



Руководство по функциональным обязанностям и ответственности директоров



Содержание

ВВЕДЕНИЕ	3
ЧАСТЬ ПЕРВАЯ	
Чем больше все меняется, тем больше все остается неизменным	4
Будущее Европейского союза в сфере корпоративного управления: подход, основанный на принципах	4
Усиление прав акционеров	5
Принцип «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении» – детальный обзор	6
Ужесточение требований и расширение объема обязанностей директоров	6
Нормативные обязательства директоров в Европе	7
Различные структуры исполнительных органов в Европе	8
Заключение	8
ЧАСТЬ ВТОРАЯ	
Ответственность директоров: описание текущих и будущих угроз	12
Усиление требований со стороны органов надзора	12
Выход на международный рынок: риски, с которыми сталкиваются транснациональные компании	15
Публичные компании: Европа движется к внедрению практики коллективных исков ...	17
Экономические риски и неплатежеспособность	21
Уголовная ответственность в случае явного нарушения обязанностей директоров ...	22
Последствия ужесточения законов о защите персональных данных в Европе	26
ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ	
Уход с линии огня	27
Значение страхования директоров и должностных лиц	29
Эффективное урегулирование страховых случаев	30
СПИСОК СПРАВОЧНОЙ ЛИТЕРАТУРЫ	31

СПИСОК АВТОРОВ:

Роджер Баркер,
Institute of Directors – Глава рабочей группы

Нуна Барлоу, AIG

Ниа Бен Сала, Guberna

Паскаль Дуран-Бартэ,
IFA, the French Institute of Directors

Филипп Готье, AIG

Рехард Гебельтвейте, AIG

Ларс Маттссон,
Swedish Academy of Board Directors

Грант Мэррил, AIG

Майкл Прайс, AIG

Беатрис Рише-Боум, ecoDa

Введение

В период финансового кризиса многократно возросли риски, связанные с ответственностью директоров и членов наблюдательного совета. Необходимым качеством членов правления стало умение быстро адаптироваться к постоянно изменяющейся ситуации, ведь сегодня руководящий состав компании осуществляет управление глобальными операциями и подвергается большому количеству различных рисков. Если компания имеет сложную систему дистрибуции и ведет бизнес в нескольких странах мира, члены правления должны уметь работать в различных правовых режимах и культурах, особенности которых надо учитывать при принятии решений.

Одновременно компании, а особенно члены совета директоров, могут стать предметом повышенного внимания со стороны регулирующих государственных органов и общественности в целом. Сегодня значительно повысилась роль социальных медиа.

Европейская конфедерация ассоциаций директоров (ecoDa) в соавторстве с AIG разработала данное руководство, проанализировав риски, с которыми сталкиваются директора. Отчет затрагивает вопросы, каким образом страхование ответственности директоров может обеспечить правовую и финансовую защиту руководителя. Содержание материала, в основном, ориентировано на членов совета директоров, однако при этом в нем также рассматриваются риски компании в целом.

Целью данного руководства является отнюдь не попытка воспрепятствовать вхождению директоров в совет, а необходимость помочь им понять истинную природу своей ответственности. Данное руководство освещает актуальные для многих стран вопросы при помощи различных тематических исследований, например, в каких случаях директора могут быть привлечены к ответственности в разных странах.

Руководство описывает важные принципы работы отдельных членов совета директоров, а также дает руководителям возможность исполнять свои обязанности профессионально и без страха, и при этом оставаться лояльными по отношению к компании. Таким образом, руководство, как минимум, поможет снизить риски, которым подвержены отдельные члены совета директоров, а, в идеале, поможет им избежать судебных разбирательств.

Я хотел бы воздать должное и отдельно поблагодарить Роджера Баркера, который выступил председателем совместной рабочей группы, посвященной решению этой задачи, а также экспертов AIG, и всех участников проекта, которые вложили собственное время и знания в этот проект.

Ларс-Эрик Форсгард,
ПРЕДСЕДАТЕЛЬ ecoDa

Чем больше все меняется, тем больше все остается неизменным

Хороший бизнес – это не только правила и инструкции. В первую очередь, это люди: штатный персонал, консультанты, руководители и прочие сотрудники компании. Бизнес требует необходимых навыков и знаний, но, в первую очередь, тут важен характер.



Сер Роджер Карр, председатель компаний BAE Systems и Centrica, а также экс-президент Конфедерации британской промышленности (CBI), в своем эссе.

В первой главе руководства представлена информация, необходимая для понимания среды, формирующей обязанности и ответственность европейских директоров. Дается детальное описание корпоративных структур управления, которые применяются в большинстве стран Европы. Представлены последние меры, предпринятые для обеспечения более гармонизированного подхода. В этой главе рассматриваются различные европейские правовые системы и управленческие структуры, а также поднимается вопрос их влияния на степень, суть и контроль исполнения обязанностей директоров.

Будущее Европейского союза в сфере корпоративного управления: подход, основанный на принципах

Различие подходов к корпоративному управлению в европейских странах – неоспоримый факт. Тем не менее, обязанности и ответственность директоров отличаются не существенно.

В Европе подход каждой отдельной страны в сфере корпоративного управления зависит от корпоративного права и статуса акционеров. Тем не менее, большинство публичных компаний Европейского союза работают по принципу «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении».

В рамках этого подхода, компании должны придерживаться рекомендаций и предложений, которые содержатся в кодексе корпоративного управления страны, в которой они работают, либо же объяснять причины несоблюдения этих требований. С точки зрения управления рисками, продвижение высоких стандартов корпоративного управления (с использованием принципа «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении») значительно снижает риски компании, связанные с возможными судебными разбирательствами в результате действий директоров и должностных лиц.

По информации Institute of Chartered Accountants in England and Wales, существует пять важнейших принципов, которые содержатся в кодексах корпоративного управления:

- **Лидерство:** во главе каждой компании должно стоять эффективное правление. Задача правления/Совета директоров – управление компанией с целью достижения ее бизнес-задач, как в краткосрочной, так и в долгосрочной перспективе;
- **Профессиональная квалификация:** члены правления должны обладать соответствующими навыками, опытом и уровнем независимости, чтобы эффективно выполнять свои обязанности и нести ответственность за принимаемые решения;
- **Подотчетность:** правление должно регулярно общаться с акционерами компании и другими заинтересованными сторонами, предоставлять правдивую, всестороннюю и понятную оценку того, как компания справляется с реализацией бизнес-задач, а также с другими обязанностями;
- **Устойчивое развитие:** члены правления должны руководить бизнесом с целью его устойчивого и сбалансированного финансового развития для последующего распределения дохода на рефинансирование и выплаты заинтересованным сторонам, включая акционеров, директоров, сотрудников и клиентов; и
- **Безукоризненная репутация:** правление должно возглавлять компанию и вести бизнес честно и прозрачно, чтобы выдержать пристальную проверку заинтересованных сторон.

