



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
28 February 2012
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Сорок первая сессия
Нью-Йорк, 30 апреля – 4 мая 2012 года

Законодательство о несостоятельности

Обязанности руководителей в период, предшествующий несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1–5	2
I. Обязанности руководителей в период, предшествующий несостоятельности	6–51	3
A. Введение	6–19	3
B. Определение сторон, несущих обязанности	20–23	9
C. Момент возникновения обязанностей: период, предшествующий несостоятельности	24–27	10
D. Характер обязанностей	28–33	12
E. Критерии исполнения обязанностей	34–37	16
F. Принудительное исполнение обязанностей руководителей после открытия производства по делу о несостоятельности	38–51	17
1. Обстоятельства, освобождающие от ответственности	38–40	17
2. Санкции	41–47	18
3. Стороны, правомочные предъявлять иски	48–50	20
4. Оплата судебных издержек	51	21



Введение

1. На сорок третьей сессии в 2010 году Комиссии был представлен ряд предложений относительно 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 обсуждены на тридцать восьмой сессии Рабочей группы V (см. A/CN.9/691, пункты 99–107), и Комиссии была представлена рекомендация относительно возможных тем (A/CN.9/691, пункт 104). В дополнительном документе (A/CN.9/709), представленном после этой сессии Рабочей группы V, излагались материалы, дополняющие предложение Швейцарии, содержащееся 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 рассмотрения в настоящей записке является вторая из этих двух тем, которая была предложена 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) и касается обязанностей и ответственности директоров и должностных лиц предприятий при наступлении несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности¹. 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. Рабочая группа приступила к обсуждению данной темы на тридцать девятой сессии (декабрь 2010 года, Вена) и продолжила его на сороковой сессии (октябрь – ноябрь 2011 года, Вена). Отчет о ходе обсуждения и выводы Рабочей группы представлены в докладах о работе этих сессий (A/CN.9/715 и A/CN.9/738, соответственно).

5. В соответствии с решением, принятым на сороковой сессии Рабочей группы (A/CN.9/738, пункт 38), настоящая записка составлена в той же форме, что и Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности и состоит из проекта комментария и проектов рекомендаций. Она выдержана в том же стиле, что и Руководство, содержит многочисленные ссылки на содержащиеся в нем комментарии и рекомендации и может быть оформлена как его часть (часть IV), если Рабочая группа сочтет такое решение наиболее целесообразным. Представленный ниже материал основан на документах A/CN.9/WG.V/WP.96 и A/CN.9/WG.V/WP.100 а также

¹ Первая тема, касающаяся центра основных интересов и связанных с ним вопросов, рассматривается в документах A/CN.9/WG.V/WP.103 и Add.1.

решениях, принятых Рабочей группой на тридцать девятой и сороковой сессиях.

I. Обязанности руководителей в период, предшествующий несостоятельности

A. Введение

6. Механизмы корпоративного управления регулируют комплекс взаимоотношений между правлением компании, ее советом директоров, акционерами и другими заинтересованными сторонами и не только образуют структуру, в рамках которой протекает процесс постановки и достижения целей компании, но и служат критерием, позволяющим судить об эффективности ее работы. Надлежащее корпоративное управление должно стимулировать совет и правление к постановке целей, отвечающих интересам компании и акционеров, и способствовать укреплению доверия, необходимого для привлечения инвестиций и клиентуры. К настоящему времени на международном уровне проделана большая работа по разработке общепринятых принципов корпоративного управления, которые регулируют, в частности, обязанности руководителей в период, пока компания остается платежеспособной².

7. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что с момента открытия производства по делу о несостоятельности на руководителей ложатся принципиально иные обязанности, чем до начала производства, состоящие главным образом в том, чтобы максимально увеличить стоимость и обеспечить сохранность имущества, подлежащего распределению среди кредиторов. Нередко руководители отстраняются от управления текущими делами компании, а их место занимают управляющие в деле о несостоятельности, хотя, согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран, руководители могут и далее играть активную роль, особенно в процессе реорганизации. Об обязанностях руководителей после открытия производства по делу о несостоятельности уже говорилось выше в рекомендациях 108–114 и комментарии, содержащемся в пунктах 22–34 главы III части второй. 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; 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. В рекомендации 114 и пункте 34 комментария говорится о наложении санкций за неисполнение должником своих обязанностей. В некоторых системах

² См., например, Принципы корпоративного управления ОЭСР, 2004 год.

руководители могут привлекаться к уголовной ответственности за неисполнение этих обязанностей, а в других – нести материальную ответственность за любой ущерб, причиненный в результате их неисполнения.

8. Эффективное законодательство о несостоятельности должно не только обеспечивать предсказуемость юридического процесса по решению финансовых проблем предприятий-должников и необходимую правовую базу для их эффективной реорганизации или упорядоченной ликвидации, но и предоставлять возможность изучения обстоятельств, приведших к несостоятельности, в частности возможность проверки поведения руководства предприятия. До сих пор на международном уровне не предпринималось серьезных усилий для согласования положений национального законодательства с целью облегчить проверку действий руководителей предприятий, и в данной области сохраняются значительные расхождения. В то же самое время роль и обязанности директоров компаний в период, предшествующий подаче заявления и открытию производства по делу о несостоятельности, все чаще становятся предметом обсуждения, особенно в связи с учащением случаев несостоятельности в результате глобального финансового кризиса.

9. В условиях фактической или неминуемой утраты способности выполнять свои обязательства по мере наступления сроков их исполнения компании нуждаются в эффективном руководстве, поскольку в подобных ситуациях нередко требуется принимать трудные и ответственные решения. Компетентные руководители должны хорошо понимать финансовое положение предприятия и располагать всей реально доступной информацией, необходимой для принятия надлежащих мер с целью решения финансовых проблем и предотвращения дальнейшего ухудшения ситуации. При этом им приходится выбирать, какой курс действий в наибольшей степени отвечает интересам предприятия в целом, принимая во внимание интересы разных заинтересованных сторон в сложившихся обстоятельствах. Иногда руководители, опасаясь возможных финансовых последствий принятия таких решений, преждевременно закрывают предприятие, вместо того чтобы попытаться вывести его из затруднительного положения, либо совершают недобросовестные действия, пытаясь несправедливо распорядиться активами и имуществом. Однако интересы и побуждения разных сторон не так легко поддаются применению и являются потенциальным источником коллизий. Например, если руководители предприятия одновременно являются его акционерами, они могут быть заинтересованы в том, чтобы максимально защитить собственные позиции, и с этой целью предпринимать неблагоприятные шаги, стремясь не допустить банкротства или оттянуть продажу предприятия в надежде на получение более крупной выручки, особенно если предлагаемая продажная цена покрывает лишь требования кредиторов и оставляет акционеров ни с чем. Такой курс действий может быть сопряжен с принятием рискованных стратегий, имеющих целью сохранить и увеличить стоимость активов в интересах акционеров и одновременно ставящих под угрозу интересы кредиторов. Подобные действия нередко свидетельствуют о том, что руководителей мало волнуют реальные шансы на успех, поскольку в случае неудачи они будут защищены положениями об ограничении ответственности или страховании ответственности руководителей.

