Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.V/WP.96

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
27 August 2010
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Тридцать девятая сессия
Вена, 6-10 декабря 2010 года

Законодательство о несостоятельности

Обязанности и ответственность руководителей при наступлении несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

		Пункты	Стр.
	Введение	1-7	2
I.	Особенности будущей работы	8-17	3
	A. История вопроса	8-15	3
	B. Вопросы, подлежащие рассмотрению	16-17	6
II.	Период, предшествующий возникновению финансовых проблем, связанных с несостоятельностью	18-33	7
	A. Обязанности по управлению и надзором за компанией	18-23	7
	B. Характер обязанностей	24-32	9
	C. Лица, перед которыми должны исполняться обязанности	33	11
III.	Наступление финансовых проблем или несостоятельности	34-73	12
	A. Обязанности, возникающие в связи с открытием производства по делу о несостоятельности	35-36	12
	B. Обязанности, возникающие в связи с несостоятельностью и в период, предшествующий несостоятельности	37-73	13
IV.	Охват и содержание возможных руководящих принципов	74	24

V.10-56008 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

Введение

1. На сорок третьей сессии в 2010 году Комиссии был представлен целый ряд предложений в отношении будущей работы в области законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.93 и Add.1-6 и A/CN.9/582/Add.6). Эти предложения были рассмотрены на тридцать восьмой сессии Рабочей группы V (см. A/CN.9/691, пункты 99-107), которая рекомендовала Комиссии возможные темы работы (A/CN.9/691, пункт 104). После завершения этой сессии Рабочей группы V был представлен еще один документ (A/CN.9/709), который дополняет предложение Швейцарии, изложенное в документе A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. После обсуждения Комиссия одобрила изложенную в пункте 104 документа A/CN.9/691 рекомендацию Рабочей группы V о том, чтобы начать работу по двум темам несостоятельности, которые в равной степени актуальны и позволяют повысить степень согласования национальных подходов, что будет способствовать обеспечению определенности и предсказуемости.

3. Предметом настоящей записки является вторая тема, предложенная Соединенным Королевством (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), Международной ассоциацией ИНСОЛ (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) и Международным институтом по вопросам несостоятельности (A/CN.9/582/Add.6). Эта тема касается обязанностей и ответственности руководителей и должностных лиц предприятий при наступлении несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности[1]. С учетом опасений, высказанных в ходе обстоятельных обсуждений, Комиссия согласилась с тем, что основным содержанием работы по этой теме должны быть только те обязанности и ответственность, которые возникают в контексте несостоятельности, и что эта работа не направлена на решение вопросов, относящихся к сфере действия уголовной ответственности, или вопросов, относящихся к основным разделам законодательства о компаниях.

4. Большинство государств осознают и признают преимущества существования эффективных законов о несостоятельности, о чем свидетельствуют Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (Руководство для законодательных органов) и предпринимаемые в последнее время усилия многих стран по обновлению своего действующего законодательства о несостоятельности с учетом современного положения в сфере финансов и предпринимательства. Эффективное законодательство не только позволяет обеспечить предсказуемость юридического процесса по решению финансовых проблем фирм, находящихся на грани банкротства, и необходимую правовую базу для эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации неблагополучных фирм, но и предоставляет возможность исследовать обстоятельства, приводящие к несостоятельности, и, в частности, поведение руководителей и должностных лиц компании, что иногда позволяет установить факты ненадлежащего поведения лиц, ответственных за наступление банкротства, включая недобросовестное распоряжение активами или

[1] Первая тема, касающаяся центра основных интересов и связанных с ним вопросов, рассматривается в документах A/CN.9/WG.V/WP.95 и Add.1.

имуществом, которые в перспективе могут быть возвращены. Сохранение неэффективных, устаревших и непоследовательных руководящих принципов, касающихся обязанностей руководителей и должностных лиц в условиях приближения их компаний к банкротству, может свести на нет положительный эффект, который должно дать Руководство для законодательных органов.

5. Значение своевременного открытия производства переоценить невозможно. Финансовый упадок обычно наступает быстрее, чем многие думают, и по мере ухудшения финансового положения предприятия стремительно сокращаются также возможности его эффективной реструктуризации. Хотя во многих странах приняты меры по соответствующей переориентации законодательства о несостоятельности на расширение возможностей реструктуризации и спасения предприятий, не предусмотрены никакие меры стимулирования руководителей и должностных лиц к тому, чтобы использовать эти различные возможности. Очень часто производство приходится открывать кредиторам, поскольку руководители не принимают своевременных мер. Несмотря на то, что многие нормативные акты предусматривают обязанность руководителей возбуждать производство по делу о несостоятельности в течение определенного срока с момента наступления несостоятельности, исполнение этих обязательств часто не обеспечивается. Во многом это обусловлено необходимостью доказательства того, что действия руководителей носили мошеннический характер.

6. В этой связи в некоторых правовых системах вместо критерия "мошеннического ведения дел" используется критерий "неправомерного ведения дел", согласно которому руководители могут нести ответственность, если они продолжают вести дела, хотя знают или должны знать, что компания не может избежать ликвидационного производства вследствие несостоятельности.

7. Эффективные положения о функциях и обязанностях руководителей должностных лиц не только побуждают к своевременному открытию производства по делу о несостоятельности, но также способствуют налаживанию надлежащего корпоративного управления. Наличие четкого представления об ответственности делает также более предсказуемым правовое положение таких руководителей и ограничивает число рисков, в связи с которыми специалисты-практики по вопросу о несостоятельности могут возбудить в отношении этих руководителей судебное разбирательство. Предсказуемость правового положения прямо зависит от того, насколько четко определен круг обязанностей. Кроме того, это может побуждать к участию в управлении более опытных управляющих, которые, возможно, не желают делать это из-за рисков, связанных с банкротством.

I. Особенности будущей работы

A. История вопроса

8. Обязанности и ответственность руководителей и должностных лиц в разных государствах прописаны в разных разделах законодательства, включая законодательство о компаниях, гражданское законодательство и

законодательство о несостоятельности. В некоторых государствах они могут включаться в несколько разделов законодательства. Например, в одних правовых системах обязанности руководителей при наступлении несостоятельности или в преддверии несостоятельности рассматриваются как вопрос, относящийся только либо к законодательству о несостоятельности, либо к законодательству о компаниях, тогда как в других правовых системах соответствующие положения включены и в то и другое законодательство. Эти разделы законодательства, как правило, подкрепляются дополнительными элементами деликтного или уголовного права (которые не рассматриваются в настоящем документе). В системах общего права они могут применяться в силу обычного права, а также согласно соответствующему законодательству.

9. Применение законов, регулирующих обязанности и ответственность руководителей и должностных лиц, тесно взаимосвязано с другими правовыми нормами и законоположениями по вопросам корпоративного управления. В некоторых правовых системах такие нормы и законоположения составляют важнейшую часть других политических структур, таких как защита вкладчиков финансовых учреждений, сбор поступлений, преференциальный режим определенных категорий кредиторов по сравнению с другими (например, служащими), а также соответствующих правовых, коммерческих и культурных структур в локальном контексте.