Эффективное правление, которое следует вышеприведенным принципам, будет в состоянии создать корпоративную культуру, препятствующую неэтичному поведению и возникновению чрезмерных рисков. Внедрение этой культуры является ключевой задачей системы управления рисками, которая, в свою очередь, поможет избежать проблемных вопросов: банкротства, взяточничества и т.п., которые могут повлечь за собой судебные иски против директоров.

Если директора смогут поддерживать соответствующую культуру в своих компаниях, от стартапов малого и среднего бизнеса и других быстрорастущих частных предприятий, до глобальных корпораций, остальные вопросы решатся проще. С правильно выстроенными системами и корпоративной культурой, а также при условии соблюдения кодексов корпоративного управления, европейские директора будут в состоянии оградить себя от судебных исков.

Усиление прав акционеров

Компании, инвесторы и общество в целом, только выиграют от повышения уровня прозрачности.

Европейский комиссар по вопросам внутреннего рынка и услуг, Мишель Барнье

С момента наступления финансового кризиса Европейская Комиссия ввела ряд рекомендаций для сбалансирования и улучшения европейской системы корпоративного управления.

В апреле 2014 года Европейская комиссия проголосовала за усиление сотрудничества с акционерами, путем пересмотра существующей Директивы о правах акционеров. Ожидается, что это поможет устранить недостатки корпоративной системы управления в отношении компаний и членов правления, акционеров, посредников и консультационных представителей. Ведь, как показал кризис, акционеры зачастую поддерживают рискованные краткосрочные решения менеджеров и / или невнимательно следят за действиями компаний, в которые они инвестировали.

Комиссия также предложила связать уровень заработной платы директоров с их продуктивностью и результативностью для того, чтобы ослабить влияние «вредных краткосрочных решений». Публичные компании будут обязаны предоставлять информацию о политике вознаграждения и оплате труда конкретных директоров, которая также должна быть утверждена акционерами.

Принцип «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении» – детальный обзор

Европейская комиссия принимает меры по борьбе с так называемыми недостатками при реализации принципа «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении» со стороны некоторых европейских компаний. В частности, комиссия подчеркивает, что компании часто оказываются не в состоянии предоставить необходимые объяснения при нарушении кодексов корпоративного управления.

Инвесторы зачастую утверждают, что предоставленные объяснения не позволяют им должным образом понять, как альтернативные решения внутри компании сочетаются с выполнением соответствующих принципов отчетности. Кроме того, некоторые компании считают, что несоблюдение норм негативно влияет на их собственный имидж на рынке, и превосходит выгоду от применения альтернативной стратегии, которая также обеспечивает хороший уровень управления и лучше удовлетворяет потребности их бизнеса.

Для отхода от требований кодексов корпоративного управления необходимо иметь на то законные основания, которые должны быть продуманы и хорошо обоснованы.

Стивен Хэдрилл, главный исполнительный директор, Financial Reporting Council

Комиссия разработала руководство, чтобы публичные компании могли объяснить отклонения от соответствующих кодексов корпоративного управления. Однако оно не имеет обязательной юридической силы. Руководство предназначено для улучшения общего качества корпоративных заявлений, которые публикует компания.

Association of Chartered Certified Accountants (Ассоциация Присяжных Сертифицированных Бухгалтеров, АССА) одобрила данные рекомендации с оговоркой о том, что необходимо также принимать во внимание европейские реалии. «Для Европы важно разработать актуальное и эффективное корпоративное право и стандарты управления», сказал Джон Дэвис, руководитель технического департамента АССА. «Однако, мы считаем, что очень важно учитывать различные экономические условия в Европе и обеспечить гибкий подход к компаниям, позволяя им строить собственную систему корпоративного управления в соответствии со спецификой работы компании в разных государствах-членах Европейского союза».

Для есоDa (Европейской конфедерации ассоциаций директоров) повышение эффективности управления заключается в лучшем применении принципа «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении». есоDa готовит к выпуску отчет-исследование, посвященный контролю соблюдения национальных кодексов управления на территории Европы.

Ужесточение требований и расширение объема обязанностей директоров

Принятие Директивы о раскрытии нефинансовой и другой информации крупными компаниями и группами подчеркивает растущее значение обязанностей директоров за пределами корпоративного права. В соответствии с новыми правилами компании с более чем 500 сотрудниками, должны раскрывать информацию о политике и рисках, а также данные в отношении вопросов охраны окружающей среды, социальных и трудовых аспектах, связанных с соблюдением прав человека, разнообразности состава правления, борьбой с коррупцией и взяточничеством.

Это очередной шаг Европы, позволяющий определить обязанности конкретных директоров. В Италии в 2003 году были введены более строгие меры в отношении обязанностей и ответственности директоров в рамках общей реформы итальянского корпоративного права. Особенно значимым стал переход от «профессионала», к «разумному управленцу» – данный стандарт используется при оценке эффективности директора в отношении обязанностей, которые он исполняет.

В Испании добровольный корпоративный кодекс (Unified Good Governance Code, также известный как Conthe Code) был введен в мае 2006 года. Кодекс рекомендует строго определить обязанности директора в отношении лояльности к компании. Эти обязанности также распространяются на теневых директоров и управляющих акционеров.

Нормативные обязательства директоров в Европе

Обязанности европейских директоров в первую очередь преследуют интересы компании, а не акционеров. Этот основной принцип является общепринятым и бесспорным. Тем не менее, британское корпоративное право более «расположено к акционерам». Таким образом, акционеры, за исключением сотрудников, как правило, имеют исключительное право голоса на общем собрании при избрании директоров.

Кроме того, недавние меры, предпринятые Европейской комиссией, способствуют дальнейшему укреплению прав акционеров. Государства-члены Европейского союза могут формировать понятия в отношении, как компании, так и роли директоров и акционеров, двумя способами:

1. Акционеры могут рассматриваться в качестве источника корпоративной власти, а директора – в качестве агентов, которые получают право принимать решения от имени компании, путем делегирования полномочий от акционеров; или
2. Директора могут рассматриваться в качестве доверенных лиц, которые действуют в интересах акционеров и других заинтересованных сторон.

Эти подходы являются значимыми, поскольку они определяют то, каким образом акционеры осуществляют контроль над деятельностью компании. Ярким примером первой стратегии является английское право, которое позволяет акционерам вмешиваться в управление компанией. С другой стороны, в большинстве юрисдикций французского и немецкого права, правление выступает в качестве независимой корпоративной структуры, которая в определенной степени изолирована от акционеров.