10. Несмотря на потенциальные сложности, связанные с принятием надлежащих коммерческих решений, при угрозе возникновения финансовых трудностей важно как можно раньше начать принимать меры. Финансовый упадок обычно наступает гораздо быстрее, чем принято считать, а по мере ухудшения финансового положения стремительно сокращаются и возможности эффективной реструктуризации предприятия. Для облегчения принятия своевременных мер необходимо обеспечить доступность соответствующих процедур, поскольку призывать руководителей к принятию своевременных мер не имеет смысла, если такие меры не будут подкреплены эффективными процессуальными механизмами³. Принятие своевременных мер может затрудняться также в том случае, когда законодательство предусматривает ответственность руководителей за продолжение коммерческой деятельности в период проведения неофициальных процедур, например переговоров о реструктуризации (о которых говорится в пунктах 2–18 главы II части первой). Хотя во многих странах в законодательство о несостоятельности были внесены изменения, расширяющие возможности для принятия своевременных мер по спасению и реструктуризации предприятий, до сих пор мало внимания уделялось тому, чтобы создать стимулы для применения таких мер руководителями предприятий. Довольно часто принимать такие меры или начинать официальную процедуру приходится уже кредиторам, поскольку руководители предприятия вовремя не предприняли надлежащих шагов.

11. Для того чтобы стимулировать своевременное принятие мер, в некоторых правовых системах на должников возложена обязанность подавать заявление об открытии официального производства в течение определенного срока с момента наступления несостоятельности, с тем чтобы не допустить продолжения таким должником коммерческой деятельности. В законодательстве других стран данная проблема решена посредством четкого определения обязанностей руководителей в период до открытия производства по делу о несостоятельности и возложения на них ответственности за вред, причиненный в результате продолжения коммерческой деятельности в то время, как они знали или должны были предвидеть, что наступление несостоятельности неизбежно. Смысл этих положений заключается в том, чтобы создать надлежащие стимулы для своевременного принятия мер и проведения переговоров о реструктуризации или реорганизации предприятия и не допустить перекладывания расходов, связанных с финансовыми проблемами предприятия, на третьи стороны и возложения рисков, связанных с продолжением коммерческой деятельности, на кредиторов.

12. Вопрос о возложении таких обязанностей на руководителей предприятий остается предметом споров. Сторонники данного подхода подчеркивают его преимущества⁴ и отмечают, что подобные обязанности должны побуждать директоров к осмотрительности и своевременному принятию мер для предотвращения финансового упадка компании с целью защиты кредиторов от

³ Существует мнение, что относительно небольшое число дел, возбуждаемых в одном из государств по фактам неправомерного осуществления коммерческой деятельности в условиях несостоятельности, объясняется относительной доступностью процедуры добровольного банкротства, благодаря которой ликвидации подвергаются лишь безнадежно неплатежеспособные предприятия.

⁴ См., напр., *Directors in the Twilight Zone III* (2009), INSOL International, Overview, p.5.

еще больших убытков и недопущения втягивания в финансовые проблемы компании новых кредиторов. Иными словами, такие обязанности оказывают на руководителей предприятия сдерживающее и дисциплинирующее воздействие и заставляют их воздерживаться от чрезмерно рискованных действий или молчаливого согласия на рискованные предложения других директоров из опасения санкций, которые могут быть применены в случае неисполнения обязанностей. Еще одно преимущество такого подхода заключается в том, что он стимулирует правление компании обращаться за советом к компетентным специалистам в случае возникновения угрозы финансовых трудностей.

13. Противники данного подхода отмечают его существенные недостатки и приводят следующие доводы. Существует опасность того, что руководители, стараясь избежать ответственности, будут преждевременно закрывать жизнеспособные компании, которые иначе могли бы выжить, вместо того чтобы пытаться вывести их из финансовых затруднений. Однако правильно составленные законодательные положения могли бы препятствовать поспешному закрытию предприятий и стимулировать руководителей к продолжению коммерческой деятельности, когда такой курс действий является наиболее целесообразным и позволяет свести к минимуму убытки кредиторов. Существует мнение, что возложение подобных обязанностей на руководителей приведет к размытию правового статуса корпорации, хотя на это можно возразить, что ограниченную ответственность следует рассматривать как привилегию и что суды обычно принимают во внимание возможность злоупотребления положениями об ограничении ответственности в ущерб интересам кредиторов. Высказываются опасения, что установление таких обязанностей ослабит стимулы для предпринимательской деятельности, поскольку слишком высокий риск может лишить руководителей желания принимать смелые решения. Однако в правильно составленных положениях законодательства основной акцент должен быть сделан не столько на причинах финансовых неудач, сколько на действиях или бездействии руководителей в последующий период. Как показывает судебная практика стран, в которых установлены соответствующие обязанности, к суду обычно привлекаются лишь руководители, проявившие явную безответственность.

14. Высказывается мнение, что возложение на руководителей подобных обязанностей может вести к увеличению непредсказуемости, поскольку решение о привлечении к ответственности будет зависеть не только от обстоятельств конкретного дела, но и от позиции, которую займет суд. Суды же могут не иметь необходимого опыта для оценки коммерческой деятельности предприятия после наступления несостоятельности и для анализа решений руководства, принятых в этот период. Однако опыт стран, в которых существует практика принудительного исполнения подобных обязанностей, свидетельствует о том, что суды склонны полагаться на компетентность действий руководителей, особенно если те действовали по совету независимых консультантов. Еще одна претензия заключается в том, что в этом случае возрастает риск, что к ответственности неожиданно для себя будут привлечены банки или другие стороны, которые могут быть отнесены к категории директоров на основании их причастности к делам компании, особенно в период ее несостоятельности. В связи с этим желательно, чтобы соответствующее законодательство обеспечивало таким сторонам надлежащую защиту, при условии что те действуют добросовестно, независимо от должника.

и рационально с коммерческой точки зрения. Противники данного подхода также утверждают, что установление подобных обязанностей обеспечивает чрезмерную защиту кредиторов, которые и так могут защитить свои интересы с помощью заключаемых договоров, в результате чего любое регулирование теряет смысл. Однако данный аргумент предполагает, что между кредиторами и должником заключен договор, что в нем оговорены различные меры защиты на случай самых разных непредвиденных обстоятельств и что у кредиторов есть ресурсы, желание и возможности для наблюдения за делами компании. Однако в таком положении находятся далеко не все кредиторы.

