii) любого особого учета таких обязанностей в контексте несостоятельности или в период, предшествующий несостоятельности.

II. Различные национальные подходы к обязанностям руководителей в период, предшествующий несостоятельности, в предпринимательских группах

A. Аргентина

8. Согласно закону о компаниях Аргентины на руководителей платежеспособных компаний возложена общая фидуциарная обязанность действовать добросовестно и с должной осмотрительностью добропорядочного предпринимателя³. В этой связи руководители обязаны проявлять лояльность и осмотрительность при управлении компанией. В законе не предусматривается ни какого-либо особого режима для групп компаний, ни определения этого понятия.

9. В соответствии с аргентинским законом о несостоятельности⁴ зона наступления несостоятельности отсчитывается за год до даты объявления о прекращении выплат⁵. Что касается материальной ответственности физических лиц, то в законе о несостоятельности охватываются любые представители, директора, доверенные лица или руководители компании, действия которых могли привести к сложившемуся финансовому положению или несостоятельности должника, которые способствовали их возникновению, допустили или усложнили это положение или несостоятельность⁶. В законе не содержится никаких особых положений, касающихся групп компаний.

10. Вместе с тем группы компаний принимаются во внимание в рамках закона о несостоятельности в контексте сферы охвата производства по делу о несостоятельности. По сути такое производство может охватывать любое лицо, контролирующее несостоятельную компанию, которое ненадлежащим образом поступилось интересами контролируемой компании ради единого управления

³ Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 20 de Marzo de 1984, Boletín Oficial 30 de Marzo de 1984, Article 59.

⁴ Ley 24.522 de Concursos y Quiebras de 20 de Julio de 1995, Boletín Oficial 28.203 de 9 de Agosto de 1995.

⁵ Argentine Bankruptcy Law, Article 174.

⁶ Argentine Bankruptcy Law, Article 173.

группой, отдав приоритет интересам контролирующей компании или всей группы, к которой она относится⁷. Поэтому в законе о несостоятельности предусматривается следующее определение контролирующего лица⁸: i) лицо, которое напрямую или через посредство другой компании располагает каким-либо правом владения в компании, которое дает этому лицу количество голосов, необходимое для принятия решений⁹; или ii) любая группа лиц, которые совместно располагают необходимым правом владения в компании, обеспечивающим их необходимым количеством голосов для принятия решений¹⁰. Обязанности руководителей в ходе производства по делу о несостоятельности не указываются, однако остается применимым общий режим обязанностей, которые должны выполняться в период платежеспособности компании.

11. В законе о несостоятельности Аргентины также предусматривается особый режим несостоятельности группы компаний: производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено двумя или более физическими или юридическими лицами, образующими один постоянный экономический союз¹¹. Поскольку обязанности руководителей не изменяются, возникает вопрос о том, могут ли такие обязанности рассматриваться исходя из интересов всей группы.

В. Австралия

12. В случае, когда в отношении компании открыто производство по делу о ликвидации, в отличие от периода, предшествующего несостоятельности, в Австралии руководители обязаны предотвратить несостоятельное ведение дел компаний, и они будут лично нести материальную ответственность за любое невыполнение этой обязанности при определенных условиях¹². Холдинговая компания может быть также привлечена к ответственности за несостоятельное ведение дел ее дочерней компанией, однако такая ответственность не распространяется на руководителей холдинговой компании¹³.

13. В контексте группы компаний вопрос о том, какие интересы будут учитывать руководители, зависит от платежеспособности компании. Группа компаний определяется нормами общего права как "несколько компаний, которые связаны общими или взаимопереплетающимися акционерными отношениями и объединены единым контролем или способностью осуществлять контроль"¹⁴. В случае, если компания является состоятельной, руководители вправе рассматривать интересы компаний как группы при определении того, будет ли предлагаемое действие отвечать наилучшим

⁷ Argentine Bankruptcy Law, Article 161(2).

⁸ Ibid.

⁹ Argentine Bankruptcy Law, Article 161(2)(a).

¹⁰ Argentine Bankruptcy Law, Article 161(2)(b).