Классификация национального корпоративного права на основании отделения функций менеджмента

Согласно английскому праву, акционеры могут вмешиваться в управление компанией. При этом в большинстве юрисдикций французского и немецкого права, Совет директоров выступает в качестве объединения независимых юридических лиц, которые в определенной степени изолированы от акционеров.



Авторы из The London School of Economics and Political Science (Лондонской школы экономики и политических наук) выделили три отдельные группы корпоративного права:

- Группа I включает в себя корпоративное право, которое обеспечивает директорам компании наивысшую степень отделения (независимости) функций управления;
- Группа II представляет собой «промежуточные случаи»; и
- Группа III включает юрисдикции, корпоративное право которых обеспечивает акционерам наивысший уровень контроля над управлением.

Группа I
 Группа II
 Группа III

Несмотря на эти различия, последствия правовых стратегий, используемых государствами-членами Европейского союза, часто удивительно похожи. Обязанности директора практически во всех странах происходят из прецедентного права, даже если корпоративное право кодифицировано. Принимая во внимание расхождения между странами, которые придерживаются общего и гражданского права, в контексте обязанностей директора, такие различия практически утратили смысл.

Все правовые системы опираются на принципы общего договорного права, гражданского права или фидуциарных принципов, в дополнение к корпоративному праву, если это необходимо. И все чаще директора должны рассматривать свою деятельность в контексте соответствия законодательству о защите окружающей среды, охраны труда и безопасности рабочего места, конкуренции, защите данных, противодействию взяточничеству и коррупции и т.д.

Обязанности европейских директоров также могут быть расширены в результате актуализации трансграничных вопросов. Корпоративная мобильность в данный момент развивается, однако, существует мнение, что директор компании, которая работает за границей, является субъектом лишь собственных уставных обязанностей в соответствии с корпоративным правом на его родине.

Ответственность директора на этом не заканчивается. Компании, базирующиеся в пределах одной юрисдикции, все чаще стремятся создать дочерние компании в других юрисдикциях в целях расширения бизнеса. Это особенно актуально для компаний, работающих в США или Австралии. Стоит помнить, что судебные разбирательства, связанные с деятельностью директоров и должностных лиц, очень распространены на обоих рынках. В результате, руководители должны ответственно подходить к вопросу разграничения потенциальных обязанностей в разных странах.

Различные структуры исполнительных органов в Европе

Существуют значительные различия в составе правления по всей Европе, а также в отношении других аспектов управления компанией. В частности, в отношении права выбора/номинации и участия сотрудников. Структура правления, как правило, разделяется на одноуровневые и двухуровневые структуры, которые произошли из корпоративного права Англии и Германии.

Компанией с одноуровневой структурой руководит единое правление, которое выполняет как управленческие, так и наблюдательные функции (поэтому не существует отдельного наблюдательного совета). Такие органы правления состоят из исполнительных и неисполнительных директоров. Неисполнительные директора являются связующим звеном между акционерами и руководством, в их обязанности входит проверка исполнительного менеджмента на предмет качества работы. В двухуровневой структуре предусмотрено исполнительное руководство или правление (все исполнительные директора) и отдельный наблюдательный совет, состоящий из всех неисполнительных директоров. Правление во главе с генеральным исполнительным директором несет ответственность за операционную деятельность компании. Наблюдательный совет компании во главе с председателем отвечает за стратегический контроль.

В настоящее время семь государств-членов Европейского союза (Австрия, Чешская Республика, Эстония, Германия, Латвия, Польша и Словакия) работают по принципу двухуровневой системы. Другие восемь государств-членов Европейского союза (Бельгия, Кипр, Греция, Ирландия, Мальта, Испания, Швеция, и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии) придерживаются одноуровневой структуры управления. Для сравнения, 13 государств-членов Европейского союза дают возможность выбрать структуру управления, в то время как в соответствии с законами в Италии и Португалии, компаниям предлагается выбрать из трех различных вариантов.

Скандинавские страны придерживаются гибридной системы управления. Корпоративное право предполагает одноуровневую структуру, и исполнительное руководство согласно скандинавской модели, как правило, избирается не акционерами, а правлением (избранными акционерами), которое, в свою очередь, контролирует высшее исполнительное руководство.

Вывод

Подход к корпоративному управлению отличается в каждом отдельном государстве-члене Европейского союза, и основные обязанности и ответственность европейских директоров в основном остаются одинаковыми. Деятельность Европейской комиссии, направленная на усиление прав акционеров и конкретизацию обязанностей директоров, будет оказывать наибольшее влияние на публичные компании.

Однако не только руководители крупных транснациональных компаний попадают под действие более строгих правил и подлежат тщательной проверке. Малые и средние предприятия составляют около 99% всех европейских предприятий, поэтому подавляющее большинство европейских директоров осуществляют управление частными предприятиями, акции которых не котируются на биржах. При этом, как утверждает статистика, менее четверти малых и средних предприятий Великобритании заключают договора страхования ответственности директоров и должностных лиц.

По данным Institute of Directors, несмотря на экономическое значение и численность, руководители частных компании часто пренебрегают рекомендациями органов корпоративного управления. Ключевым шагом в развитии вышеуказанных компаний является решение включить в состав правления директоров извне. Со своей стороны, esoda предлагает [подробное руководство](#) по корпоративному управлению для частных компании.

Важно признать, что понимание сути хорошего управления может отличаться и зависеть от размера компании и ее положения на рынке, хотя юридические требования к компаниям разного размера могут быть одинаковыми. В частных небольших компаниях важным шагом к развитию является понимание того, что компания не является продолжением личной собственности ее владельца.

Практические кейсы

Незащищенность директоров малого и среднего бизнеса

Дело, рассматриваемое Верховным судом Англии и Уэльса в 2013 году – типичный случай незащищенности директоров компаний малого и среднего бизнеса. Источник: Прест против Petrodel Resources Limited и др. [2013] Верховный Суд должен был вынести решение по поводу того, должно ли имущество, принадлежащее компаниям, в которых господин Прест был исполнительным директором и акционером, быть передано миссис Прест в рамках бракоразводного процесса.

Суд постановил, что господин Прест использовал активы компаний, без ограничений, в качестве своих собственных, но в связи с тем, что он (а не компания) первоначально выделил средства на приобретение объектов недвижимости, компании в действительности владели имуществом только на доверии к нему. Поскольку господин Прест фактически являлся владельцем имущества, по решению суда, миссис Прест получила семь объектов недвижимости компании.

Одноуровневая или двухуровневая?

Сэр Ричард Гринбари, председатель и главный исполнительный директор розничной британской компании Marks and Spencer в период с 1988 по 1999 год, был убежденным сторонником одноуровневой системы управления. В своем отчете за 1995 год сэр Ричард рекомендовал создать один унитарный орган управления, состоящий из неисполнительных директоров, для контроля и надзора за исполнительным руководством. Он утверждал, что это – наилучшая защита от избытка полномочий исполнительных органов правления.