10. Компании, которым грозит несостоятельность, нуждаются в надежном управлении, поскольку часто приходится выносить трудные решения и суждения. Руководители, опасающиеся возможных финансовых последствий принятия таких коммерческих решений, могут преждевременно закрывать компанию вместо поисков решения для выхода из затруднительного положения. Соответственно, эффективное регулирование в этой области предполагает установление должного баланса между этими зачастую конкурирующими целями и интересами разных сторон, а именно сохранение свободы руководителей и должностных лиц надлежащим образом исполнять свои обязанности и принятые ими решения, при одновременном поощрении ответственного поведения, отказа от неоправданного риска и предпринимательской деятельности, а также проведения на раннем этапе рефинансирования или реструктуризации компаний, которым грозит несостоятельность.

11. Хотя Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) проделала большую работу по разработке общеприемлемых принципов корпоративного управления, которые включают обязанности руководителей компаний[2], не связанные с несостоятельностью (см. ниже пункт 29), в международном плане в контексте несостоятельности результаты работы по согласованию различных подходов внутреннего законодательства не столь значительны.

12. Опыт Европейского союза свидетельствует о наличии ряда проблем. В 2002 году Группа экспертов высокого уровня по законодательству о компаниях (Группа экспертов), созданная Европейской комиссией, рекомендовала применять в рамках Европейского союза (ЕС) норму о неправомерном ведении

[2] Принципы корпоративного управления ОЭСР, 2004 год, раздел VI (Принципы ОЭСР).

дел. Согласно этой норме руководители компании (включая "теневых руководителей") несут ответственность за разрешение компании продолжать свою деятельность, когда имеются все основания предположить, что она не сможет погасить свою задолженность[3]. Группа экспертов отметила, что внутренние нормы существенно отличаются друг от друга. В некоторых государствах конкретные положения отсутствуют, однако аналогичный результат был достигнут за счет применения общих норм об ответственности руководителей, в некоторых случаях в соответствии с деликтным правом. В тех случаях, когда предусмотрена общая обязанность ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности при наличии фактической несостоятельности, эта обязанность, как правило, ни к чему не приводит из-за слишком позднего ее исполнения. Группа экспертов высказала мнение, что рекомендованная норма не должна затрагивать решения руководителей по текущему ведению дел до тех пор, пока еще нельзя предсказать грядущее наступление несостоятельности. Введение такой нормы повысит как доверие кредиторов, так и их желание вести дела с компаниями, а также обеспечит достаточный уровень защиты кредиторов компаний во всем ЕС. Она позволит также избежать необходимости согласования всего свода норм об ответственности руководителей во всех государствах-членах, что может оказаться весьма трудным делом. Один из основных вопросов заключался в том, является ли такая норма частью законодательства о компаниях или законодательства о несостоятельности. По мнению Группы экспертов, вопрос о том, должны ли руководители нести ответственность, имеет наибольшее значение до наступления несостоятельности и, следовательно, является ключевым элементом системы корпоративного управления, а не режима несостоятельности. В итоге Европейская комиссия поддержала предложение о принятии нормы о неправомерном ведении дел и принципа дисквалификации руководителей[4].

13. Вместе с тем в 2006 году большинство участников публичных консультаций о будущих приоритетах плана действий по совершенствованию законодательства о компаниях и корпоративного управления на 2006 год (который включал разработку положений об обязанностях руководителей) выступили против разработки таких согласованных положений, сославшись на существование подробных национальных положений[5]. Было высказано мнение, что принятие общих норм ЕС приведет к юридической неопределенности в результате их параллельного применения вместе с внутренними положениями и что преимущества согласования будут сведены на нет связанными с этим расходами и проблемами. Кроме того, в силу того, что этот вопрос тесно взаимосвязан с частным правом, особенно с

---

[3] Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels 4 November 2002. The Group was established by the European Commission in 2001 (the Expert Group report), chapter 3, section 4, pp. 68-69.

[4] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Brussels, 21 May 2003 COM (2003) 284 final, section 3.1.3.

[5] Общий директорат по внутренним рынкам и услугам, консультации и слушания по будущим приоритетам плана действий по совершенствованию законодательства о компаниях и корпоративного управления в Европейском союзе, 2006 год (доклад ЕС за 2006 год).

законодательством о несостоятельности и уголовно-процессуальным законодательством, некоторые участники утверждали, что его нельзя решить на уровне ЕС только в контексте законодательства о компаниях.

14. Невзирая на выявленные в ходе публичных консультаций проблемы, высказанные предложения, ответом на которые и стала настоящая записка, заключается в наличии возможности сформулировать на основе действующих режимов несостоятельности основные принципы, которые должны найти отражение в обязанностях руководителей и должностных лиц в случае несостоятельности. Эти принципы могли бы содержать конкретные элементы, оказывающие наилучшее воздействие на цели публичной и международной политики, на достижение которых направлены эти режимы, и служить руководством для государств для определения обстоятельств, которые могут быть основанием для возникновения личной ответственности руководителей. В то же время они должны учитывать опасности и угрозы для предпринимательства, которые могут возникнуть в результате принятия излишне жестких правил.

15. При обсуждении рассматриваемых ниже вопросов Рабочая группа могла бы рассмотреть предложенную в преамбуле Принципов ОЭСР альтернативу согласованию внутренних законов:

> "Единой модели надлежащего корпоративного управления не существует. В то же время в результате работы, проведенной [...], были определены некоторые общие элементы, которые лежат в основе надлежащего корпоративного управления. Настоящие Принципы разработаны на основе этих общих элементов и сформулированы так, чтобы охватить все существующие модели.
>
> Данные Принципы не носят обязательного юридического характера и не преследуют цели предусмотреть детальные положения, которые должны быть отражены в законодательстве отдельных стран. Скорее их задача – определить цели и предложить различные средства их достижения. Настоящие Принципы призваны служить отправной точкой. Ими могут руководствоваться лица, определяющие политику при анализе и разработке правовых и нормативных основ корпоративного управления, отражающих конкретные экономические, социальные, правовые и культурные условия, а также участники рынка в качестве основы для разработки собственной политики"[6].

B. Вопросы, подлежащие рассмотрению

16. В настоящей записке приводится ряд взаимосвязанных вопросов, которые можно рассмотреть при разработке руководящих положений или принципов, касающихся обязанностей и ответственности руководителей в контексте несостоятельности, в том числе:

a) определение того, кто может считаться руководителем или должностным лицом компании для целей принятия решений в отношении того,

---

[6] Принципы ОЭСР, стр. 14.

кто должен исполнять различные обязанности, включая официально назначенных руководителей и других лиц;

b) характер обязанностей руководителей и лица, перед которыми они должны исполняться в случаях, не связанных с несостоятельностью;

c) изменяется ли характер обязанностей и состав лиц, перед которыми они должны исполняться в преддверии наступления несостоятельности, и момент наступления этих изменений;

d) неисполнение обязанностей и характер ответственности за неисполнение с учетом того, что основным содержанием настоящей записки является гражданская, а не уголовная ответственность;

e) наличие защитных положений в связи с неисполнением обязанностей;

f) обеспечение исполнения неисполненных обязанностей, в том числе определение стороны, которая может привлекать к судебной ответственности за неисполнение, и возможные последствия неисполнения, включая выплату штрафов, возмещение ущерба и дисквалификацию руководителей.

17. В разных государствах применяются разные подходы к решению этих вопросов. Рассматриваемые ниже аспекты позволяют получить широкое представление о некоторых из этих разных подходов для облегчения обсуждения Рабочей группой, однако эти аспекты, разумеется, носят выборочный характер.