¹¹ Argentine Bankruptcy Law, Article 65.

¹² Corporations Act 2001 (Cth), Section 588G.

¹³ Corporations Act 2001 (Cth), Section 588V.

¹⁴ *Walker v Wimborne & Ors* (1976) 3 ACLR 529 at 532 (Mason J).

интересам компании, которой они руководят¹⁵, при том что интересы группы по-прежнему согласуются с интересами отдельной компании¹⁶. В случае если группа в целом является несостоятельной, то интересы одной компании при заключении любых способных привести к проблемам сделок, будут существенно отличаться от интересов всей группы¹⁷. В случае, если действия руководителей приводят к ущемлению компанией интересов ее кредиторов при наступлении несостоятельности, то, тем самым, они не выполняют свою обязанность действовать в наилучших интересах этой компании¹⁸.

14. В материалах дела Bell доходчиво резюмируется, что ожидается от руководителей в группе, которой грозит наступление несостоятельности: руководителям не следует пренебрегать интересами более широкого круга членов группы, но они обязаны также учитывать интересы каждой отдельной компании, если одна или несколько входящих в группу компаний заключают какую-либо сделку¹⁹. В рамках производства по этому делу было сочтено, что руководители подвергли компании риску возможных потерь и неполучения выгоды, сосредоточив внимание на интересах группы и упустив из виду интересы отдельных компаний²⁰.

С. Бельгия

15. В соответствии с законодательством Бельгии руководители обязаны действовать не в интересах какого-либо конкретного акционера или кредиторов компании, а в корпоративных интересах самой компании. Толкование определения понятия "корпоративные интересы" дается судами в каждом конкретном случае²¹. Даже если интересы бельгийской компании, как правило, совпадают с интересами группы в целом, то в зависимости от обстоятельств руководителям отдельной компании, возможно, необходимо будет предпринимать более независимые от группы действия²².

16. Что касается уравнивания корпоративных интересов отдельной компании и общих интересов группы, то в бельгийском законе содержится ссылка на закрепленные в французском прецедентном праве принципы оценки того, насколько конкретная сделка является надлежащим образом сбалансированной с точки зрения корпоративных интересов (см. раздел, посвященный Франции, пункты 22-24 ниже).

¹⁵ *Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd.* (in liquidation) (No. 3) [2012] WASCA 157 at 952 (Lee AJA); *Neat Domestic Trading Property Ltd. v AWB Ltd.* [2003] HCA 35 [47]; (2003) 216 CLR 277 (McHugh, Hayne, Callinan JJ).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd.*, supra note 15 at 952.

¹⁸ Ibid. and *Walker v Wimborne & Ors*, supra note 14 at 532.

¹⁹ *The Bell Group Ltd. v Westpac Banking Corporation* (No. 9) [2008] WASC 239 at [4621] (Owen J).

²⁰ Ibid. at [9746].

²¹ International Insolvency Institute, Committee on Corporate and Professional Responsibility, Survey on Director and Officer Duties, Responsibilities, and Accountability, Belgium (Nora Wouters), p. 2.

²² Ibid., p. 3.

D. Бразилия

17. В законодательство Бразилии была включена возможность создания группы компаний на договорной основе. Группа компаний образуется на основании договора, который заключается между контролирующей компанией и одной или несколькими контролируруемыми компаниями, в соответствии с которым они берут на себя обязательство объединять ресурсы или усилия ради достижения общих целей или участвовать в общих мероприятиях или совместных проектах²³.

18. Хотя каждая компания сохраняет свою правоспособность и свои собственные активы²⁴, группа компаний может определять порядок управления группой и полномочия, обязанности и материальную ответственность ее руководителей²⁵. Руководители дочерних компаний обязаны действовать в рамках полномочий и обязанностей, определенных уставом или договором, образующим группу, и должны следовать тем директивам группы руководителей, которые не влекут за собой нарушения юридических или договорных обязательств²⁶. Как представляется, руководители обязаны учитывать интересы всей группы при рассмотрении вопроса о заключении конкретной сделки.