Однако Гринбари изменил свое мнение после того, как провел 11 лет в наблюдательном совете голландского технологического гиганта Philips. В интервью с The Times в марте 2009 года, он упомянул, что существовала высокая вероятность того, что двухуровневая система управления могла предотвратить крах RBS с помощью контроля и пресечения действий сэра Фреда Гудвина.

Одноуровневая система управления	Двухуровневая система управления
<p>Преимущества</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Дух партнерства и взаимного уважения между директорами позволяет членам совета директоров лучше взаимодействовать друг с другом. ■ Неисполнительные директора больше контактируют с компанией и более активно участвуют в процессе принятия решений. ■ Неисполнительные директора имеют прямой доступ к информации. Процесс принятия решений осуществляется быстрее. ■ Облегченный процесс управления, так как только один орган управления должен проводить заседания, необходимо составлять только один протокол. 	<p>Преимущества</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Четкое разграничение функций контроля и управления в компании. ■ Четкое разграничение ответственности членов наблюдательного совета и органов управления. ■ Члены наблюдательного совета более независимы. Четкое разделение ролей и функционала председателя Совета директоров и главного исполнительного директора.
<p>Недостатки</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Один орган управления одновременно отвечает за управление и контроль над деятельностью компании. ■ Труднее гарантировать независимость членов совета, существует больший риск сближения неисполнительных директоров с командой исполнительного директора. ■ На неисполнительных директоров возлагается больше ответственности. 	<p>Недостатки</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Руководителям труднее построить доверительные отношения, тем самым подрывается открытое взаимодействие между двумя управляющими органами. ■ Члены наблюдательного совета вправе получать только ограниченную информацию (от правления) и, как следствие, снижается уровень вовлеченности. Существует повышенный риск того, что наблюдательный совет не сумеет обнаружить нарушения (либо же это произойдет слишком поздно) и не в полной мере понимает и одобряет стратегические инициативы исполнительных органов. ■ Процесс принятия решений задерживается из-за редких встреч и заседаний наблюдательного совета.

Источник: ecoDa

Различные структуры исполнительных органов в Европе



- Одноуровневые
- Двухуровневые
- На выбор

Страна	одноуровневая или двухуровневая система (публичные компании)
Австрия	обязательная двухуровневая система правления
Бельгия	одноуровневая или смешанная система ¹
Болгария	на выбор – одноуровневая или двухуровневая система
Хорватия	на выбор – одноуровневая или двухуровневая система
Кипр	одноуровневая система ²
Чехия	обязательная двухуровневая система
Дания	на выбор – «скандинавская модель» ³ или двухуровневая система немецкого типа
Эстония	обязательная двухуровневая система
Финляндия	на выбор – «скандинавская модель» или двухуровневая система немецкого типа
Франция	выбор между одноуровневой и двухуровневой системой правления. Кроме того, в случае выбора одноуровневой структуры, компания может выбрать между моделью PDG (президент – генеральный директор) и разделением обязанностей председателя и главного исполнительного директора ⁴
Германия	обязательная двухуровневая система
Греция	одноуровневая система
Венгрия	на выбор – одноуровневая система правления или двухуровневая
Ирландия	одноуровневая система ⁵
Италия	на выбор три различные системы правления ⁶
Латвия	обязательная двухуровневая система правления
Литва	на выбор: наблюдательный совет и/или совет директоров, в соответствии с законодательством Литвы
Люксембург	на выбор – одноуровневая система правления или двухуровневая
Мальта	обязательная одноуровневая система
Нидерланды	на выбор – одноуровневая система правления или двухуровневая ⁷
Польша	обязательная двухуровневая система правления
Португалия	на выбор три различные системы правления ⁸
Румыния	на выбор – одноуровневая система правления или двухуровневая
Словакия	обязательная двухуровневая система правления
Словения	на выбор – одноуровневая система правления или двухуровневая
Испания	одноуровневая система правления
Швеция	«скандинавская модель» ⁹
Великобритания	одноуровневая система правления ¹⁰
Россия	одноуровневая или смешанная система правления

(Источник: LSE и Европейская комиссия)

1. В соответствии с бельгийским законодательством, совет директоров может передать часть своих полномочий «руководящему комитету», который состоит из исполнительных и неисполнительных директоров.
2. Кипрское корпоративное право основано на Британском законе о компаниях, принятого в 1948 году. Поэтому в соответствии с законодательством Великобритании, в отношении управленческих структур может быть сделан выбор. Смотрите также п. 25 ниже.
3. См описание «скандинавской модели» ниже.
4. PDG или «president-directeur general» – модель управления, которая объединяет должность главного исполнительного директора и председателя Совета директоров (правления).
5. Ирландское корпоративное право во многом повторяет законодательство Великобритании. Поэтому в отношении управленческих структур есть выбор. При этом ирландские компании отдадут предпочтение одноуровневой системе. Смотрите также п. 25 ниже.
6. Итальянское корпоративное право позволяет компаниям выбирать между «традиционной» моделью с советом директоров и правлением, состоящим из внешних лиц, осуществляющих проверку деятельности исполнительных органов, а также типичной двухуровневой и типичной одноуровневой систем. Преобладает выбор традиционной системы, которая является формой одноуровневой системы правления. См. итальянский отчет, приложение, раздел 1.3, с подробной информацией о трех управленческих структурах.
7. Компании могут выбрать любую структуру, но по достижению определенного размера, обязательной становится двухуровневая система.
8. Португальское корпоративное право позволяет компаниям выбирать между структурой с советом директоров и ревизионной комиссией, а также типичной двухуровневой и типичной одноуровневой системами. Преобладающую систему, на наш взгляд, лучше всего можно описать как особую форму одноуровневой системы. См. португальский отчет, приложение, раздел 1.3, с подробной информацией о возможных управленческих структурах.
9. См. описание «скандинавской модели» ниже
10. Британское корпоративное право не содержит обязательных требований, определяющих систему правления, при этом акционерам разрешается принять систему правления, которая напоминает типичную двухуровневую; См. П.Л. Дэвис и С. Уортингтон, Гауэр и Дэвис «Принципы современного корпоративного права» (9 изд, Лондон: Sweet & Maxwell 2012) 14-65; П.Л. Дэвис «Структура правления в Великобритании и Германии: Конвергенция или непрерывная дивергенция?» (2001) 2 Журнал «International and Comparative Corporate Law» 435

Ответственность директоров: описание текущих и будущих угроз

Существует множество потенциальных исков к директорам и должностным лицам, которые могут быть связаны с разными причинами: от регуляторных расследований до судебных процессов и неплатежеспособности. Однако большинство европейских директоров в состоянии исполнять свои обязанности эффективно, вести компанию к процветанию и, возможно, никогда не столкнуться с угрозой судебного разбирательства. Директорам важно знать и уметь прогнозировать свои риски при исполнении обязанностей.