II. Период, предшествующий возникновению финансовых проблем, связанных с несостоятельностью

A. Обязанности по управлению и надзором за компанией

1. Определение лиц, которые должны исполнять обязанности: лица, которые могут считаться "руководителем"

18. В большинстве государств ряд разных лиц, связанных с компанией, исполняют обязанности по управлению и надзором за деятельностью компании. Они могут быть владельцами компании, официально назначенными руководителями, должностными лицами или управляющими (которые могут работать в качестве исполнительных директоров) и не назначенные лица и субъекты, включая третьи стороны, действующие в качестве фактических или "теневых" руководителей.

19. Фактическим руководителем обычно считается лицо, действующее в качестве руководителя, но официально не назначенное таковым. Им может быть любое лицо, которое на определенном этапе принимает участие в образовании и развитии компании или в управлении ею. В небольших семейных компаниях фактическим руководителем могут быть члены семьи, бывшие руководители, консультанты и даже старшие служащие. Для того чтобы считаться фактическим руководителем, как правило, требуется нечто большее, чем простое участие в управлении компанией, а именно сочетание

таких действий, как подписание чеков и корреспонденции компании в качестве "руководителя", согласие с восприятием клиентами, кредиторами, поставщиками и служащими того или иного лица в качестве руководителя или "лица, принимающего решение", и принятие с банкирами и бухгалтерами компании финансовых решений о будущем компании.

20. Теневым руководителем может быть лицо, которое хотя и официально не назначено руководителем, но издает инструкции, в соответствии с которыми обычно действуют руководители компании. В этом качестве обычно не выступают профессиональные консультанты. Для того чтобы считаться теневым руководителем, может потребоваться способность оказывать влияние на всех или большинство членов совета и принимать финансовые и коммерческие решения, обязательные для компании, а в некоторых случаях и передача компанией теневому руководителю некоторых или всех полномочий по ее управлению. В контексте предпринимательской группы один член группы может быть теневым руководителем другого члена группы.

21. Для удобства различные категории руководителей именуются в настоящей записке "руководителями".

22. ОЭСР отмечает, что, невзирая на разнообразие структур, используемых для советов директоров компаний[7], Принципы ОЭСР предназначены для применения к любому органу, на который возложены функции управления предприятием и контроля за его руководством, при этом члены Совета исполняют конкретные обязанности.

2. Функции руководителей

23. В Принципах ОЭСР указаны функции, как правило, осуществляемые советами директоров. К числу этих функций относятся: оценка и выработка корпоративной стратегии, политики в отношении рисков, годовых бюджетов и бизнес-планов; определение плановых показателей, контроль за исполнением и деятельностью компании, надзор за осуществлением крупных капиталовложений; контроль за действенностью практики корпоративного управления; отбор, назначение и вознаграждение основных руководителей; обеспечение наличия достаточных финансовых ресурсов; устранение потенциальных конфликтов интересов; обеспечение объективности систем учета и финансовой отчетности; отчетность перед заинтересованными сторонами за результаты деятельности организации; и надзор за процессом раскрытия информации и обмена сведениями[8].

---

[7] В некоторых странах существуют двухуровневые советы с разделением надзорных и управленческих функций, при котором наблюдательный совет состоит из членов, не занимающих руководящие должности (обычно ни управляющих, ни владельцев предприятия), а правление – из членов, занимающих руководящие должности (должностных лиц или управляющих предприятия). В других странах существуют унитарные советы, и в их состав входят члены как занимающие, так и не занимающие руководящие должности. В ряде стран может также существовать дополнительный уставной орган для проведения аудита: Аннотации к Принципам корпоративного управления ОЭСР, раздел VI "Обязанности совета директоров", стр. 67.

[8] Там же, VI.

B. Характер обязанностей

24. Во внутреннем законодательстве или политических принципах многих государств содержится определенное указание на стандарты или обязанности руководителей по исполнению ими своих функций. Законодательство в целом предусматривает обязанности руководителей при исполнении ими этих функций на основании принципа, согласно которому они управляют компанией и контролируют ее деятельность, но делают это (теоретически) в интересах акционеров. Роль и обязанности руководителей могут отличаться в зависимости от характера и вида коммерческого предприятия, например от того, является ли оно публичной компанией в отличие от компании с ограниченной ответственностью, компании с ограниченным числом акционеров или частной компании либо семейного предприятия, а также в зависимости от юрисдикции, в которой данное предприятие функционирует. Обязанности руководителей публичных компаний, как правило, являются более жесткими и сложными, чем обязанности руководителей других видов компаний. В целом обязанности устанавливаются для каждого руководителя в отдельности, а не для всего совета в целом.

25. Обязанности, возлагаемые на руководителей при исполнении ими своих функций, имеют фидуциарный характер, аналогичный характеру обязанностей, возлагаемых по закону на других лиц, работающих по трастовому соглашению, таких как агенты и доверительные управляющие. Двумя ключевыми элементами фидуциарных обязанностей, как правило, являются обязанность соблюдать осторожность в действиях и обязанность быть лояльным, хотя в некоторых государствах единственной фидуциарной обязанностью считается обязанность быть лояльным.

26. Обязанность соблюдать осторожность в действиях обязывает руководителей действовать на основе полной информированности, честно и добросовестно. В некоторых правовых системах требование честности и добросовестности является частью обязанности быть лояльным. Согласно законодательству ряда государств эти обязанности требуют от руководителей действовать в наилучших интересах компании и при этом проявлять должную осмотрительность или осмотрительность, ожидаемую от ответственного и разумного предпринимателя. Во многих государствах обязанность соблюдать осторожность в действиях не распространяется на ошибки при принятии деловых решений при условии, например, что руководители не допустили грубой небрежности, а решение было принято с должной осмотрительностью[9]. В некоторых государствах действует правило коммерческого суждения, которое устанавливает презумпцию того, что при принятии коммерческого решения руководители компаний действовали на основе имеющихся фактов, добросовестно и в полной уверенности в том, что принятые меры отвечают наилучшим интересам компании[10]. Такое правило может быть оспорено, если

---

[9] Там же, VI.A, стр. 68.

[10] Такое правило применяется в Соединенных Штатах и в ряде других правовых систем. Существует несколько вариантов правила коммерческого суждения. Например, в соответствии с измененным правилом коммерческого суждения или критерием пропорциональности руководители обязаны продемонстрировать, что любая принятая мера была разумной в связи с возникшей угрозой (Unocal v. Mesa Petroleum, 493 A.2d 946

будет доказано неисполнение обязанности проявлять осторожность в действиях или обязанности проявлять добросовестность.

27. В Принципах ОЭСР отмечается, что в основе обязанности быть лояльным лежит осуществление или исполнение многих из указанных выше функций (пункт 23) и что эта обязанность играет ключевую роль в контексте предпринимательской группы, поскольку она обязует руководителя осуществлять или исполнять эти функции в отношении компании, в которую он или она назначены, а не в отношении контролирующего члена группы[11].