E. Колумбия

19. В Колумбии определение группы компаний закреплено в законодательном порядке. Компания, решения которой зависят от решений одной или более компаний, будь то напрямую или косвенно, является дочерней или контролируемой компанией²⁷. В Торговом кодексе также содержится определение предпринимательской группы как группы, характеризуемой единством целей и руководства, иными словами, группы, которая преследует общую цель, определяемую контролирующей компанией в силу осуществляемого ею контроля над группой в целом и руководства ею, даже если каждая компания занимается другой деятельностью или преследует другие цели²⁸.

20. В отношении руководителей в группе компаний никаких особых обязанностей не устанавливается, однако каждый руководитель по-прежнему должен выполнять общую обязанность проявлять добросовестность и лояльность и управлять компанией, руководителем которой он является, как добропорядочный предприниматель²⁹.

21. В случае наступления несостоятельности ответственность по обязательствам дочерней компании будет нести материнская компания в том случае, если к несостоятельности или ликвидации привели сделки,

²³ Lei 6404/76 of 15 December 1976, Article 265.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., Article 272.

²⁶ Ibid., Article 273.

²⁷ Торговый кодекс Колумбии, статья 260.

²⁸ Там же, статья 261.

²⁹ Ley 222 de 1995 (20 December 1995), Article 23.

заключенные в интересах контролирующей компании или любой другой дочерней компании, но не в интересах несостоятельной компании³⁰. При этом предполагается, что несостоятельность этой компании наступает в результате действий по осуществлению такого контроля, если только не предоставляются доказательства иного³¹.

Ф. Франция

22. В прецедентном праве Франции группа компаний определяется как несколько компаний, связанных отношениями зависимости и единого контроля³². Цели этих различных компаний необязательно должны совпадать, пока существует определенная степень подчинения каждого правового субъекта ради достижения единой финансовой цели группы³³.

23. Для того чтобы обязанности руководителей считались выполненными, заключаемая внутри группы сделка i) должна представлять общий финансовый, экономический или общественный интерес, который рассматривается также с точки зрения общей политики, разработанной для группы в целом; и ii) не должна заключаться необдуманно, а также не должна нарушать равновесие между различными обязательствами компаний или же превышать финансовые возможности компании, которая осуществляет платежи по этой сделке³⁴.

24. Основным критерием оценки действительности сделки является соблюдение интересов отдельных компаний. Вместе с тем, как представляется, групповой контекст является одним из факторов, который может повлиять на окончательный результат с точки зрения выполнения руководителем обязанностей по отношению к компании.

Г. Германия

25. В законодательстве Германии понятие "групповая ответственность" было закреплено в целях установления в отношении руководителя, являющегося одновременно акционером, владеющим контрольным пакетом акций, обязанности компенсировать любые потери, ставшие следствием злоупотребления им своими управленческими полномочиями³⁵. Федеральный суд Германии постановил, что такой режим также применяется в случаях, когда акционером является физическое лицо³⁶: руководитель, являвшийся также единственным акционером, преследовал при ведении дел лишь свои собственные интересы, и по аналогии с концепцией материальной

³⁰ Ley 1116 de 2006 (27 December 2006), Article 61.

³¹ Ibid.

³² Cour de cassation [French Supreme Court] Chambre Criminelle, 4 February 1985, No. 84-91581.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, supra note 1, p. 321.

³⁶ Ibid.

ответственности в рамках корпоративной группы рассматривался как "доминирующая компания".

26. Доктрина нарушения корпоративной конфиденциальности была определена как материальная ответственность руководителя компании, вытекающая из деликта, когда руководство вынудило дочернюю компанию оказывать финансовую помощь, вследствие чего эта дочерняя компания могла обанкротиться³⁷. Поэтому руководитель обязан в период, предшествующий несостоятельности, защищать платежеспособность компании независимо от существования группы³⁸.