Ситуация меняется, и в связи с финансовым кризисом регуляторы начали более тщательно проверять деятельность компаний. Во многих странах уровень надзора повысился, в то время как в Великобритании и США новые законы по борьбе с взяточничеством расширили географические полномочия регуляторов. Теперь для европейских компаний, которые ведут деятельность на территории США, возрастает объем ответственности в соответствии с требованиями американской правовой системы.

В следующем разделе приведены основные категории рисков с целью информирования директоров о возможных угрозах и их эволюции. Естественно лучшее средство защиты для директора - это выполнение своих обязанностей, задействовав свой максимальный потенциал и осознавая потенциальные риски.

Усиление требований со стороны органов надзора: ужесточение регуляторных и политических проверок

Действия регуляторов остаются одним из основных причин требований против корпоративных директоров и должностных лиц, влекущих за собой судебные разбирательства. В Европе влияние финансового кризиса ощущается до сих пор. Давление регулирующих органов значительно усилилось в связи с их желанием исправить ошибки, допущенные в ходе финансового кризиса. Расследования на предмет предполагаемых нормативных нарушений становятся более распространенным явлением, и новые уполномоченные органы контроля прикладывают особое внимание, чтобы проявить себя с лучшей стороны.

Подобные действия надзорных органов сильнее всего ощущаются в финансовом секторе. В других сферах также наблюдается ужесточение требований надзора, в том числе в отраслях энергетики, высоких технологий, телекоммуникаций, фармацевтики, производства, строительства и недвижимости. Для всех этих секторов судебные издержки, связанные с регуляторными расследованиями, неуклонно растут.

В связи с кредитным кризисом в дополнение к деятельности банковских и страховых надзорных органов директора также подвергаются проверкам других органов по вопросам борьбы с коррупцией и взяточничеством, охраны труда и безопасности рабочего места, загрязнения и охраны окружающей среды, защиты персональных данных и деятельности, направленной на ограничение или ликвидацию конкуренции.

Европейские компании и их руководители, принимающие решения, сталкиваются с рядом новых законов – таких, как британский закон о взяточничестве и директива ЕС об экологической ответственности. Во многих случаях существует также угроза штрафов и пени в дополнение к длительным расследованиям. Для расследования и вынесения приговора по регуляторным делам, которые, как правило, особенно длительные, требуется в среднем от двух до семи лет.

Наряду с усилением регуляторного контроля в Европе, существует и другая тенденция – трансграничное сотрудничество между органами надзора. Для многих компаний и их директоров наиболее существенный риск может быть за пределами их родной страны. Наравне с ростом экстерриториальных полномочий регуляторные расследования все чаще подразумевают трансграничное сотрудничество и содействие органам надзора разных стран. Правоприменение в соответствии с Законом США о коррупции за рубежом (FCPA) является одним из примеров. На надзорные органы Европы оказывается давление с целью улучшения результативности. Рецессия в экономике приводит к сокращению бюджетов многих регуляторов. Давление, направленное на получение максимальной результативности за минимальные средства, приводит к тому, что акцент смещается на аутсорсинг расследований и поощрение подачи добровольной отчетности.

Компании реагируют и пытаются показать регулятору, какие меры были предприняты ими для исправления нарушений. Существует мнение, что проактивный подход компаний приведет к снисхождению регуляторов.

Европе до сих пор не хватает ресурсов для информирования о нарушениях, которые доступны в США. Отдел по борьбе с экономическими преступлениями (SFO) Великобритании изучает возможность внедрения поощрительной системы по американскому принципу. Директорам нужно внимательно следить за такими тенденциями работы государственных органов. Следует помнить о том, что основная доля информации о нарушениях в соответствии с Законом Додда-Франка пришла из США.

Практический кейс:

Соглашения об отсрочке исполнения судебного решения

С 24 февраля 2014 г. прокуратура Великобритании может применять соглашения об отсрочке исполнения судебного решения (СОСР). Согласно СОСР уголовные обвинения могут быть сняты после определенного периода времени, если компания выполнит условия соглашения. Такие условия, как правило, включают в себя согласие осуществить определенные требования, т.е. оплатить штрафы, внедрить внутренние изменения и сотрудничать со следственными органами.

Несмотря на то, что СОСР может помочь компаниям избежать длительных судебных разбирательств, есть некоторые опасения в том, что введение этой процедуры может привести к увеличению рисков корпоративных директоров и должностных лиц. И, хотя СОСР не распространяется на отдельных директоров, неизбежно есть риск того, что директора, вовлеченные в подобные ситуации, могут быть участниками будущих судебных процессов.

Если же требования в отношении персональной отчетности будут усилены, это может поставить отдельных директоров перед еще большей опасностью судебных исков. Добровольное раскрытие информации может быть в интересах корпорации, но для отдельного директора, который был вовлечен в ее деятельность, добровольное раскрытие информации может привести к расследованию в отношении его / ее лично. Если же будет выявлено, что проступок имел серьезный характер, это может привести к отстранению директора от должности.

Практический кейс:

Германия и Швеция: Антимонопольные штрафы достигают рекордных высот



Штрафы и пени за нарушение антимонопольного законодательства возросли в последние годы в связи с ужесточением позиции властей во всех странах по усилению законодательства о конкуренции. Такие нововведения существенно повлияли на деятельность директоров и должностных лиц, ведь регулирующие органы с большим энтузиазмом стремятся выявить факты картельного сговора и наказать за них.

Государственные органы по надзору за конкуренцией наложили штрафов на общую сумму 5,3 млрд. USD (5 млрд. EUR) в 2014 году, это на 31% больше по сравнению с рекордом 2013 года. Во Франции и Германии были выписаны максимальные штрафы на компании, признанные виновными в ценовом сговоре. Французские власти наложила 1,2 млрд. USD штрафа на один картель, а Германия оштрафовала три картеля почти на 1 млрд. USD в общей сложности.

Индивидуальная ответственность становится все более распространенной в связи с тем, что высшее руководство теперь может попасть под санкции в отношении собственного поведения, а также в связи с игнорированием нарушений собственными подчиненных (что, как утверждается, произошло в Barclays во время скандала вокруг ставки ЛИБОР). Другим примером является коллективный иск в отношении ценных бумаг, поданный в США против расположенной в Швеции фирмы по торговле автозапчастями Autoliv и некоторых ее директоров и должностных лиц в апреле 2013 года, после того, как фирма была признана виновной в ценовом сговоре. В июне 2014 года компания согласилась заплатить 65 млн. USD (61 млн. EUR), чтобы урегулировать иски.