28. В некоторых государствах[12] обязанности довольно подробно изложены в законодательстве и включают, например, помимо обязанностей действовать в наилучших интересах компании, обязанности соблюдать устав компании и принятые в соответствии с ним решения; быть честным и помнить о том, что собственность компании принадлежит ей, а не руководителю или ее акционерам; быть осмотрительным, внимательным и хорошо информированным о делах компании; обеспечивать ведение в компании учета решений руководителей; избегать ситуаций, связанных с конфликтом интересов. К более конкретным обязанностям, которые государства[13] возлагают на руководителей, относятся обязанности составлять один раз в три месяца отчет о результатах своей работы; представлять аудитору или комитету аудиторов доклад в тех случаях, когда руководителю становится известно о любых признаках значительных убытков для компании; и следить за результатами работы других руководителей.

29. В разделе VI Принципов ОЭСР рассматриваются следующие обязанности руководителя:

a) действовать на основе полной информированности, добросовестно, с должной тщательностью и прилежанием, полностью в интересах компании и акционеров;

b) относиться ко всем акционерам беспристрастно, особенно в тех случаях, когда решения совета могут иметь разные последствия для различных групп акционеров;

c) руководствоваться высшими этическими нормами, принимая во внимание интересы заинтересованных сторон;

d) выполнять определенные ключевые функции (например, изложенные в пункте 23);

e) выносить объективные независимые суждения по корпоративным вопросам; и

f) иметь доступ к полной, актуальной и своевременной информации.

(Del. 1985)). Позднее это правило было изменено за счет включения в него требования об определении того, оказала ли защитная мера руководителя сдерживающее воздействие на выбор акционеров, с последующим применением критерия пропорциональности (Unitrin, Inc. v. American General Corp 493 A.2d 946 (Del. 1985)).

[11] Аннотации к принципам ОЭСР, раздел VI.A, стр. 69.

[12] Например, в Англии: Закон о компаниях 2006 года.

[13] Например, Корея.

30. Понятие "наилучшие интересы компании" в разных государствах может трактоваться по-разному. Например, в одном государстве оно трактуется как отличное от наилучших интересов акционеров или кредиторов и означает, с экономической точки зрения, максимизацию стоимости компании. При определении того, что понимается под наилучшими интересами компании, руководители могут учитывать различные факторы, в том числе, в зависимости от конкретных обстоятельств, интересы акционеров, служащих, поставщиков, кредиторов, потребителей, правительства и сохранения окружающей среды[14].

31. Дальнейшая работа по вопросам корпоративного управления, проделанная ОЭСР в контексте финансового кризиса, показывает, что одним из путей принципиального улучшения результативности работы совета директоров является, во-первых, четкое определение их обязанностей и, во-вторых, предоставление акционерам и/или регуляторам возможности обеспечивать исполнение этих обязанностей или оказание им содействия в этом. Следует отметить, что указанные выше в подпунктах (a) и (c) пункта 29 стандарты в совокупности образуют свод жестких нормативных стандартов для руководителей и отражают правовую ситуацию в ряде правовых систем. Эта работа свидетельствует также о том, что Принципы направлены на обеспечение долгосрочной максимизации стоимости, а не просто "акционерной стоимости "[15].

32. Много уже было написано о толковании вышеуказанных обязанностей в разных государствах. Целью настоящего документа не является подробный анализ этих разных толкований. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, окажется ли полезным такой анализ для ее будущих обсуждений.

C. Лица, перед которыми должны исполняться обязанности

33. Разные законы по-разному определяют лиц, перед которыми должны исполняться обязанности руководителей, если компания является платежеспособной, причем в этих целях в некоторых законах проводится различие между обязанностью соблюдать осторожность в действиях и обязанность быть лояльным. Как правило, обязанности должны исполняться перед самой компанией, которая в соответствии с трактовкой, принятой в ряде государств, может включать как акционеров, так и кредиторов компании. В некоторых государствах обязанности могут также исполняться перед акционерами, что может означать обязанность перед акционерами в целом, а не обязанность перед отдельными акционерами. При проведении различия по основному содержанию обязанность быть лояльным должна исполняться только перед компанией, а обязанность соблюдать осторожность в действиях может также исполняться перед кредиторами и другими заинтересованными

---

[14] Canada, *Peoples Department Stores Inc. v Wise* 2004 SCC 68, para. 41-42, see J. Sarra, Canada's Supreme Court Rules on Fiduciary Obligation Towards Creditors on Insolvency – Peoples Department Stores v Wise, *Int. Insolv. Rev*. Vol 15: 1-15 (2006).

[15] Корпоративное управление и финансовый кризис: выводы и новые виды эффективной практики по обеспечению осуществления принципов, Управление по финансовым и предпринимательским вопросам, Руководящий комитет ОЭСР по корпоративному управлению, 24 февраля 2010 года, пункт 62.

сторонами. При этом может предполагаться, что руководителям следует в должной степени учитывать интересы таких заинтересованных сторон, как служащие, клиенты, поставщики и местные общины, и справедливо относиться к этим интересам. Интересы местных общин могут касаться, например, соблюдения экологических и социальных стандартов. Как отмечает ОЭСР, обязанности советов директоров имеют весьма сложный характер и могут быть связаны с соблюдением баланса интересов заинтересованных групп, мнения которых часто не совпадают[16].

III. Наступление финансовых проблем или несостоятельности

34. Нижеследующее обсуждение посвящено только рассмотрению обязанностей руководителей в тех случаях, когда компания испытывает финансовые проблемы или является несостоятельной.

A. Обязанности, возникающие в связи с открытием производства по делу о несостоятельности

35. В законодательстве о несостоятельности многих государств признается, что после открытия производства по делу о несостоятельности основной задачей становится максимизация стоимости и сохранение имущественной массы, подлежащей распределению между кредиторами. В этой связи обязанности руководителей и должностных лиц будут отличаться как по содержанию, так и по основной направленности от обязанностей, которые исполнялись, когда компания была платежеспособной. Нередко руководители и должностные лица перестают участвовать в решении текущих вопросов деятельности компании и их место занимает управляющий в деле о несостоятельности, хотя согласно законодательству о несостоятельности некоторых государств они могут по-прежнему участвовать в текущей деятельности компании, особенно при ее реорганизации. Например, в Руководстве для законодательных органов эти обязанности рассматриваются в рекомендациях 108-114 и в пунктах 22-34 комментария. В рекомендации 110 довольно подробно описываются обязанности, которые должны возникать согласно законодательству о несостоятельности при открытии производства по делу о несостоятельности и исполняться в течение всего этого производства, включая обязанности сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций; представлять точную, надежную и полную информацию о финансовом положении компании и состоянии дел; и сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности для предоставления ему возможности взять на себя эффективный контроль над имущественной массой, а также содействовать ему в деле возвращения активов и коммерческой документации.

36. В рекомендации 114 и пункте 34 комментария рассматривается вопрос наложения санкций за неисполнение должником своих обязанностей. В одних

---

[16] Там же, пункт 63.

системах руководители и должностные лица могут нести уголовную ответственность за неисполнение этих обязанностей, а в других – нести личную ответственность за любой ущерб, причиненный в результате неисполнения этих обязанностей.