Н. Италия

27. Хотя в законодательстве Италии не содержится особых положений, касающихся обязанностей руководителей в предпринимательских группах в период, предшествующий несостоятельности, в Гражданском кодексе предусмотрены положения, касающиеся ответственности материнских компаний и их руководителей за ущерб, причиненный акционерам или кредиторам дочерних компаний³⁹. Юридические лица, осуществляющие полномочия по "руководству и координации" в отношении той или иной итальянской компании, могут быть привлечены к ответственности перед миноритарными акционерами и кредиторами дочерней компании за злоупотребление этими полномочиями, если контролирующая компания действует в своих собственных интересах или в интересах третьих сторон⁴⁰.

28. Хотя понятие "руководство и координация" пока не получило судебного толкования, комментаторы придерживаются мнения о том, что речь будет идти о полномочиях по "руководству и координации", когда значительная часть управленческих решений в дочерней компании на постоянной основе и по существу принимается контролирующей компанией, даже если это решение официально выполняется руководителями дочерней компании. Эти законодательные положения также применяются к случаям, когда такие полномочия используются согласно какой-либо специальной договоренности или корпоративному уставу.

29. Такой режим ответственности также распространяется на любые лица, участвующие в ненадлежащем управлении или же получающие от этого выгоду (например, руководителей контролирующей компании или другой дочерней компании), и они могут привлекаться к ответственности как на совместной, так и на индивидуальной основе⁴¹. Однако привлечения к

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., p. 322.

³⁹ INSOL, Directors in the Twilight Zone III, supra note 1, pp. 446-448.

⁴⁰ Гражданский кодекс Италии, статья 2497. Согласно статье 2359 Гражданского кодекса Италии контроль определяется как положение, при котором компания может: i) оказывать определенное влияние на общее собрание акционеров другой компании, будь то путем лишения большинства прав на голосование или иным образом, или ii) оказывать определенное влияние на контролируемую компанию в силу договорных отношений, существующих между этими компаниями.

⁴¹ Там же.

ответственности можно избежать в случае полного возмещения такого ущерба, даже путем заключения непосредственно в этих целях последующих сделок, или же в случае компенсации ущерба как общего результата действий по руководству и координации в отношении дочернего предприятия⁴².

30. Кроме того, потерпевшие стороны (кредиторы и миноритарные акционеры) могут возбудить производство в отношении контролирующей компании и ее руководителей лишь в том случае, когда им не удастся добиться возмещения ущерба со стороны дочерней компании⁴³. Поэтому на практике такое производство может быть открыто только в случае наступления несостоятельности дочерней компании.

31. Наконец, в контексте группы руководители материнской компании могут быть привлечены к ответственности совместно с руководителями дочерней компании за ущерб, причиненный несостоятельной дочерней компании в результате злоупотребления управленческими полномочиями в группе⁴⁴.

I. Испания

32. В законодательстве Испании группа компаний определяется как положение, когда компания осуществляет или может осуществлять, напрямую или косвенно, контроль над другой компанией в отношении прав голоса или назначения руководителей контролируемой компании, будь то в силу наличия у нее такого количества акций, которое наделяет контролирующую компанию правом голоса, или какого-либо соглашения⁴⁵.

33. Согласно законодательству Испании руководителям вменяется в обязанность проявление лояльности, что должно осуществляться с учетом корпоративных интересов компании⁴⁶. Согласно академической доктрине в испанском законодательстве признается существование и законность существования групп компаний, однако по-прежнему сложно рассматривать вопрос о том, могут ли интересы отдельной компании оцениваться в масштабах интересов группы в целом⁴⁷.

J. Швейцария

34. В швейцарском законодательстве, регулирующем деятельность акционерных компаний или вопросы несостоятельности, отсутствуют положения, касающиеся режима группы компаний, за исключением ряда конкретных положений о бухгалтерском учете и банковского права. Основной вопрос в отношении обязанностей руководителя компании, входящей в группу,

⁴² INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, supra note 1, p. 448.

⁴³ Гражданский кодекс Италии, статья 2497.

⁴⁴ INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, supra note 1, p. 448.

⁴⁵ Торговый кодекс Испании, статья 42.