Практический кейс:

Новое законодательство о взятках и длинная рука регулятора

Правительственные и надзорные органы усилили меры по борьбе с коррупцией по всему миру. Некоторые наблюдатели считают, что множество органов власти в своем стремлении к финансовому оздоровлению в условиях плачевного финансового положения, ввели законы о взяточничестве с действием вне национальной юрисдикции государств. Европейские директора все чаще подвергаются рискам в результате таких мер по борьбе с коррупцией.

Закон о взяточничестве Великобритании и Закон о борьбе с иностранной коррупцией США (FCPA) являются одними из международных договоров и законодательных актов, созданных для решения проблемы взяточничества в международном масштабе. Между ними есть различия. Закон о борьбе со взяточничеством подразумевает уголовную ответственность и, таким образом, отличается от FCPA, который позволяет SEC инициировать гражданские иски при определенных обстоятельствах.

Кроме того, в то время как FCPA охватывает подкуп иностранных публичных должностных лиц со стороны компаний и частных лиц, Закон о взяточничестве охватывает также любую другую форму взяточничества, которая приводит к любому дополнительному преимуществу в отношении бизнеса компании. В частности, есть строгая ответственность должностного лица в соответствии с Законом о борьбе с взяточничеством, а это означает, что физические лица могут быть привлечены к ответственности за непредотвращенное взяточничество. Таким образом, против отдельных директоров и должностных лиц могут быть приняты меры.

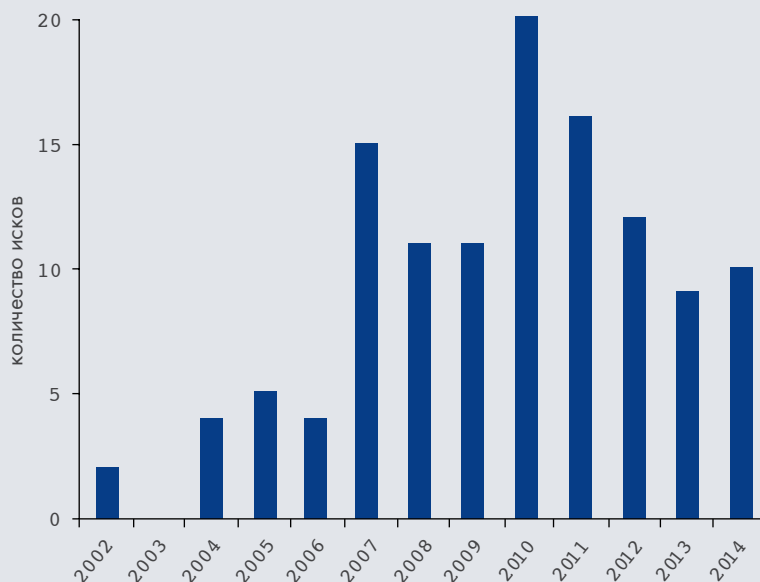
Правоприменительная практика США в отношении FCPA со стороны Комиссии по ценным бумагам и биржам (SEC) и министерством юстиции США (DoJ) резко увеличилось за последние 12 лет, достигнув своего пика в 2010 году. Активность органов надзора несколько снизилась в 2013 году, но вновь усилилась в 2014, когда правительство инициировало десять исков против корпораций и четырнадцать физических лиц.

В 2008 году, немецкий технический и электронный гигант Siemens AG договорился с DOJ и SEC о рекордной сумме урегулирования иска в 800 млн. USD. В ходе широкого расследования FCPA было рассмотрено, по меньшей мере, 4200 якобы коррупционных платежей на общую сумму около 1.4 млрд. USD в течение шести лет в пользу иностранных должностных лиц во многих странах.

Другие европейские компании, которые попали в перечень ТОП10 самых высоких штрафов FCPA - BAE (Великобритания): 400 млн. USD; Total SA (Франция): 398 млн. USD; Snamprogetti Netherlands BV / ENI SpA (Голландия / Италия): 365 млн. USD; Technip SA (Франция): 338 млн. USD; Daimler AG (Германия): 185 млн. USD; Weatherford International (Швейцария): 152.6 млн. USD.

Общие совокупные корпоративные иски 2002–2014:

Правоприменение в рамках FCPA резко возросло за последние 12 лет



Выходим на мировой уровень: риски, с которыми сталкиваются транснациональные компании

Как было отмечено в предыдущем разделе, длинная рука регулятора (например, SEC в США и SFO в Великобритании) оказывает существенное влияние на транснациональные компании. Обязательства директоров могут распространяться далеко за пределы страны, в которой они находятся, в частности, если у компании есть интересы в США.

Компании должны идти в ногу с постоянно развивающимся и все более сложным местным законодательством. Директора компаний, работающих на зарубежных рынках, должны также удостовериться, действует ли их полис D&O на международном рынке. Более подробную информацию по этому вопросу Вы найдете в следующей главе.

В соответствии с данными Европейской комиссии для английских и немецких компаний, осуществляющих зарубежные операции, США является главным регионом за пределами ЕС по показателю оборота бизнеса. Американские органы, в частности SEC, в последние годы продемонстрировали свою готовность действовать экстерриториально в соответствии со своей жесткой позицией в целом.

«Нет таких институтов, которые были бы слишком велики, чтобы предъявить им обвинение»

Генеральный прокурор США, Эрик Холдер в 2014 году

Более высокий уровень сотрудничества между регулируемыми органами в различных юрисдикциях усугубляет проблему. В ходе обмена информацией, действия компаний и их директоров подвергаются изучению зарубежных регуляторов. При этом раньше такие действия вообще не попадали в их поле зрения.

Вопрос сотрудничества с иностранными органами снова был поднят в ходе правоприменительных действий в рамках Закона о коррупции за рубежом 2014 г. Об этом говорят несколько примеров. В дело против HP Россия американские власти были вовлечены после того, как в 2012 году немецкие следователи выявили предполагаемую схему взятничества. Точно так же, Alcoa и Alstom действовали в нескольких юрисдикциях, так как SFO широко сотрудничал с DOJ и SEC в ходе расследования.

Несмотря на растущий трансграничный контроль, важный промежуточный пункт был достигнут в 2010 году, в ходе которого были рассмотрены дела о ценных бумагах с нетипичными признаками. Решение Верховного Суда США в деле Моррисон против National Australia Bank, в ходе которого стало ясно, что американские законы о ценных бумагах, не позволяют иностранным истцам подавать иски в отношении иностранных обвиняемых в Американские суды, касающиеся ценных бумаг, обращающихся на иностранной фондовой бирже. Это решение имело огромное влияние на судебную практику в отношении дел по ценным бумагам с нетипичными признаками.