B. Обязанности, возникающие в связи с несостоятельностью и в период, предшествующий несостоятельности

37. В настоящее время все большее внимание, хотя и при наличии существенных различий в подходах, уделяется вопросу о том, должны ли обязанности руководителей компании затрагиваться в определенный момент до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или самого открытия по делу о несостоятельности, который по-разному называют "сумеречной зоной", "зоной наступления несостоятельности" или "приближением несостоятельности". Несмотря на некоторую неопределенность концепции, она призвана указывать на ухудшение финансовой стабильности компании, которое в отсутствие каких-либо действий по улучшению положения, может привести к несостоятельности и открытию производства по делу о несостоятельности. Если обязанности должны затрагиваться в этот период, то возникает смежный вопрос о моменте, когда это должно произойти и как будет определяться требуемое состояние "несостоятельности". Смежным вопросом является также характер обязанностей руководителей в этот момент и их возможное отличие от обязанностей, применимых в тех случаях, когда компания является платежеспособной.

1. Должны ли руководители исполнять обязанность перед кредиторами при приближении несостоятельности?

38. В одном государстве было подтверждено, что руководители не несут фидуциарной обязанности перед кредиторами в момент наступления или приближения несостоятельности, если данной фидуциарной обязанностью является обязанность быть лояльным перед компанией (т.е. действовать честно и добросовестно с учетом наилучших интересов компании). Содержание этой обязанности не изменяется с изменением финансового положения компании, и во всех случаях эта обязанность является обязанностью перед компанией. Интересы компании не следует путать с интересами кредиторов или других заинтересованных сторон[17]. Отсутствие изменения основного содержания обязанностей руководителей в этот момент обусловлено главным образом наличием средства правовой защиты, согласно которому, если руководители компании использовали свои полномочия "таким образом, который нарушает или несправедливо ущемляет или несправедливо игнорирует интересы любого держателя обеспечения, кредитора, руководителя или должностного лица"[18], то эти заинтересованные стороны могут иметь право на удовлетворение требований в отношении поведения компании. Такое средство правовой защиты основано на понятии, согласно которому компании несут

---

[17] Canada: *Peoples Department Stores Inc. v Wise* 2004 SCC 68, para. 43.

[18] Канадский закон о коммерческих корпорациях 1985 года, раздел 241(2)(c).

ответственность за свои действия как порядочные компании с высокой гражданской ответственностью и поэтому должны учитывать интересы всех заинтересованных сторон, которых могут затрагивать действия компании. Основным моментом является поведение, которое можно назвать корпоративным поведением, а не личное или связанное с коммерческой деятельностью поведение. Соответствующим поведением может быть поведение, связанное с принуждением, злоупотреблением, обременением, грубостью, недобросовестностью, превышением полномочий или некоторыми другими серьезными неправомерными действиями.

39. В принятых Всемирным банком "Принципах по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредиторов" рекомендуется, чтобы "законы, регулирующие ответственность руководителей и должностных лиц за наносящие ущерб кредиторам решения, принятые, когда предприятие испытывает финансовые проблемы или является несостоятельным, способствовали ответственному корпоративному поведению при одновременном поощрении принятия разумных рисков. Как минимум стандарты должны предусматривать ответственность руководства перед кредиторами за вред, причиненный в результате преднамеренного, небрежного или грубого халатного поведения"[19].

40. Ряд комментаторов выступают против принципа исполнения руководителями обязанностей перед кредиторами до открытия производства по делу о несостоятельности на том основании, что кредиторы достаточно защищены другими положениями законодательства, например положениями, касающимися мошеннических передач, и могут управлять любым риском при помощи, например, контрактов и страхования.

41. Иной подход основан на анализе того, что возложение на руководителей исполнения обязанностей перед кредиторами действует как контрпродуктивная мера, не стимулирующая руководителей к максимальному укреплению своих позиций в качестве акционеров для того, чтобы выйти из ситуации несостоятельности. Такой план действий может быть связан с принятием высоко рискованных стратегий для сохранения или увеличения стоимости для акционеров, одновременно создающих риск для интересов кредиторов, и может отражать наличие определенных опасений в отношении шансов на успех в силу защиты ограниченной ответственности, если этот план действий не сработает. После наступления несостоятельности акционеры перестают владеть какой-либо стоимостью и на их место приходят кредиторы, выступающие в качестве заявителей требований на оставшуюся стоимость. Соответственно, если продолжать анализ, фидуциарные обязанности руководителей переключаются на соблюдение интересов кредиторов, а не на обеспечение максимальной стоимости для акционеров.

42. Согласно имеющимся сообщениям, в одних государствах обязанности руководителей и должностных лиц *изменяются* в период, предшествующий несостоятельности, с целью защиты кредиторов компании, а не акционеров, а в других государствах эти обязанности *расширяются* и должны исполняться не

---

[19] Принятые Всемирным банком "Принципы по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредиторов", 2005 год, часть B: Управление рисками и корпоративное оздоровление, B2: Отчетность руководителей и должностных лиц.

только перед акционерами, но и перед кредиторами. Обязанность защищать интересы компании в целом остается неизменной.

43. Хотя логическое обоснование возложения на руководителей исполнения обязанностей перед кредиторами в случае несостоятельности может быть одним и тем же в разных правовых системах, при формулировании этих обязанностей и определении применимого стандарта используются разные подходы. Один из подходов основан на доверительной доктрине, согласно которой руководители считаются доверительными управляющими активами компании, подлежащими использованию в интересах кредиторов в случае наступления несостоятельности компании, и которая предусматривает обязанность защищать эти активы для кредиторов.

44. Иной подход предполагает, что если руководителям известно о том, что компания не может погасить свои обязательства в установленные сроки, то они обязаны принять меры для контроля за финансовым положением компании и недопущения ее несостоятельности. Если тем не менее они продолжают вести коммерческую деятельность, связанную, например, с получением товаров и услуг в кредит, не раскрывая при этом кредиторам информацию о финансовом положении, то они должны нести личную ответственность.

45. В одном из проведенных ИНСОЛ исследовании по этому вопросу указывается на различные преимущества и недостатки возложения на руководителей и должностных лиц личной ответственности за наступление несостоятельности компании[20]. К числу преимуществ относятся:

a) прекращение на раннем этапе дальнейшего ухудшения положения компании с целью защиты существующих кредиторов от еще более серьезных убытков и будущих кредиторов от участия в решении финансовых проблем компании;

b) контролирующее и дисциплинарное воздействие на руководство путем введения жестких санкций; и

c) стимулирование руководства к получению компетентных профессиональных консультаций при наличии признаков возникновения финансовых проблем.

46. К числу недостатков относятся:

a) возможность преждевременного закрытия жизнеспособных предприятий, которые могли бы выжить;

b) сдерживание добровольной реструктуризации, поскольку руководители не желают заниматься поиском решения проблем;

c) размывание правового статуса в результате введения личной ответственности и ослабление предпринимательских стимулов. Слишком высокий риск может лишать руководителей желания принимать смелые решения, и, даже если страхование руководителей может оплачиваться компанией, само страховое покрытие является дорогим и нередко предусматривает целый ряд исключений;

---

[20] Directors in the Twilight Zone III (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

d) непредсказуемость, поскольку ответственность зависит от конкретных обстоятельств, а также от будущей позиции судов; и

e) повышенный риск непредвиденной ответственности перед банками и другими лицами, которые могут считаться фактическими руководителями в силу их участия в деятельности компании, особенно в момент наступления несостоятельности.