⁴⁶ Ley de Sociedades de Capital [Spanish Companies Act] (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), Article 226.

⁴⁷ José Miguel Embrid Irujo, "Apuntes sobre los Deberes de Fidelidad y Lealtad de los Administradores de las Sociedades Anónimas" (2006) 46 Cuadernos de Derecho y Comercio 9.

заключается в том, может ли подчинение интересов контролируемой компании интересам группы в целом рассматриваться как нарушение обязанностей руководителя. Такой анализ не зависит от наступления несостоятельности.

35. Как правило, Федеральный верховный суд Швейцарии придерживается консервативного мнения, согласно которому интересы компании должны рассматриваться с точки зрения каждой отдельной компании, а не группы в целом⁴⁸. Суд недавно подтвердил такой подход⁴⁹: была признана материальная ответственность одного из членов совета директоров материнской компании, являвшегося одновременно председателем совета директоров дочерней компании, поскольку обанкротившаяся впоследствии материнская компания предоставила кредит своей дочерней компании, которая на тот момент была уже несостоятельной. Было вынесено постановление, согласно которому такая передача активов материнской компании дочерней компании должна рассматриваться как нарушение обязанностей по отношению к материнской компании, если нет надежд на возвращение этих средств. Также, поскольку это лицо являлось руководителем обеих компаний, в отношении этого члена совета была проведена более тщательная проверка с точки зрения его ответственности за сделки внутри группы, поскольку, как представляется, он был лучше информирован о финансовом положении обеих компаний и связанных со сделкой рисков, чем любая другая внешняя сторона.

К. Соединенные Штаты Америки

36. В Соединенных Штатах⁵⁰ было признано, что при наступлении несостоятельности компании основные стороны, в отношении которых руководители выполняют обязанности, в некоторой степени меняются. Если компания является платежеспособной, то руководители, как правило, выполняют фидуциарные обязанности по отношению к компании и ее акционерам⁵¹, а не напрямую по отношению к кредиторам⁵². Однако при наступлении несостоятельности, как было признано, круг сторон, в отношении которых руководители выполняют фидуциарные обязанности, по крайней мере, частично меняется и включает кредиторов компании⁵³. Хотя было отмечено, что вопрос о том, в отношении кого руководители должны выполнять свои фидуциарные обязанности в случае несостоятельности, широко обсуждается и

⁴⁸ Bundesgericht [Swiss Federal Supreme Court] BGE 138 II 57, 61; BGE 130 III 213, 216 et seq.

⁴⁹ Bundesgericht [Swiss Federal Supreme Court] 4A_74/2012 (18 June 2012).

⁵⁰ Так же, как и в разделе, посвященном Соединенным Штатам Америки, в публикации ИНСОЛ "Directors in the Twilight Zone III" ("Руководители предприятий, находящихся в "сумеречной зоне"-III") (сноска 1 на стр. 697) основное внимание в данном разделе будет уделено законодательству штата Делавер как юрисдикции, в которой часто регистрируют корпорации, а также федеральному законодательству (в отношении вопросов, регулируемых не в судах штатов, а в Суде по делам о банкротстве США).

⁵¹ См., например, *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, 930 A.2d 92, 99 (Del. 2007).

⁵² J. Haskell Murray, "Latchkey corporations": Fiduciary duties in wholly owned, financially troubled subsidiaries" (2011) 36 Delaware Journal of Corporate Law, p. 584; *Geyer v Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784, 787 (Del.Ch. 1992); and *In re Netzel*, 442 B.R. 896, 899 (Bankr. N.D. Ill. 2011).

⁵³ *Geyer v Ingersoll*, *ibid* at 787 and *In re Netzel*, *ibid* at 899.

лишен ясности⁵⁴, в значительной мере поддерживается мнение о том, что судам следует предоставлять кредиторам некоторые дополнительные права в случае наступления несостоятельности компании или в период, предшествующий ее несостоятельности⁵⁵.