15. В разных странах обязанности и ответственность руководителей регулируются разными отраслями права: законодательством о компаниях, гражданским или уголовным законодательством либо законодательством о несостоятельности, причем нередко соответствующие нормы содержатся сразу в нескольких законодательных актах или рассредоточены по разным законам. В системах общего права такие обязанности могут возникать как в силу общего права, так и на основании соответствующих законодательных актов. Нет единого мнения и относительно того, предметом какого законодательства – о несостоятельности или о компаниях – должны являться вопросы обязанностей и ответственности руководителей. Та или иная точка зрения обычно зависит от статуса компании: если компания платежеспособна, к ней обычно применяется законодательство, не затрагивающее вопросов несостоятельности, если же в отношении компании начато производство по делу о несостоятельности, применению подлежит законодательство о несостоятельности. В период же перед открытием производства, когда должник становится номинально несостоятельным, могут возникать специфические вопросы, которые должным образом не регулируются ни законодательством о компаниях, ни законодательством о несостоятельности. Возложение на руководителей обязанностей, которые могут быть впоследствии исполнены в принудительном порядке после открытия производства по делу о несостоятельности, может привести к наложению обязанностей, регулируемых разными законами, поэтому для обеспечения ясности и прозрачности и предупреждения противоречий соответствующие положения законодательства желательно согласовать друг с другом.

16. Разными являются не только законы, регулирующие обязанности руководителей, но и сами обязанности: обязанности, возлагаемые на руководителей до открытия производства по делу о несостоятельности, как правило, отличаются от обязанностей, возникающих после открытия производства (см. пункты 22–33 главы III части второй). Стандарты поведения, которым должны соответствовать действия руководителей в процессе выполнения ими своих функций, обычно также различаются в зависимости от характера и типа коммерческого предприятия, например от того, является ли оно государственной компанией, акционерным обществом, товариществом, частной фирмой или семейным предприятием, а также в зависимости от правовой системы, в рамках которой предприятие осуществляет деятельность. Обязанности руководителей государственных компаний, как правило, бывают более четко определены и носят более комплексный характер, чем обязанности руководителей компаний других типов.

17. Законодательные нормы, регулирующие обязанности и ответственность руководителей, тесно взаимосвязаны с другими правовыми нормами и положениями законодательства, касающимися корпоративного управления. В некоторых правовых системах они являются важной частью других стратегических механизмов, предназначенных для защиты вкладчиков финансовых учреждений, облегчения сбора налогов, обеспечения приоритетного статуса определенных категорий кредиторов перед остальными кредиторами (например служащими), а также частью местных правовых, деловых и культурных традиций.

18. Эффективное регулирование в данной сфере должно обеспечивать оптимальный баланс между зачастую противоположными целями и интересами разных сторон: предоставлять руководителям свободу в вопросах осуществления их должностных обязанностей и принятия решений, поощрять ответственное поведение, удерживать от чрезмерного риска, стимулировать предпринимательскую деятельность и способствовать как можно более раннему рефинансированию и реорганизации предприятий, оказавшихся на грани банкротства. Наличие правового регулирования в данной области должно укрепить доверие кредиторов и повысить их готовность к ведению дел с компаниями, позволит привлечь к управлению предприятием более опытных специалистов, которые иначе могут отказаться от работы из-за риска санкций в случае неудачи, и будет способствовать надлежащему корпоративному управлению, что должно обеспечить более предсказуемое правовое положение руководителей предприятий и ограничить опасность их привлечения к суду после открытия производства по делу о несостоятельности. Неэффективные, устаревшие и непоследовательные инструкции относительно обязанностей должностных лиц, ответственных за управление предприятием, находящимся на грани банкротства, могут свести на нет все преимущества, которые призвано обеспечить эффективное законодательство о несостоятельности.

19. Цель настоящей [части] заключается в том, чтобы определить основные принципы, которые необходимо отразить в законодательстве о несостоятельности в связи с вопросом об ответственности руководителей предприятий, находящихся в состоянии или на грани банкротства. Данные принципы могут служить ориентиром для лиц, отвечающих за разработку политики, при анализе и разработке соответствующей нормативно-правовой базы. При всей желательности достижения целей законодательства о несостоятельности (изложенных выше в пунктах 1–14 главы I части первой и рекомендации 1) за счет своевременных мер и надлежащих действий руководства, необходимо помнить о том, что принятие слишком строгих правил может затруднить и подставить под угрозу предпринимательскую деятельность. В настоящей [части] не рассматриваются обязанности руководителей, которые могут возникать на основании уголовного законодательства, законодательства о компаниях или законодательства об административных правонарушениях, а только те, которые могут быть включены в законодательство о несостоятельности и приведены в исполнение после открытия производства.

В. Определение сторон, несущих обязанности

20. В большинстве стран обязанности по управлению компанией и надзору за ее деятельностью несет круг лиц, так или иначе связанных с компанией. Это могут быть владельцы компании, официально назначенные директора, должностные лица или управляющие (которые могут работать в качестве исполнительных директоров), а также неназначенные лица или структуры, например третьи стороны, действующие в качестве фактических⁵ или "теневых" руководителей⁶, а также лица, которым руководители компании делегировали свои полномочия или обязанности. Хотя законодательство некоторых стран может предусматривать, что ни один из членов предпринимательской группы не может быть назначен руководителем другого члена группы, один из членов группы все же может рассматриваться в качестве "руководителя" других членов группы в широком смысле этого слова. Такая ситуация может иметь место в тех случаях, когда один из членов группы (или его руководители) выполняет функции, связанные с управлением другими членами группы или надзором за их деятельностью. Это касается, в первую очередь, дочерних и материнских компаний в составе группы в тех случаях, когда материнская компания принимает постоянное и активное участие в управлении делами дочерней компании. Однако если дочерняя компания решает поддержать материнскую компанию в обстоятельствах, когда такое решение отвечает ее собственным интересам и не является результатом вмешательства со стороны материнской компании, такое решение не будет

⁵ Фактическим руководителем обычно считается лицо, действующее в качестве руководителя, но официально не назначенное таковым либо назначенное с нарушениями. Лицо может быть признано фактическим руководителем независимо от официально занимаемой им должности, если оно фактически выполняет руководящие функции. 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. Как правило, фактическим руководителем считается лицо, которое не просто участвует в управлении компанией, но и совершает определенные действия, в совокупности свидетельствующие о выполнении им руководящих функций, например подписывает чеки, подписывает деловую корреспонденцию от имени "директора", не возражает против того, чтобы клиенты, кредиторы, поставщики и служащие воспринимали его в качестве руководителя или "лица, принимающего решение", и принимает финансовые решения относительно будущего компании совместно с банками и бухгалтерами компании.

⁶ Теневыми руководителями называют лиц, по указанию которых обычно действуют руководители компании, хотя сами эти лица официально руководителями не являются. К теневым руководителям обычно не относят профессиональных консультантов, выступающих в аналогичной функции. Теневым руководителем может быть признано лицо, которое способно оказывать влияние на всех или большинство членов совета и принимать финансовые и коммерческие решения, имеющие для компании обязательную силу, а в некоторых случаях также лицо, которому были переданы некоторые или все полномочия по управлению компанией. В рамках предпринимательской группы один член группы может быть теневым руководителем другого члена. При рассмотрении действий, на основании которых соответствующее лицо может быть признано теневым руководителем, необходимо учитывать, с какой периодичностью такие действия совершались и использовались ли возможности влияния на практике.