Тем не менее, через месяц после дела Моррисона, Конгресс США дал ответ, приняв Закон Додда-Франка о реформе Уолл-стрит и защите прав потребителей. Это расширило «экстерриториальную юрисдикцию положений о борьбе с мошенничеством федеральных законов о ценных бумагах», но только в отношении исков, инициированных SEC или DOJ.

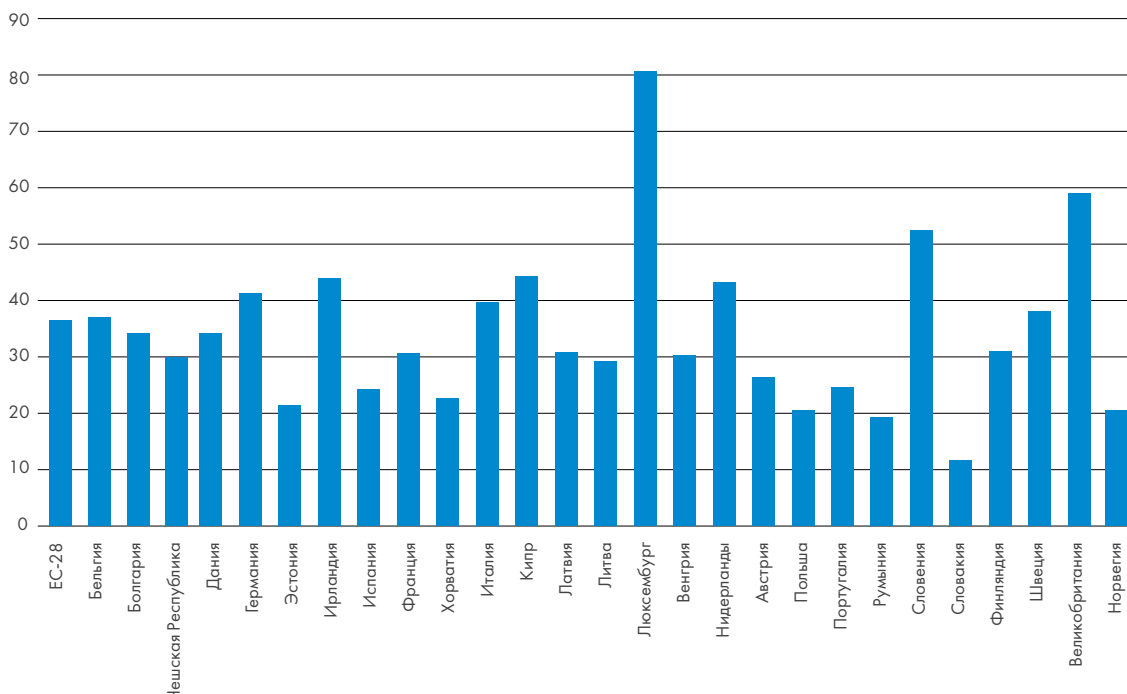


ГРАФИК:
Доля компаний, контролируемых из-за рубежа странами, не входящими в ЕС, в процентах (источник: данные Евростат)

Практические кейсы:

Франция: новый закон требует бдительности в отношении цепочек поставок



После обрушения Rana Plaza в Бангладеш в апреле 2013 года, в результате которого погибли 1129 человек, существенно усилился контроль условий работы на предприятиях, которые осуществляют производство и поставки для международных брендов. Государства-члены ЕС стремятся закрепить руководящие принципы ООН по предпринимательской деятельности и правам человека, и поэтому европейцы должны внимательно следить за тем, как это влияет на их дальнейшие обязательства.

На сегодняшний день результаты неоднозначны, но во Франции законопроект Devoir de Vigilance призывает к обязанности материнские компании предотвращать нарушения в отношении окружающей среды и прав человека во Франции и за рубежом. В случае принятия законопроекта предприятиям и их Советам директоров введут обязанность предотвращать определенные риски, в том числе нарушение прав человека, которые могут возникнуть в результате их предпринимательской деятельности, а также в результате деятельности их дочерних компаний, подрядчиков и поставщиков.

Франция и Германия: нарушение санкций



В июле 2014 года французский банк BNP Paribas был признан виновным в США по двум уголовным обвинениям и согласился заплатить почти 8.9 млрд. USD (8.44 млрд. EUR), чтобы устранить обвинения о нарушении санкций США против Судана, Кубы и Ирана. Сотрудников BNP обвинили в сокрытии более 190 млрд. USD (178 млрд. EUR) по сделкам в период между 2002 и 2012 годами для клиентов, которые попали под американские санкции.

Значительный штраф – 6,5 млрд. USD (6.12 млрд. EUR), превышающий прибыль банка в 2013 году - подчеркивает общий жесткий подход, применяемый властями США. «Пока акционеры не потребуют от своих Советов [директоров], чтобы эти Советы выбирали лидеров, которые смогут обеспечить соблюдение законодательных норм, деньги будут продолжать уходить на штрафы», - сказал заместитель генпрокурора США, Джеймс Коул.

На момент написания этого материала, немецкий Commerzbank согласился выплатить властям США более 1,4 млрд. USD (1,3 млрд. EUR), чтобы урегулировать обвинения о нарушении санкций США в отношениях с Ираном и Суданом между 2002 и 2011 г. Также ожидается, что французская кредитная организация Credit Agricole достигнет соглашения с американскими чиновниками в отношении предполагаемых нарушений санкций. Уже сформирован резерв на сумму 1,8 млрд. USD (1,6 млрд. EUR), чтобы покрыть всевозможные судебные издержки.

В 2012 году HSBC подтвердил, что заплатит американским властям 1,9 млрд. USD (1.78 млрд. EUR), чтобы уладить расследование об отмывании денег. Департамент юстиции США заявил, что банк намеренно одобрил запрещенные сделки с Ираном, Ливией, Суданом и Мьянмой в период между 2001 и 2006 г.

Британский банк Standard Chartered был оштрафован на 327 млн. USD (305 млн. EUR) за нарушение санкций США против Ирана.

Публичные компании: Европа движется к массовым переменам

Существует мнение, что в Европе увеличивается количество судебных разбирательств. Конечно, экономическая ситуация последних шести-семи лет увеличила вероятность того, что директора и должностные лица публичных компаний становятся предметом исков со стороны групп недовольных акционеров.

В 2015 году в Великобритании группами акционеров были инициированы коллективные иски против Lloyds Banking Group и Royal Bank of Scotland. Юридическая фирма Stewarts Law, которая защищает интересы RBS, сейчас мобилизует поддержку акционеров, чтобы подать подобный иск против осаждаемого супермаркета Tesco (см. таблицу с практическим кейсом).