37. Вместе с тем вопрос об объеме этих прав и моменте их возникновения пока не урегулирован⁵⁶. Хотя на протяжении некоторого времени в законодательстве были предусмотрены четкие положения о том, что руководители обязаны выполнять определенные фидуциарные обязанности в отношении кредиторов в случае, если компания становится несостоятельной⁵⁷, в связи с принятым в 1991 году решением возникла неопределенность в отношении объема и момента возникновения этих прав, поскольку в нем указывалось, что "по крайней мере в преддверии несостоятельности корпорации совет директоров является не только лишь агентом лиц, принимающих на себя остаточный риск, но и должен выполнять свои обязанности перед корпоративным предприятием"⁵⁸. В более позднем решении было пояснено, что кредиторы корпорации не могут напрямую подавать фидуциарные иски в отношении компании, независимо от ее состоятельности, однако в случае наступления несостоятельности кредиторы компании могут подавать производные иски от имени компании к руководителям в связи с нарушением ими своих фидуциарных обязанностей⁵⁹. К сожалению, в этом решении не затрагивался вопрос о том, имеет ли кредитор аналогичное право подавать производный иск за невыполнение фидуциарных обязанностей в период, предшествующий несостоятельности, и на сегодняшний день пока не существует прецедента рассмотрения какого-либо дела, в рамках которого были бы сформулированы руководящие указания относительно периода, когда компания оказывается "в преддверии несостоятельности". Кроме того, в некоторых штатах кредиторам по-прежнему предоставляется право подавать в суд за невыполнение фидуциарных обязанностей, когда дочерняя компания находится "в зоне наступления" или "в преддверии" несостоятельности⁶⁰, и при этом такое право не ограничивается лишь подачей производных исков от имени дочерней компании.

38. В контексте предпринимательской группы было сочтено, что руководители состоятельных, находящихся в полной собственности дочерних компаний⁶¹ обязаны управлять делами дочерней компании только в наилучших

⁵⁴ Murray, "Latchkey corporations", supra note 52 at 587.

⁵⁵ Ibid. at 588 и *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, supra note 51 at 101.

⁵⁶ См., в общем и целом, публикацию ИНСОЛ "Directors in the Twilight Zone III" ("Руководители предприятий, находящихся в "сумеречной зоне"-III"), сноска 1 на стр. 704-706.

⁵⁷ *Geyer v Ingersoll Publications Co.*, supra note 52 at 787.

⁵⁸ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v Pathé Communications Corp.* 1991 WL 277613 (Del. Ch. Dec. 30, 1991).

⁵⁹ *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, supra note 51 at 101 and *In re Netzel*, supra note 52 at 901.

⁶⁰ Murray, "Latchkey corporations", supra note 52 at 588-591 and 608; *Carrieri v Jobs.com Inc.*, 393 F.3d 508, 534 n.24; *In re James River Coal Co.*, 360 B.R. 139, 170 (Bankr. E.D. Va. 2007).

⁶¹ Безотносительно к находящейся в полной собственности дочерней компании было отмечено, что коллизия обязанностей, которые должны выполняться по отношению к

интересах материнской компании и ее акционеров⁶². Согласно другим прецедентным решениям, в том числе более поздним, применимость этого прецедента была ограничена, и было принято решение о том, что руководители состоятельной, находящейся в полной собственности дочерней компании обязаны выполнять фидуциарные обязанности в отношении как дочерней компании, так и ее единственного акционера, которым является материнская компания⁶³.

39. Вместе с тем в настоящее время положения законодательства в отношении обязанностей руководителей в рамках предпринимательских групп в период, предшествующий несостоятельности, являются весьма неопределенными. Как отмечалось в пункте 37 выше, кредиторы могут подать производный иск от имени несостоятельной компании за ущерб, причиненный ей ее руководителями или ее акционером, владеющим контрольным пакетом акций⁶⁴. Кроме того, как отмечалось в сноске 61 выше, кредиторы дочерней компании могут подать производные иски в отношении руководителей дочерних компаний в связи с невыполнением обязанности проявлять лояльность или в связи с тем, что они оказались "заинтересованными руководителями"⁶⁵. В период, предшествующий несостоятельности, руководители находящихся в полной собственности дочерних компаний, выполняющие пожелания материнской компании и одобряющие сделки, ведущие к несостоятельности дочерней компании, могут быть привлечены к ответственности за нарушение обязанности проявлять лояльность или в связи с исками к ним как к "заинтересованным руководителям". Таким образом, действующие положения законодательства могут поощрять руководителей, находящихся в полной собственности дочерних компаний в период, предшествующий несостоятельности, уделять основное внимание интересам кредиторов дочерней компании, а не управлению дочерней компанией в