являться основанием для того, чтобы считать материнскую компанию руководителем дочерней компании.

21. Под широкое определение "руководителя" могут попадать также специальные консультанты и, в некоторых случаях, банки и другие заимодатели, когда те дают компании рекомендации по решению ее финансовых проблем. Иногда такие "рекомендации" могут предопределять весь последующий ход действий либо навязывать выбор того или иного курса действий в качестве условия предоставления кредита. Однако при том условии, что у руководителей компании остается право отказаться от предлагаемого курса действий, даже если у них нет никакой другой реальной альтернативы, позволяющей избежать ликвидации, и при условии что внешние консультанты действуют независимо, добросовестно и рационально с коммерческой точки зрения, таких консультантов желательно не относить к категории лиц, на которых распространяются обязанности руководителей.

22. Общепринятого определения понятия "руководитель" не существует. В самых общих чертах, руководителем можно считать лицо, которое уполномочено принимать, фактически принимает или должно принимать ключевые решения по таким вопросам, как определение корпоративной стратегии, стратегии управления риском, годовых бюджетов и бизнес-планов; контроль за деятельностью компании; надзор за осуществлением крупных капиталовложений; контроль за работой механизмов корпоративного управления; отбор, назначение и содействие работе основных руководителей; обеспечение наличия достаточных финансовых ресурсов; устранение потенциальных коллизий интересов; обеспечение объективности систем учета и финансовой отчетности; а также отчетность перед заинтересованными сторонами за результаты деятельности организации. В настоящей [части] для обозначения таких лиц используется общий термин "руководитель". Рассматриваемые ниже обязанности распространяются на любое лицо, которое выполняло функции руководителя в тот момент, когда предприятие оказалось в состоянии или на грани банкротства, в том числе на руководителей, которые впоследствии ушли в отставку (см. пункт 40 ниже). Они не распространяются на руководителей, назначенных после открытия производства по делу о несостоятельности.

Примечание для Рабочей группы

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об использовании более общего термина, например "ответственное лицо".

С. Момент возникновения обязанностей: период, предшествующий несостоятельности

24. В настоящей [части] рассматриваются обязанности, которые могут возлагаться на руководителей предприятий за некоторое время до открытия производства по делу о несостоятельности. Хотя такие обязанности возникают до открытия производства, они могут быть принудительно исполнены лишь после открытия производства и только в его рамках и будут иметь обратную силу примерно в том же порядке, что и положения о расторжении сделок

(см. пояснения в пунктах 148–150 и 152 главы II части второй). В различных публикациях момент возникновения соответствующих обязанностей называется "сумеречной зоной", "зоной наступления несостоятельности" или "приближением несостоятельности". Под этим весьма расплывчатым определением подразумеваются обстоятельства, характеризующиеся ухудшением финансового положения компании, которое в случае непринятия необходимых мер может привести к ее неплатежеспособности и открытию производства по делу о несостоятельности.

25. Если предположить, что руководители предприятий должны нести дополнительные обязанности при приближении несостоятельности, определить момент возникновения таких обязанностей можно разными способами. За такой момент можно принять момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности – такой вариант позволяет обеспечить наибольшую определенность. Однако если законодательство о несостоятельности предусматривает автоматическое открытие производства после подачи заявления или если период между подачей заявления и открытием производства является весьма незначительным (см. рекомендацию 18), то этот вариант будет иметь мало смысла.

26. Согласно другому подходу, такие обязанности возникают в тот момент, когда компания становится фактически или номинально неплатежеспособной, что, согласно некоторым законам, может произойти задолго до того, как будет продано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности. Согласно общему подходу, закрепленному в Руководстве для законодательных органов, о наступлении несостоятельности можно говорить с того момента, когда компания оказывается не в состоянии оплачивать свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда ее долговые обязательства превышают стоимость ее активов (рекомендация 15). Согласно другому варианту, моментом возникновения обязанностей считается тот момент, начиная с которого наступление несостоятельности становится неизбежным, т. е. начиная с которого становится ясно, что компания не сможет оплатить долги по наступлении сроков их погашения (рекомендация 15, пункт (а)). Эти критерии все чаще используются в законодательстве о несостоятельности для определения срока открытия производства, а в некоторых государствах – для установления определенного, обычно весьма непродолжительного срока с момента наступления неплатежеспособности, в течение которого руководители предприятия обязаны подать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности. Смысл возложения на руководителей данной обязанности именно с этого момента заключается в том, чтобы подтолкнуть их к принятию мер для предотвращения несостоятельности или для уменьшения ее последствий, в том числе в соответствующих случаях посредством открытия официального производства по делу о несостоятельности.

27. Несколько иной подход состоит в определении конкретного момента до открытия производства по делу о несостоятельности, когда у руководителя появились соответствующие сведения, например когда ему стало известно или должно было стать известно о том, что компания является неплатежеспособной или окажется неплатежеспособной в будущем, что реальных шансов избежать открытия производства по делу о несостоятельности нет и что продолжение коммерческой деятельности предприятия находится под угрозой, но до того,

как ухудшение финансового положения компании приняло необратимый характер, а несостоятельность стала неизбежной. Недостатком такого подхода можно назвать сложность определения точного момента, начиная с которого можно предполагать наличие у руководителя предприятия соответствующих сведений. Однако на это можно возразить, что при условии указания точных сведений в счетах бухгалтерского учета компании ее руководство должно быть в состоянии определить момент, когда компания оказывается в сложном финансовом положении и перестает соответствовать критериям платежеспособности, в противном же случае можно предположить, что руководство владело сведениями, которые бы стали общеизвестны в том случае, если бы компания исправно выполняла свои обязанности по ведению бухгалтерского учета и подготовке ежегодной отчетности. Применение данного критерия требует изучения общих обстоятельств и контекста, в частности проверки счетов и анализа общего финансового положения компании. Такая проверка может включать анализ доходов, задолженности и непредвиденных расходов предприятия, в том числе его способности к привлечению средств. Одним словом, установления факта временной нехватки ликвидности в данном случае будет недостаточно.

D. Характер обязанностей

28. Хотя смысл возложения дополнительных обязанностей на руководителей предприятий в период приближения несостоятельности примерно совпадает во всех правовых системах, подходы к определению самих обязанностей и критериев оценки их исполнения могут различаться. Как правило, в законодательстве рассматриваются два аспекта данного вопроса: привлечение к гражданской ответственности за доведение предприятия до банкротства или непринятие надлежащих мер при приближении несостоятельности (в том числе невыполнение обязанности открыть производства по делу о несостоятельности) и отмена решений, принятых руководством непосредственно до наступления несостоятельности.