47. Как было отмечено выше, ряд комментаторов высказывают мнение о том, что обязанности перед кредиторами должны рассматриваться как дополнительные обязанности к обязанностям перед акционерами. В этом случае руководители могут столкнуться с потенциальными конфликтами. Например, финансовое положение той или иной компании свидетельствует о том, что через несколько недель ей придется подать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, и в этом случае у акционеров не останется никаких интересов, а претензии кредиторов не будут оплачены в полном объеме. Кредиторы, возможно, будут выступать за продажу предприятия по цене, покрывающей всю задолженность, однако акционеры могут пожелать установить более высокую цену или продать предприятие другому покупателю в надежде получить определенную прибыль, пусть и минимальную[21]. В этом случае руководители столкнутся с необходимостью выбора того плана действий, который в наилучшей степени отвечает интересам компании в целом, взвесив при этом интересы разных акционеров с учетом обстоятельств конкретного дела.

48. Степень, в которой личная ответственность руководителей обеспечивает существенную защиту кредиторов, зависит от конкретных обстоятельств. Например, руководители более мелких фирм нередко являются владельцами, которые, вероятно, утратят свои личные и коммерческие активы в одно и то же время, практически не оставив средств для удовлетворения требований кредиторов. Вместе с тем крупные фирмы нередко приобретают для своих руководителей страховку ответственности, которая может компенсировать ущерб, причиненный кредиторам, но в то же время защищает руководителей, тем самым уменьшая стимулы для исполнения установленных обязанностей соблюдать осторожность в действиях и других стандартов поведения. Однако число грандиозных банкротств компаний, имевших место в последние годы в ряде правовых систем, возможно, негативно сказалось на страховании ответственности руководителей и должностных лиц, которое становится все более дорогостоящим или рискованным. Помимо этих соображений на предоставляемую кредиторам защиту может оказывать воздействие способность кредиторов привлекать к ответственности за неисполнение обязанностей и последствия этого неисполнения в плане требования компенсации или возмещения убытков, если ответственность руководителей будет доказана; было высказано мнение, что компенсация в интересах увеличения имущественной массы в деле о несостоятельность является более

---

[21] R. de R. Barondes et al, Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies, 1 *J. Bus & Tech L* (2006-2007), 229 at 233.

выгодной для обеспеченных, чем для необеспеченных кредиторов[22]. Как отмечается в Принципах ОЭСР, ограниченные возможности принудительного исполнения во многих правовых системах обусловлены отчасти недостаточными полномочиями по проведению розыска и высокими издержками[23], на что указывают многие другие комментаторы.

2. Определение начала "приближения несостоятельности"

49. Если руководители должны исполнять обязанности перед кредиторами в случае приближения несостоятельности, то существуют различные возможности определения момента, с которого эти обязанности могут возникнуть.

50. Одной из возможностей может быть момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, и эта возможность, вероятно, создает наибольшую степень определенности. Если, однако, законодательство о несостоятельности предусматривает автоматическое открытие производства после подачи заявления или если период между подачей заявления и открытием производства является очень незначительным (см. рекомендацию 18 Руководства для законодательных органов), то этот вариант имеет мало смысла.

51. Другие возможности предусматривают обязанности, возникающие в момент фактической или технической несостоятельности компании, которая может наступить задолго до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности. С учетом общего подхода Руководства для законодательных органов можно утверждать, что несостоятельность фактически наступила, когда компания не способна оплатить долги по наступлении сроков их погашения или когда обязательства компании превышают стоимость ее активов. Еще одной возможностью является момент неизбежного наступления несостоятельности, т.е. когда компания будет в целом неспособна оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения (см. рекомендацию 15 Руководства для законодательных органов). Эти критерии все чаще используются в законодательстве о несостоятельности разных государств в качестве стандартов открытия производства, причем в некоторых государствах они используются как основание для возложения на руководителей обязанности подать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности в течение установленного срока, обычно весьма короткого, после наступления несостоятельности компании.

52. Некоторые суды пытались дать определение того, что может означать "приближение несостоятельности". В одном деле суд высказал мнение, что это происходит, когда компания не может "собрать и/или получить достаточную наличность для погашения своих предстоящих обязательств и финансировать свои коммерческие потребности в оборотных средствах и основном капитале с созданием разумного резерва для покрытия возможных различных

---

[22] J. Payne and D. Prentice, Civil Liability of Directors for Company Debts under English Law, chap. 8, pp. 193-194, in I. Ramsay, ed., Company Directors' Liability for Insolvent Trading, University of Melbourne, 2000.

[23] ОЭСР, Корпоративное управление и финансовый кризис, см. сноску 15, пункт 63.

коммерческих потребностей"[24]. Суд высказал мнение, что к моменту неспособности компании погасить свои текущие долги защищать кредиторов будет слишком поздно. Период повышенной обязанности в этом деле был продлен до четырех лет до наступления фактического кризиса без учета вероятности утраты ликвидности. Продолжительность периода указана в законах других государств, которые предусматривают сохранение ответственности руководителей за ненадлежащее исполнение своих обязанностей в течение трех лет до наступления несостоятельности компании.

53. Другой подход к разработке определения связан с моментом, когда руководителю или должностному лицу становится известно или должно быть известно, что компания несостоятельна или может стать несостоятельной и что нет разумных перспектив считать, что компания может избежать открытия производства по делу о несостоятельности. Эти два критерия носят субъективный характер и требуют учета более общих обстоятельств и контекста, включая, например, изучение документов компании и ее финансового положения. Одной из проблем, связанных с этим видом стандарта, может быть трудность достоверного определения точного момента, с которого руководитель, как можно утверждать, начал способствовать наступлению несостоятельности компании.

3. Характер обязанностей

54. Во многих законах о несостоятельности или законах о компаниях содержатся положения, регулирующие ответственность руководителей в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности, хотя используемые в этом случае подходы сильно отличаются друг от друга. Одни законы предусматривают ответственность за приведение к несостоятельности, а другие уделяют более пристальное внимание неисполнению конкретных обязанностей, таких как обязанность быть лояльным, обязанность блюсти интересы компании и обязанность действовать исключительно в финансовых интересах кредиторов. Согласно некоторым законам, к обязанностям, которые должны исполнять руководители, когда компания является платежеспособной, добавляется обязанность, подлежащая исполнению в преддверии несостоятельности и состоящая в том, что руководители должны принимать определенные меры, с тем чтобы избегнуть или смягчить финансовые проблемы и свести к минимуму потенциальные убытки для кредиторов. В некоторых правовых системах на разных членов совета распространяются разные обязанности соблюдать осторожность в действиях и разные стандарты[25].

55. Согласно некоторым законам[26], руководители обязаны проявлять осмотрительность, ожидаемую от ответственного предпринимателя, что подразумевает также обязанность рассматривать в случае обострения кризиса все возможные шаги по исправлению ситуации и, насколько это возможно, принимать в инициативном порядке соответствующие меры. Эти шаги могут включать созыв собрания акционеров, если это отвечает наилучшим интересам

---

[24] USA: *Pereira v Cogan*, 294 B.R. 449, (S.D.N.Y. 2003).

[25] Например, в Швейцарии.

[26] Например, в Германии и ряде других систем гражданского права.

компании, или скорейшее проведение такого собрания, если балансовые ведомости свидетельствуют об уменьшении акционерного капитала наполовину или более (в целом это положение применяется в тех случаях, когда законодательство предусматривает требования об обеспечении капитала). На руководителей может быть также возложена обязанность подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может включать реорганизацию или ликвидацию, в течение установленного срока (обычно не превышающего трех недель) с момента наступления несостоятельности компании. Неисполнение этой обязанности может повлечь за собой полную или частичную личную ответственность за любые связанные с этим убытки, причиненные компании и ее кредиторам.