контролируемой компании и к материнской компании, на практике не имеет значения, поскольку управленческие решения, как правило, защищены правилом вынесения надлежащих деловых решений и законодательными положениями об ограничении ответственности. См. Murray, "Latchkey corporations", supra note 52 at p. 580 and *Orman v Cullman*, 794 A.2d 5, 22 (Del. Ch. 2002) (при этом необходимо отметить, что презумпция, касающаяся правила вынесения надлежащих деловых решений, во многом обеспечивает защиту решений руководителей, однако может быть опровергнута в определенных случаях, например, если руководители были "заинтересованы" в результатах рассматриваемой сделки) и Del. Code Ann tit. 8 § 102(b)(7) (положения которого позволяют корпорациям избежать ответственности за ущерб, причиненный вследствие невыполнения обязанности соблюдать осторожность в действиях, за исключением невыполнения "обязанности руководителя проявлять лояльность по отношению к корпорации или ее акционерам").

⁶² *Anadarko Petroleum Corp. v Panhalde Eastern Corp.* 545 A.2d 1171 (Supreme Court of Delaware, 1988) and *Trenwick Am. Litigation Trust v Ernst & Young, L.L.P.*, 906 A.2d 168, 196 n.75 (Del. Ch. 2006).

⁶³ *First American Corporation v Al-Nahyan*, 17 F Supp. 2d 26 (DC, 1998) and *In re Touch American Holdings, Inc.*, 401 BR 107, 129 (US Bankruptcy Court for the District of Delaware, 2009). Однако на практике, когда находящаяся в полной собственности дочерняя компания является состоятельной, только лишь материнская компания обладает правоспособностью обращаться с обычным требованием в связи с невыполнением фидуциарных обязанностей: Murray, "Latchkey corporations", supra note 52 at 597.

⁶⁴ Murray, "Latchkey corporations", supra note 52 at 603.

⁶⁵ Ibid. at 605.

наилучших интересах материнской компании и дочерней компании, хотя в отношении кредиторов дочерней компании не устанавливается никакая конкретная фидуциарная обязанность, поскольку дочерняя компания еще не обанкротилась. Поэтому в период, предшествующий несостоятельности, руководители находящихся в полной собственности дочерних компаний, как представляется, обязаны действовать в наилучших интересах этой дочерней компании, которые также могут отвечать интересам единственного акционера, который является материнской компанией, а также интересам кредиторов дочерней компании⁶⁶.

III. Вопросы для рассмотрения

40. На основе вышеизложенного анализа можно прийти к заключению о том, что вопрос об обязанностях руководителей в зоне наступления несостоятельности в контексте предпринимательских групп, как представляется, четко не регулируется и широко не рассматривается в национальном законодательстве. Понятие предпринимательских групп рассматривается и разрабатывается во многих странах, однако вопросы, касающиеся обязанностей руководителей в таких ситуациях, остаются в некоторой степени неопределенными.

41. С учетом возрастающего значения предпринимательских групп в современной мировой торговле Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность подготовки ею некоторых руководящих указаний в этой области, включив вопрос об обязанностях руководителей членов предпринимательской группы в период, предшествующий несостоятельности, в свою нынешнюю программу работы. Если будет принято такое решение, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как включить эту тему наилучшим образом. В ходе своих обсуждений Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о полезности напоминания о подходе, принятом в отношении положений о расторжении сделок среди членов предпринимательской группы, предусмотренный в рекомендации 217 части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (Режим предпринимательских групп при несостоятельности).

⁶⁶ Ibid at 607-608.