а) Обязанность начать производство по делу о несостоятельности

29. Как уже отмечалось в пункте 26, законодательство некоторых стран возлагает на руководителей предприятий обязанность подавать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может повлечь за собой реорганизацию или ликвидацию предприятия, в течение определенного, обычно довольно короткого срока, например не более трех недель, с момента наступления номинальной неплатежеспособности предприятия. В случае невыполнения данного требования руководитель может быть привлечен к полной или частичной материальной ответственности за любые убытки, понесенные в результате этого компанией и ее кредиторами, а иногда также к уголовной ответственности, например если компания продолжает коммерческую деятельность. О данной обязанности подробнее сказано в пунктах 35–36 главы I части второй. В тех правовых системах, в которых для привлечения руководителя к ответственности за нарушение данной обязанности требуется доказать, что его действия носили мошеннический характер, обеспечить исполнение данной обязанности оказалось довольно

сложно. По этой причине в некоторых правовых системах вместо критерия "мошеннического ведения дел" или наряду с ним 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, и не принимают надлежащих мер для защиты интересов кредиторов.

b) Гражданская ответственность

30. Гражданская ответственность руководителей в период приближения несостоятельности, как правило, предусматривается за доведение предприятия до банкротства или непринятие надлежащих мер для контроля за финансовым положением компании, предотвращения или уменьшения финансовых трудностей, минимизации потенциальных потерь для кредиторов и недопущения несостоятельности. Ответственность может возникать в тех случаях, когда руководители совершают сделки, не отвечающие целям улучшения финансового положения компании и сохранения ее стоимости (например, сделки, сопряженные с высокой степенью риска или связанные с отчуждением активов компании, ведущим к существенному и неоправданному увеличению ее уязвимости). Ответственность может возникать, если руководители предприятия знали, что несостоятельность компании неизбежна и что компания не сможет выполнить свои обязательства по мере наступления сроков их погашения, и несмотря на это продолжали вести коммерческую деятельность, связанную, в частности, с приобретением товаров и услуг в кредит, не взирая на невозможность их оплаты и не раскрывая реального финансового положения компании кредиторам. По законам некоторых стран, ответственность может возникать также в тех случаях, когда руководители предприятий не выполняют определенные обязанности, например не сообщают о неспособности предприятия совершить некоторые платежи, например произвести налоговые и социальные отчисления, или не делают официального заявления о его неплатежеспособности.

31. Во всех остальных случаях, когда законодательство не требует, чтобы руководители сообщали или официально объявляли о неплатежеспособности предприятия, от руководителей обычно ожидается, что при наступлении вышеупомянутых обстоятельств они должны проявить благоразумность и предпринять надлежащие шаги для контроля за ситуацией, чтобы быть в курсе происходящего и иметь возможность принимать меры для уменьшения убытков компании и кредиторов, не допускать принятия решений, способных привести к ухудшению положения, и принимать разумные меры для предотвращения несостоятельности.

32. В зависимости от обстоятельств надлежащие шаги могут состоять в следующем:

а) руководители могут удостовериться в том, что счета компании ведутся надлежащим образом и отражают самые последние сведения. В противном случае им следует исправить ситуацию;

б) руководители могут удостовериться в том, что им представляется точная, существенная и актуальная информация. С этой целью они могут

самостоятельно и не полагаясь на данные, предоставляемые правлением, собрать сведения о финансовом положении компании, требованиях кредиторов, предъявленных ими исках о взыскании задолженности и других спорных вопросах, существующих между компанией и кредиторами;

с) для наблюдения за ситуацией руководители могут созывать регулярные заседания совета директоров, в протоколах которых должны подробно отражаться все коммерческие решения (включая высказанные возражения) и их мотивировка, в том числе, в соответствующих случаях, причины, по которым компании было разрешено продолжить коммерческую деятельность, и обстоятельства, на основании которых был сделан вывод о наличии реальных шансов избежать ликвидационного производства. Одним из возможных шагов является продолжение обычной коммерческой деятельности, поскольку в некоторых обстоятельствах такую деятельность целесообразно продолжать даже после того, как стало ясно, что избежать ликвидации не удастся, например если предприятие владеет активами, стоимость которых будет значительно больше, если они будут проданы в то время, пока предприятие функционирует в нормальном режиме. Если для продолжения коммерческой деятельности предприятию требуются дополнительные или новые займы (когда их взятие допускается законодательством о несостоятельности), в протоколе должны быть указаны основания для привлечения займов и принятия связанных с ними долговых обязательств, для обеспечения наличия документального обоснования действий руководителей, если таковое потребуется на более позднем этапе;

d) руководители могут обращаться за советами и помощью к консультантам, например специалистам по вопросам несостоятельности. Хотя на данном этапе руководителям может быть полезно получить юридические консультации, основные вопросы, связанные с финансовым положением компании, обычно носят экономический, а не юридический характер. Желательно, чтобы руководители самостоятельно анализировали финансовое положение компании и сами оценивали вероятные последствия принимаемых решений и обращались к помощи консультантов лишь для их объективной и независимой проверки;

e) руководители могут провести предварительные переговоры с аудиторами и при необходимости организовать аудиторскую проверку;

f) руководители могут проанализировать организационную структуру предприятия и функции различных подразделений с целью оценки их рентабельности и сокращения расходов. В процессе этой работы можно рассмотреть возможность проведения переговоров о реструктуризации предприятия и возможность его реорганизации и подготовить соответствующий отчет;

g) руководители могут пожелать скорректировать методы управления, сосредоточив внимание на интересах всех заинтересованных сторон, к которым могут относиться служащие, кредиторы, поставщики, клиенты, правительственные органы и акционеры, а также на вопросах защиты окружающей среды, с целью определения надлежащего курса действий. В условиях вероятного или неизбежного наступления несостоятельности переключение внимания с максимизации стоимости компании в интересах

акционеров на защиту интересов кредиторов стимулирует руководителей к тому, чтобы постараться не допустить нанесения вреда кредиторам, которые превратятся в одну из основных заинтересованных сторон после открытия производства по делу о несостоятельности, в результате чрезмерно рискованных, неосторожных или небрежных действий;

h) руководители могут проследить за тем, чтобы компания не принимала мер, которые могут привести к уходу наиболее ценных сотрудников, и не совершала сделок, которые относятся к одной из категорий, перечисленных в рекомендации 87, и могут быть впоследствии расторгнуты, в частности не осуществляла передачу активов компании по заниженной стоимости. Не все платежи или сделки, совершаемые в данный период, обязательно должны вызывать подозрение; например, платежи, имеющие целью обеспечить непрерывность поставок или оказания услуг, не будут считаться носящими преференциальный характер, если они были необходимы для выживания предприятия. Желательно, чтобы основания платежа тщательно протоколировались на тот случай, если данная операция впоследствии вызовет вопросы;

i) в интересах компании руководители могут без лишнего промедления созвать собрание акционеров, если из баланса предприятия следует, что доля собственного капитала предприятия уменьшилась ниже определенного уровня (в том случае, если законодательство предусматривает требование о минимальной доле собственного капитала).