56. В соответствии с другими законами определенные действия руководителей после наступления несостоятельности компании могут быть признаны незаконными в соответствии, например, с положениями о неправомерном или мошенническом ведении дел[27] или действиями, приведшими к ухудшению экономического положения компании или наступлению несостоятельности. Концепция неправомерного ведения дел может применяться как к руководителям самостоятельных компаний, так и к руководителям членов предпринимательской группы. К руководителям члена предпринимательской группы эти правила могут применяться, если они действуют, как было отмечено выше, как фактические или "теневые" руководители другого члена группы.

4. Стандарты, подлежащие соблюдению

57. Как и в случае описания обязанностей, поведение руководителей сравнивают с различными стандартами для определения того, исполнили ли они или не исполнили свои обязательства.

58. Как отмечалось выше (см. пункты 6, 12 и 56 выше), в законодательстве, касающемся неправомерного ведения дел, основное внимание, как правило, уделяется моменту, когда руководителю или должностному лицу становится известно, или должно быть известно, что компания несостоятельна или может стать несостоятельной. В этой связи о поведении руководителя можно судить по наличию общих знаний, навыков и опыта, которые можно разумно ожидать от лица, исполняющего такие же функции, как и этот руководитель в отношении данной компании. Такой критерий является субъективным и его можно применять скорее к руководителю крупной компании со сложной системой и порядком бухгалтерского учета. Аналогичным образом, если навыки и опыт руководителя превышают предъявляемые к его должности требования, то судить о его поведении можно на основании имеющихся у него навыков и опыта, а не на основании требований, предъявляемых к данной должности. С другой стороны, отсутствие надлежащих навыков и опыта не может служить оправданием для руководителя, и о его поведении можно

---

[27] Например, в Англии (Закон о несостоятельности 1986 года) и Гане.

судить на основании необходимых для занятия этой должности навыков и опыта[28].

59. Другой подход[29] требует наличия разумных оснований для подозрения в том, что компания является несостоятельной или будет несостоятельной в момент наступления долга, который и станет причиной несостоятельности. Это подозрение должно предполагать наличие ясного ощущения фактического опасения или плохого предчувствия, которые равносильны мнению, не подкрепленному достаточными доказательствами. Такое подозрение является более низким порогом, чем ожидание несостоятельности компании или осведомленность о ее несостоятельности. В данном случае стандартом является осведомленность благоразумного лица, занимающего аналогичную должность в компании в аналогичных обстоятельствах[30].

60. Еще один подход к определению неэффективного управления связан с оценкой поведения руководителя в сравнении со стандартами поведения нормального благоразумного руководителя. К примерам поведения или действий, которые могут повлечь за собой ответственность, относятся неосмотрительность, некомпетентность, недостаточное внимание, непринятие мер, участие в сделках, заключаемых не на рыночных условиях или имеющих коммерческий характер и недолжным образом продлевающих кредит сверх финансовых возможностей компании, хотя наибольшее число общеизвестных случаев банкротств связано с тем, что руководители разрешают компании вести дела, когда она явно несостоятельна, и берутся за проекты, превышающие финансовые возможности компании и не отвечающие ее наилучшим интересам[31]. К другим примерам, также связанным с неэффективным управлением, относятся случаи, когда руководители не провели достаточного анализа финансового положения своих деловых партнеров или других важных факторов до заключения контрактов, когда руководители не представили достаточных сведений, позволяющих наблюдательному совету осуществлять надзор за управлением, когда руководители не заботятся о надлежащем финансовом управлении компанией, когда они не заботятся также о принятии профилактических мер с целью недопущения точно прогнозируемых рисков и когда вследствие плохой кадровой работы руководителей возникают беспорядки и забастовки[32].

61. В ряде правовых систем основное внимание уделяется не действиям руководителей до или в преддверии наступления несостоятельности, а сделкам по исправлению положения и другим мерам, которые имели место до открытия производства по делу о несостоятельности, посредством использования прав на расторжение после открытия производства по делу о несостоятельности. Разрешение компании заключать такие сделки может служить подтверждением

---

[28] G. Siegel, and P. Rosen, Are United States Courts developing a United Kingdom approach to the liability of directors of insolvent companies?, April, 2004, p. 3, quoting T. E. Cooke and A. Hicks, Wrongful Trading – Predicting Insolvency, *J.B.L.* (1993), 338 at 338-339.

[29] Например, в Австралии: Закон о корпорациях 2001 года, S588G.

[30] См. H. H. Rajak, Director and Officer Liability in the Zone of Insolvency: a Comparative Analysis, PER 2008(1), p. 23.

[31] Например, Франция: Торговый кодекс 2000 года. См. P. Omar, The European initiative on wrongful trading, *Insolv. L*. 2003, 239 at 246.

[32] Например, в Нидерландах, id. at 247-248.

вывода о наличии ответственности согласно, например, законам, касающимся неправомерного ведения дел.

5. Защитные положения

62. В соответствии с законодательством ряда государств, если руководители должны исполнять обязанности перед кредиторами при приближении несостоятельности, они тем не менее могут воспользоваться определенными защитными положениями, например правилом коммерческого суждения (см. выше пункт 26), для доказательства того, что их действия были разумными. Такое правило устанавливает презумпцию того, что руководители, например, действовали добросовестно и были разумно уверены в том, что они действуют в наилучших интересах компании, что они не имели личной материальной заинтересованности и что они были достаточно информированы. Многие суды не желают пересматривать действия руководителя, не имеющего конфликта интересов и удовлетворительно исполнившего обязанности соблюдать осторожность в действиях и быть лояльным, или принимать решения задним числом. Несколько иной подход дает руководителям право на сомнение исходя из того, что коммерческие риски являются неизбежной и сопутствующей частью управления. Иногда правило коммерческого суждения служит защитой в отношении некоторых, но не всех обязанностей, установленных законом. Например, в одном государстве оно не освобождает от применения положений, касающихся неправомерного или несостоятельного ведения дел[33].

6. Обеспечение исполнения обязанностей руководителей

a) Кто может возбуждать иски

63. Законодательство ряда стран ограничивает право на возбуждение исков против руководителя посредством указания характера иска, лица, имеющего право возбуждать его, и времени его возбуждения. Вопросы осуществления прав на расторжение сделок согласно рекомендации 87 Руководства для законодательных органов в представленном ниже материале не рассматриваются.

64. В соответствии с законодательством ряда государств в случае открытия производства по делу о несостоятельности только управляющий в деле о несостоятельности, изучивший действия руководителя до наступления несостоятельности, имеет право возбуждать против этого руководителя иски, например о взыскании в пользу кредиторов компенсации в отношении любых убытков, причиненных компании. Например, законы о неправомерном ведении дел могут разрешать управляющему в деле о несостоятельности возбуждать против руководителей и должностных лиц иски о внесении средств в порядке пополнения имущественной массы в деле о несостоятельности, если их поведение способствовало открытию производства по делу о несостоятельности или представляет собой действия, связанные с неэффективным управлением.

---

[33] Например, в Австралии, сноска 29.