с) Расторжение сделок

33. В рекомендации 87 говорится о расторжении сделок, совершенных по заниженной цене, носящих преференциальный характер или направленных на затруднение или задержку действий кредиторов либо воспрепятствование им (см. пункты 170–185 главы II части второй). Эта рекомендация относится и к расторжению сделок, заключенных компанией в период, предшествующий несостоятельности. Кроме того, определенные действия руководителей могут быть признаны незаконными после наступления несостоятельности на основании положений о неправомерном или мошенническом ведении дел либо на том основании, что они привели к ухудшению экономического положения компании или к ее несостоятельности; к таким действиям относится, в частности, необоснованное привлечение новых займов или предоставление новых гарантий. Законодательство некоторых стран предусматривает не только возможность расторжения подобных сделок, но и возможность привлечение к материальной ответственности тех руководителей, которые дали разрешение на их совершение. Как правило, к ответственности могут привлекаться лишь те руководители, которые дали согласие на совершение сделки, те же руководители, которые отчетливо возражали против совершения сделки и возражения которых должным образом запротоколированы, обычно освобождаются от ответственности.

Е. Критерии исполнения обязанностей

34. Законы, касающиеся обязанностей руководителей в период приближения несостоятельности, обычно предусматривают ряд критериев, на основании которых осуществляется оценка действий руководителей в данный период и определяется, исправно ли те выполнили свои обязанности.

35. Согласно некоторым законам, вопрос о том, в какой момент руководителю или должностному лицу стало известно или должно было стать известно о том, что компания несостоятельна или окажется несостоятельной в будущем, решается исходя из общих знаний, квалификации и опыта, наличия которых можно резонно ожидать от лица, выполняющего те же функции, что и данный руководитель в рамках своей компании. От руководителя крупного предприятия с развитой системой и процедурами бухгалтерского учета можно ожидать большей осведомленности. Если квалификация и опыт руководителя превосходят требования, предъявляемые к его должности, во внимание могут приниматься квалификация и опыт, которыми фактически обладает руководитель, а не те, которые формально требуются для занятия его должности. С другой стороны, отсутствие у руководителя необходимой квалификации и опыта не может служить оправданием, и его действия могут оцениваться исходя из квалификации и опыта, требуемых для занятия соответствующей должности.

36. Согласно другому подходу, действия руководителя оцениваются исходя из того, имелись ли у него разумные основания подозревать, что компания является или может стать неплатежеспособной, в момент принятия долговых обязательств, приведших к ее несостоятельности. Наличие разумных оснований для подозрения означает не просто предположение, а наличие у руководителя реальных опасений относительно неплатежеспособности компании. Данный критерий является более широким по сравнению с критерием наличия сведений о фактической или возможной несостоятельности. За стандарт принимаются действия руководителя с обычным уровнем компетентности, имеющего общее представление о финансовом положении компании, а при оценке учитываются лишь те сведения, которые могли иметься у руководителя в момент принятия решения, а не информация, которая стала известна на более позднем этапе. Судебная практика стран, в которых действуют соответствующие положения, свидетельствует о том, что при изучении обстоятельств дела, нередко связанных с событиями, произошедшими задолго до начала разбирательства, суды, как правило, с большим пониманием относятся к положению, в котором оказались руководители, тщательно анализируют ситуацию, с которой тем пришлось иметь дело, и признают сложность вопросов, которые им пришлось решать. Обычно суды не пересматривают решений, принятых руководителями в ходе их коммерческой деятельности, и не разделяют мнения о том, что проблемы компании были неизбежны и могли быть предсказаны с самого начала.

37. Еще один подход к оценке действий руководителей состоит в выявлении фактов неэффективного управления. При этом может требоваться установить причинно-следственную связь между неэффективным управлением и долгами предприятия либо доказать, что неэффективное управление является одной из

основных причин его несостоятельности. Согласно данному подходу, ошибки в управлении предприятием, допущенные его руководителем, определяются путем сравнения его действий с действиями любого другого благоразумного руководителя. К примерам поведения или действий, которые могут повлечь за собой привлечение к ответственности, относятся неосмотрительность, некомпетентность, невнимательность, бездействие, заключение сделок на нерыночных условиях или сделок, носящих некоммерческий характер, а также неоправданное предоставление кредита в размере, превышающем финансовые способности компании, а к наиболее распространенным ошибкам руководства относится принятие решений о продолжении коммерческой деятельности предприятия несмотря на явные признаки несостоятельности и принятие решений о реализации проектов, выходящих за финансовые возможности компании и не отвечающих ее интересам. К другим примерам неэффективного управления относятся случаи, когда руководители недостаточно тщательно изучают финансовое положение своих деловых партнеров и другие важные факторы до заключения договора, не предоставляют наблюдательному совету достаточных сведений, необходимых для надзора за управлением предприятием, халатно относятся к ведению финансовых дел предприятия, пренебрегают принятием профилактических мер для защиты от предсказуемых рисков, проводят неправильную кадровую политику, ведущую к волнениям и забастовкам. Для установления фактов неэффективного управления не требуется, чтобы руководитель активно участвовал в управлении компанией: вполне достаточно молчаливого согласия с его стороны.

Г. Принудительное исполнение обязанностей руководителей после открытия производства по делу о несостоятельности

1. Обстоятельства, освобождающие от ответственности

38. Согласно законодательству некоторых стран, в тех случаях, когда руководители не исполняют обязанностей, возлагаемых на них при приближении несостоятельности, они могут избежать ответственности, сославшись на определенные обстоятельства, например на правило о деловом решении, в подтверждение того, что они действовали благоразумным образом. Правило о деловом решении устанавливает презумпцию того, что руководители действовали добросовестно, разумно полагая, что их действия отвечают наилучшим интересам компании, не имели личной материальной заинтересованности и были должным образом осведомлены. Несколько иной подход заключается в предоставлении руководителям права на презумпцию невиновности на том основании, что коммерческий риск является неотъемлемой частью и характерной чертой управленческой деятельности. Как уже упоминалось выше, суды обычно воздерживаются от пересмотра решений руководителя, действовавшего с должной осмотрительностью и в рамках закона, и стараются не принимать решений, основанных на сведениях, ставших известными лишь на более позднем этапе. В некоторых случаях правило о деловом решении может служить основанием для освобождения от ответственности за неисполнение лишь некоторых, но не всех обязанностей, предусмотренных законом.

39. Согласно законам, предусматривающим ответственность за неправомерное ведение дел, руководители должны доказать, что они приняли надлежащие меры для того, чтобы свести к минимуму возможные убытки для кредиторов компании, как только они пришли к выводу, что компании будет трудно избежать ликвидации. Если руководители смогут доказать, что они приняли разумные и объективные коммерческие решения, основанные на точной финансовой информации и соответствующих рекомендациях специалистов, им, скорее всего, удастся избежать ответственности, даже если эти решения оказались ошибочными с коммерческой точки зрения.

40. Неосведомленность руководителя о делах компании обычно не может служить оправданием неисполнения обязанностей. Не всегда позволяет избежать ответственности и уход руководителя в отставку незадолго до наступления несостоятельности, поскольку, согласно законодательству некоторых стран, руководители могут быть заподозрены в том, что их уход связан с несостоятельностью компании, что они знали или должны были знать о приближении несостоятельности и не предприняли разумных шагов для минимизации потерь для кредиторов и исправления ситуации. Если директор возражал против решения, ставшего впоследствии предметом рассмотрения в суде, он, как правило, может ссылаться на это обстоятельство с целью освобождения от ответственности лишь в том случае, если его возражение было должным образом запротоколировано. Если один из руководителей компании разошелся во мнениях с остальными руководителями относительно того, какие действия следует предпринять, и, несмотря на все разумные попытки, не сумел их переубедить, в его положении будет вполне логично уйти в отставку, при условии что его действия и мнение будут документально зафиксированы.

2. Санкции

41. Законодательство многих стран предусматривает различные виды и сочетания санкций за нарушение обязанностей, которые могут применяться к руководителям предприятий как на основании гражданского, так и на основании уголовного права. Гражданско-правовые санкции, как правило, предусматривают выплату компенсации за нарушение обязанностей и причиненный ущерб, хотя порядок расчета их суммы может существенно различаться. Законодательство некоторых стран предусматривает также лишение руководителя права занимать руководящие должности или участвовать в руководстве и управлении предприятием.

а) Возмещение убытков и компенсация

42. В случае привлечения руководителей к ответственности за действия или бездействие в период, предшествующий несостоятельности, степень ответственности может различаться. По законам некоторых стран, руководители могут нести ответственность за убытки или ущерб, причиненные отдельным кредиторам, служащим, а также самой компании, если такие убытки являются прямым следствием действий или бездействия руководителя. Они могут также нести ответственность за платежи, приведшие к сокращению имущественной массы в деле о несостоятельности или уменьшению активов компании. Законодательство некоторых стран разрешает суду корректировать

уровень ответственности соразмерно характеру и серьезности фактов неэффективного управления или других действий, повлекших ответственность. В одних случаях к ответственности могут привлекаться отдельные руководители, в других случаях все члены совета несут солидарную и индивидуальную ответственность. Согласно законодательству некоторых стран, руководитель может быть обязан возместить разницу в стоимости активов компании на то момент, когда ей следовало прекратить ведение дел, и на момент, когда она фактически прекратила деятельность, согласно другой формулировке – разницу между финансовым положением кредиторов и компании после нарушения обязательств и тем положением, в котором бы они находились, если бы нарушения не произошло. Согласно несколько иному подходу, с руководителей может быть взыскана разница между стоимостью активов компании и суммой, которая требуется для погашения ее долгов.

43. Некоторые законы, предусматривающие обязанность подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и обязанность созыва собрания акционеров в случае уменьшения уставного капитала, обычно также предусматривают положение о возмещении убытков.

44. Иногда законодательство предусматривает, что в случае привлечения руководителей предприятия к ответственности все взысканные с них суммы включаются в имущественную массу в деле о несостоятельности. Законы некоторых стран предусматривают, что в случае залога целого предприятия все средства, взысканные в качестве компенсации за ущерб, идут в пользу необеспеченных кредиторов (как уже отмечалось в пункте 12). Данное положение аргументируется тем, что компенсация не должна идти в пользу обеспеченных кредиторов, поскольку основания для ее взыскания возникают лишь после открытия производства по делу о несостоятельности, в связи с чем на нее не распространяются обеспечительные права, предоставленные компанией до этого момента. Кроме того, цель данной меры заключается не в возвращении активов компании, как в случае процедуры расторжения сделки, а в том, чтобы заставить руководителей внести свой вклад в погашение требований всех кредиторов.

45. Помимо вышеперечисленных санкций законодательство может предусматривать отсрочку исполнения долговых и иных обязательств, имеющих у компании перед руководителем, либо их субординацию, а также требовать, чтобы руководитель сообщил обо всем имуществе, которое он приобрел у компании или присвоил, и выгодах, которые он получил в нарушение своих должностных обязанностей.

b) Дисквалификация

46. Законодательство ряда государств предусматривает, что одним из последствий открытия производства по делу о несостоятельности является лишение руководителя права занимать руководящие должности и участвовать в руководстве и управлении компанией. Подобные положения, как правило, рассматриваются в качестве защитных мер, призванных лишить таких руководителей возможности занимать должности, на которых они могут причинить еще больший вред, продолжая выполнять управленческие или руководящие функции в той же или иной компании. Согласно законам одного из государств, лицо, признанное негодным для работы в качестве

руководителя, может быть лишено права на занятие руководящих должностей на срок от двух до пятнадцати лет. При вынесении соответствующего заключения могут учитываться такие факторы, как нарушение руководителем фидуциарных обязанностей, неправильное использование денежных средств, выступление с ложными заявлениями, касающимися финансовых и иных аспектов деятельности компании, и неспособность вести надлежащий учет и обеспечивать прибыль. Во внимание могут приниматься также действия руководителя, имеющие отношение к несостоятельности компании, например его ответственность за то, что компания заключила сделку, подлежащую расторжению на основаниях, сходных с перечисленными в рекомендации 87, или продолжала коммерческую деятельность после того, как руководителю стало известно или должно было стать известно о ее неплатежеспособности. Решение о профессиональной непригодности конкретного руководителя обычно выносится по совокупности факторов. Как показывает судебная практика стран, в которых действует положение о дисквалификации, профессионально непригодными часто, хотя и не всегда, признаются лица, проявившие нечистоплотность в делах, грубую халатности или серьезную некомпетентность.

47. Лишение права занимать руководящие должности может назначаться в дополнение к другим видам наказания, о которых говорилось выше, либо в качестве отдельного вида наказания, если поведение лица в качестве руководителя заслуживает применения такой санкции.

3. Стороны, правомочные предъявлять иски

48. Законодательство некоторых стран ограничивает право на возбуждение исков в отношении руководителей путем определения характера исков, круга лиц, имеющих право на их возбуждение, и сроков, в течение которых они могут быть предъявлены. Аналогичные ограничения распространяются и на осуществление полномочий по расторжению сделок, о которых говорится в рекомендации 87 (см. пункты 192–195 главы II части второй).

49. Согласно законодательству ряда государств, после открытия производства по делу о несостоятельности правом подавать в суд на руководителя предприятия обладает лишь управляющий в деле о несостоятельности, который, подробно изучив действия руководителя в период, предшествовавший несостоятельности, может попытаться таким образом добиться расторжения определенной сделки или взыскать компенсацию в пользу кредиторов за причиненные компании убытки. Положения законодательства о неправомерном ведении дел, могут, например, разрешать управляющему в деле о несостоятельности подавать на руководителей в суд с целью взыскания средств для пополнения имущественной массы в деле о несостоятельности, если действия руководителей способствовали несостоятельности компании или являются проявлением бесхозяйственности. Согласно законодательству некоторых стран, подобные иски могут также предъявляться прокуратурой или возбуждаться по собственной инициативе суда. Согласно законодательству ряда стран, в некоторых обстоятельствах, например в случае бездействия управляющего в деле о несостоятельности, право на подачу производного иска предоставляется кредиторам (см. пункты 192–195 главы II части второй).