65. Если компания находится в преддверии несостоятельности, то это право может осуществляться самой компанией, а в некоторых случаях и кредиторами, хотя законодательство многих государств, за малым исключением[34], не предусматривает право кредиторов предъявлять иски руководителями компании до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности. В некоторых государствах неотъемлемым правом на возбуждение таких исков обладают суды. Если кредиторам дано право возбуждать дела в суде, то к таким кредиторам, как правило, относятся только те из них, которые понесли прямой индивидуальный ущерб в результате действий руководителя. Возбуждение таких исков нередко связано с наличием такой проблемы, как доказательство наличия связи между управленческим поведением и фактическим ущербом, причиненным кредиторам. Как правило, акционеры не могут возбуждать против руководителей иски за неисполнение обязанностей как до, так и после наступления несостоятельности. Вместе с тем, согласно законодательству ряда государств, в определенных обстоятельствах, когда, например, управляющий в деле о несостоятельности не принимает никаких мер, акционеры могут обладать производным правом. Законодательство других государств придерживается более либерального подхода, позволяя широкому кругу сторон возбуждать иски против руководителя за неисполнение обязанностей при приближении несостоятельности.

66. В тех случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности разрешено возбуждать иски, может возникать проблема, связанная с оплатой издержек в случае отказа в удовлетворении иска в отношении руководителя. Как это часто бывает в случае процедур расторжения сделок, управляющие в делах о несостоятельности могут не захотеть использовать средства из имущественной массы в деле о несостоятельности для возбуждения судебного дела, если только они не уверены в успешном исходе дела.

b) Степень ответственности

i) Возмещение убытков и компенсация

67. В случае признания ответственности руководителей за действия или бездействие при приближении несостоятельности степень этой ответственности неодинакова. Согласно законодательству ряда государств руководители могут нести ответственность за убытки или ущерб, причиненные отдельным кредиторам, служащим и самой компании. Они могут также нести ответственность за платежи, приведшие к сокращению имущественной массы в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран разрешает суду корректировать уровень ответственности соразмерно характеру и серьезности неэффективного управления или другого действия, повлекшего ответственность. В одних случаях ответственность может возлагаться на конкретных руководителей, а в других ответственность членов совета может быть совместной и индивидуальной.

68. Законодательство некоторых стран предусматривает, что руководитель может быть признан ответственным за разницу между стоимостью активов

---

[34] Например, в Германии и Японии.

компании на момент, когда ей следовало прекратить ведение дел, и на момент, когда она фактически прекратила ведение дел, если эта сумма взыскивается в пользу имущественной массы в деле о несостоятельности[35]. В соответствии с несколько иным подходом может допускаться взыскание с руководителей разницы между имеющимися активами и суммой, необходимой для погашения долгов компании.

69. В некоторых правовых системах ответственность руководителей ограничена в той степени, в какой собраниям акционеров предоставлено право рассматривать требования о возмещении убытков. Хотя законодательство ряда стран не предусматривает право акционеров отклонять или урегулировать требования о возмещении убытков в ущерб кредиторам, в законодательстве некоторых государств такая возможность предусмотрена.

70. Несмотря на то, что законодательство может предусматривать ответственность руководителей, случаи признания такой ответственности, как было отмечено выше, встречаются редко. В некоторых государствах примеры признания ответственности руководителей крупных компаний в соответствии с этими положениями единичны, а то и вовсе отсутствуют, хотя подобные примеры существуют в отношении компаний, принадлежащих ограниченному числу акционеров[36]. В других государствах вероятность признания ответственности руководителя крупной компании существенно выше, чем руководителя более мелкой компании[37].

ii) Дисквалификация

71. Согласно законодательству ряда государств, открытие производства по делу о несостоятельности влечет за собой дисквалификацию руководителя и лишение его права занимать должность руководителя или участвовать в управлении компании. Согласно законодательству одного государства[38] дисквалификация может назначаться на срок от двух до 15 лет, если было установлено, что данное лицо "непригодно" для деятельности в качестве руководителя. К числу факторов, касающихся установления этого факта, относятся: неисполнение фидуциарных обязанностей, неправильное использование денежных средств и неспособность вести надлежащий учет и обеспечивать прибыль. Эти факторы могут также включать такие действия, связанные с несостоятельностью компании, как ответственность лица за заключение компанией сделок, которых следует избегать по причинам, подобным изложенным в рекомендации 87 Руководства для законодательных органов, или продолжение деятельности компании, когда руководителю становится известно или должно быть известно, что компания несостоятельна. При установлении факта непригодности в любом конкретном случае обычно рассматривается вся совокупность различных факторов. В правовых системах, в которых предусмотрена дисквалификация, непригодными часто признаются лица, которые проявили коммерческую нечестность, грубую халатность или серьезную некомпетентность, однако это не всегда так.

---

[35] Siegel, note 28 at 10.

[36] Например, в Японии.

[37] Например, в Германии.

[38] Закон о дисквалификации руководителей компаний 1986 года (Англия).

72. Дисквалификация может применяться наряду с другими санкциями и личной ответственностью, о чем говорилось выше, либо независимо в тех случаях, когда совокупность действий соответствующего лица в качестве руководителя оправдывает применение такой санкции. Правоприменение законов, допускающих квалификацию, не отличается последовательностью.

73. Группа экспертов рекомендовала использовать дисквалификацию руководителей на уровне ЕС в качестве санкции за представление руководителями вводящей в заблуждение финансовой и нефинансовой отчетности и другие формы нарушений[39]. Многие соавторы доклада ЕС за 2006 год[40] выступили против принятия любого нового законодательства о дисквалификации, сославшись на существование внутренних нормативно-правовых основ, причем некоторые из них сочли, что согласование может даже создавать конституционные проблемы. Вместе с тем многие соавторы (как противники, так и сторонники предложения о введении дисквалификации руководителя) указали на большую важность разработки системы обмена информацией и/или улучшения сотрудничества между компетентными органами в различных государствах-членах в области обмена информацией. Было высказано общее мнение, что руководитель, дисквалифицированный в одном государстве-члене, не может действовать в качестве руководителя в другом государстве-члене.

IV. Охват и содержание возможных руководящих принципов

74. Рабочая группа V, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы при разработке руководящих принципов, касающихся обязанностей и ответственности руководителей при приближении несостоятельности:

a) определение лиц, которые должны исполнять обязанности;

b) выявление лиц, перед которыми должны исполняться обязанности;

c) определение момента, с которого обязанности возникают в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности;

d) уточнение характера подлежащих исполнению обязанностей или охватываемых видов нарушений, например:

i) неправомерное ведение дел – когда руководителю или должностному лицу должно было быть известно, что несостоятельность неизбежна, но руководитель или должностное лицо не принимает разумные меры с целью минимизировать потери для кредиторов;

ii) неисполнение обязанностей – когда руководитель или должностное лицо нецелевым образом использует или удерживает денежные средства или имущество компании либо превышает свои должностные полномочия или не исполняет свои фидуциарные или

---

[39] См. note 3, p.69.

[40] См. note 5, pp.14-15.

иные обязанности, что приводит к неправомерному использованию активов компании или убыткам для нее; и

iii) ненадлежащие действия в отношении денежных средств или имущества компании – когда руководитель или должностное лицо применяет или допускает преференциальный режим или совершает сделку по заниженной стоимости в ущерб кредиторам; и

e) выявление имеющихся средств правовой защиты в отношении такого поведения или неисполнения обязанностей.