50. В тех странах, законодательство которых предусматривает обязанность руководителей открывать производство по делу о несостоятельности, право на предъявление иска о возмещении убытков может предоставляться также самой компании и кредиторам. В тех случаях, когда руководители компании продолжали производить платежи вопреки мораторию на осуществление выплат, которым обычно дополняется требование об открытии производства по делу о несостоятельности, компания имеет право сама предъявить иск о возмещении убытков. Компания вправе требовать возмещения убытков также в связи с нарушением требований законодательства об обязательном созыве собрания акционеров в случае утраты капитала.

4. Оплата судебных издержек

51. Одна из трудностей, которые могут возникать в ситуациях, когда управляющим в деле о несостоятельности разрешается возбуждать судебные иски, связана с оплатой судебных издержек в случае неблагоприятного исхода дела. Нехватка финансовых средств нередко является главной причиной, объясняющей относительно малое число дел, возбуждаемых в связи с неисполнением должностных обязанностей руководителями предприятий. Как это часто бывает в случае процедур расторжения сделок, управляющие в делах о несостоятельности могут не пожелать расходовать средства из имущественной массы в деле о несостоятельности на возбуждение судебного разбирательства, если они заранее не уверены в его успешном исходе (см. пункт 196 главы II части второй). Оплата судебных издержек, связанных с рассмотрением подобных дел, может осуществляться разными способами. Финансовые средства могут выделяться из имущественной массы в деле о несостоятельности, если в ней имеется достаточное количество активов, право на возбуждение иска или на выручку, которая может быть получена при успешном исходе дела, может за определенную сумму уступаться третьей стороне, в том числе кредиторам, или же расходы на возбуждение разбирательства могут впоследствии вычитаться из суммы компенсации. Иногда иски против руководителей компании удастся урегулировать во внесудебном порядке, избежав таким образом судебных издержек. Желательно, чтобы возможность обращения в суд была всегда доступна, для чего необходимо предусмотреть соответствующие способы оплаты судебных издержек. Целесообразно также рассмотреть вопрос о том, в каких судах может быть возбуждено производство; данный вопрос подробно рассматривается выше в пункте 19 главы I части второй.

Проект рекомендаций 1–11

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся действий или бездействия лиц, ответственных за управление компанией ("руководители"), в период фактической или неминуемой утраты предприятием способности исполнять свои обязательства по мере наступления срока их исполнения, заключается в следующем:

- а) обеспечить, чтобы законодательство о несостоятельности защищало законные интересы кредиторов от причинения вреда в результате действий или бездействия руководителей в данный период;
- б) предусмотреть соразмерные санкции за противоправные действия или бездействие руководителей, когда такие действия или бездействие ведут к наступлению или усугублению несостоятельности и влекут убытки для кредиторов;
- с) добиться достижения вышеназванных целей, не допустив того, чтобы соответствующие положения законодательства:
 - i) негативно влияли на успех реорганизации предприятий;
 - ii) удерживали граждан от занятия руководящих должностей, особенно на предприятиях, находящихся в сложном финансовом положении;
 - iii) мешали руководителям принимать разумные коммерческие решения и идти на разумный коммерческий риск.

Содержание законодательных положений

1. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что в случае, если после открытия производства по делу о несостоятельности будет установлено, что интересам кредиторов компании был нанесен ущерб в результате противоправных действий или бездействия руководителя, такой руководитель может нести за них ответственность перед компанией.

Стороны, несущие обязанности

2. В законодательстве о несостоятельности следует указать лиц, на которых возлагаются соответствующие обязанности. К ним может относиться любое лицо, которое может быть признано выполняющим функции руководителя согласно национальному законодательству [разъяснения о том, кто может быть отнесен к категории руководителей, см. в пунктах 20–22 выше].

Момент возникновения обязанностей

3. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что обязанности, перечисленные в рекомендации 4, возникают в тот момент, когда руководителю стало известно или логически должно было стать известно о вероятной или неизбежной несостоятельности предприятия.

Обязанности

4. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что начиная с момента, указанного в рекомендации 3, руководитель обязан:

- а) предпринять разумные шаги для предотвращения несостоятельности или для сокращения ее масштабов, когда несостоятельность неотвратима;
- б) должным образом учитывать интересы кредиторов;
- с) составить себе полное представление о делах компании, в том числе, при необходимости, обратившись за консультациями к специалистам;

d) обеспечить защиту активов компании и не совершать сделок, относящихся к одной из категорий, упомянутых в рекомендации 87, а также не допускать совершения таких сделок компанией.

Ответственность

5. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть санкции на тот случай, если руководитель не исполнил обязанностей, перечисленных в рекомендации 4, и тем самым прямо или косвенно вызвал наступление несостоятельности или увеличение убытков кредиторов.

6. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что руководитель, проявивший надлежащую осмотрительность и внимание, которые можно ожидать от любого компетентного руководителя, может быть освобожден ответственности за неисполнение обязанностей, перечисленных в рекомендации 4.

Санкции

7. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что ответственность руководителя за нарушение обязанностей, перечисленных в рекомендации 4, должна быть соразмерна тому, в какой степени нарушение, совершенное по его личной вине или по общей вине нескольких руководителей, способствовало возникновению убытков или увеличению их размера, и не должна выходить за эти пределы. Санкции могут включать:

- a) взыскание определенной суммы в счет погашения долгов компании;
- b) взыскание компенсации за убытки, понесенные в результате заключения компанией одной из сделок, упомянутых в рекомендации 87;
- c) ограничение права на зачет долговых обязательств, имеющих у компании перед руководителем;
- d) в случае если директор выступает в качестве кредитора – погашение любой задолженности или любой части задолженности компании перед руководителем после погашения всех остальных долгов компании.

Порядок возбуждения судебного разбирательства в отношении руководителей

8. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что основную ответственность за возбуждение судебного разбирательства в отношении руководителей за неисполнение ими обязанностей, перечисленных в рекомендации 4, несет управляющий в деле о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности можно также предусмотреть, что возбуждать разбирательство вправе также любой кредитор с согласия управляющего в деле о несостоятельности; если же управляющий в деле о несостоятельности не дает своего согласия, кредитор может начать разбирательство с разрешения суда.

Оплата расходов на судебное разбирательство в отношении руководителя

9. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что расходы на судебное разбирательство в отношении руководителя оплачиваются в качестве административных расходов.

10. В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть также альтернативный порядок судебного разбирательства и оплаты судебных издержек.

Дополнительные меры

11. В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть дополнительные меры помимо перечисленных в рекомендации 7 с целью предотвращения поведения, которое может привести к привлечению руководителя к ответственности в соответствии с рекомендацией 5. Такие меры могут включать лишение руководителя права занимать руководящие должности на определенный период времени.

Примечание для Рабочей группы

52. Если настоящий материал будет решено оформить в качестве части четвертой Руководства для законодательных органов, данные рекомендации будут иметь номера 255–266. Рекомендации 8–10 основаны на рекомендациях 93–95 Руководства и были добавлены по тем соображениям, что они также применимы к судебному преследованию руководителей за нарушение обязанностей, возникающих в период, предшествующий несостоятельности.