Закон о компаниях 2006 года расширил перечень требований, по которым может быть подан иск против директоров. В 2010 году перечень причин, на основании которых инициативные группы акционеров могут предъявлять претензии, был расширен в соответствии с разделом 90 Закона о финансовых услугах и рынках 2000 г. в отношении ответственности организаций, публикующих отчетность для рынка.

Европейские тенденции, связанные с более широкими коллективными исками, внимательно отслеживаются после принятия решения по делу Моррисон против National Australia Bank, которое затруднило применение законов США о мошенничестве с ценными бумагами к зарубежным искам. После дела Моррисона не ожидалось всплеска судебных разбирательств по инициативе европейских акционеров. Однако в ЕС растет число юрисдикций, в которых могут быть применены коллективные механизмы компенсации.

Нидерланды стали одним из возможных центров европейских коллективных исков после успешного завершения дела Convergium в январе 2012 года. Апелляционный суд рассмотрел дело даже несмотря на то, что иски не были поданы в рамках голландского законодательства. Предполагаемое правонарушение произошло за пределами Нидерландов. В Нидерландах находилось лишь ограниченное число потенциальных заявителей. При этом ни одна из потенциально несущих ответственность сторон не присутствовала в Нидерландах.

Решение по делу Convergium вынесло обязательное урегулирование на основе «отказа». Этот же процесс используется в США. Поскольку Нидерланды являются единственной европейской страной с такой процедурой коллективного урегулирования, она стала привлекательным местом для урегулирования международных коллективных исков, независимо от того, произошло ли нарушение на территории Нидерландов или нет.

Во Франции «Закон Хамон» ввел понятие коллективного иска в 2014 году, хотя его применение ограничивается потребительскими организациями, а саму систему еще предстоит проверить. В Великобритании есть ожидание, что Закон о правовой помощи, вынесении приговоров и наказании лиц, совершивших преступления (LASPO) 2012 г., позволяющий заключать соглашения на основе суммы возмещения по большинству гражданских дел, может привести к большей распространенности коллективных исков из-за возросших финансовых стимулов. В судебной системе США юристы могут получить до 50% от суммы возмещения, присужденной в соответствии с новыми законами.

В некоторых европейских странах производные иски или иски, связанные с ценными бумагами, в ходе которых акционеры подают в суд на директоров или должностных лиц от имени компании, – наиболее распространенная форма судебных процессов с участием акционеров. Слияния и поглощения (M&A) и первичные публичные размещения акций (IPO), при которых есть повышенные требования к отчетности, являются распространенными причинами для подачи таких исков. В ходе судебного процесса обычно оспаривается цена, процесс, положения о защите данных по сделке и публикуемые сведения.

Практические кейсы:

Активность акционеров: день, когда твит обошелся Quindell в 1,4 млрд. EUR



Активность акционеров становится более распространенным явлением. Появляется все больше примеров, когда группы активистов преследуют компании с целью упразднения неэффективных подразделений, возвращения избыточного капитала акционерам и/или с призывом к компаниям оживить менеджмент.

Когда малоизвестный американский исследователь Готэм-Сити затвитил ссылку в апреле 2014 на доклад об аутсорсере Quindell, который котируется на рынке альтернативных инвестиций Лондонской биржи, акции компании обрушились. Всего за один день стоимость компании упала почти на 1,4 млрд. EUR. Доклад состоял из уничтожающей критики приобретений, прибыли и денежных потоков Quindell. Докладу приписали «крайне дискредитирующий» характер с «сознательным искажением фактов», но ущерб репутации Quindell уже был нанесен.

В декабре 2014 года групповой иск был возбужден против компании и бывших директоров, в том числе основателя и бывшего председателя Роба Терри. Ливерпульская юридическая компания Your Legal Friend, привлекла более 250 мелких инвесторов и утверждала, что публичные заявления компании Quindell вводили в заблуждение и вели непосредственно к потере акционерной стоимости.

Активность акционеров: Vivendi сражается с акционером-активистом



Другой пример, который иллюстрирует растущее влияние действий акционеров, касается компании Vivendi, которая заключила сделку с P Schoenfeld Asset Management (PSAM), хедж-фондом из США, основанного Питером Шонфельдом в апреле 2015 г. Французский медиа-гигант столкнулся с атакой акционера-активиста, который требовал дополнительных выплат. После первоначальных угроз возбудить судебный иск против американского хедж-фонда, компания Vivendi пошла на компромисс и объявила, что вернет акционерам 6,75 млрд. EUR в регулярных и специальных дивидендах, сверх 5,7 млрд. EUR, которые были заявлены ранее, но все же, не 9 млрд. EUR, которых потребовала PSAM.

В настоящее время инцидент не имеет никаких последствий для директоров компании. Арно де Пуйфонтейн, главный исполнительный директор Vivendi, заявил, что повышение выплат продемонстрировало «нашу готовность достичь консенсуса с некоторыми из наших миноритарных акционеров, даже если это может привести к снижению гибкости Vivendi».

Великобритания: станет ли Tesco предметом следующего коллективного иска?



Иск, инициированный некоторыми из крупнейших акционеров Tesco, после того, как в прошлом году у супермаркета-гиганта из Великобритании была выявлена огромная дыра в отчетности, может стать предшественником других коллективных исков в отношении ценных бумаг. По делу компании также проводится расследование со стороны SFO в отношении бухгалтерских нарушений.

Один иск со стороны акционера был подан через юридическую компанию Stewarts Law, которая также представляет 300 институциональных инвесторов в иске на несколько миллиардов фунтов против банка RBS. В иске против Tesco акционеры утверждают, что они имеют право на получение компенсации за убытки, причиненные за предполагаемые нарушения раздела Закона о финансовых услугах и рынках 2000 г., в частности, вследствие завышения данных о прибыли компании.

Иск к Tesco будет финансироваться третьей стороной судебного разбирательства, Bentham Ventures, так как предполагается, что ей удастся привлечь необходимое количество акционеров. Судебные инвесторы, которые финансируют такие иски, а затем получают долю любых компенсаций за убытки, если дело завершилось успешно, становятся все более активными в Великобритании.

Между тем, юридическая фирма Scott & Scott из США подала групповой иск в отношении ценных бумаг против супермаркета в суд федерального округа Манхэттен, чтобы инициировать судебный процесс против компании в Англии. Дело «является примером того, как постановление Верховного Суда по делу Моррисона, в сочетании с Законом о финансовых услугах и рынках Великобритании 2000 года, изменили судебный процесс в отношении ценных бумаг против международных компаний», – утверждает Элисон Франкель, блоггер по юридическим вопросам в информагентстве Reuters.

Экономический риск и неплатежеспособность

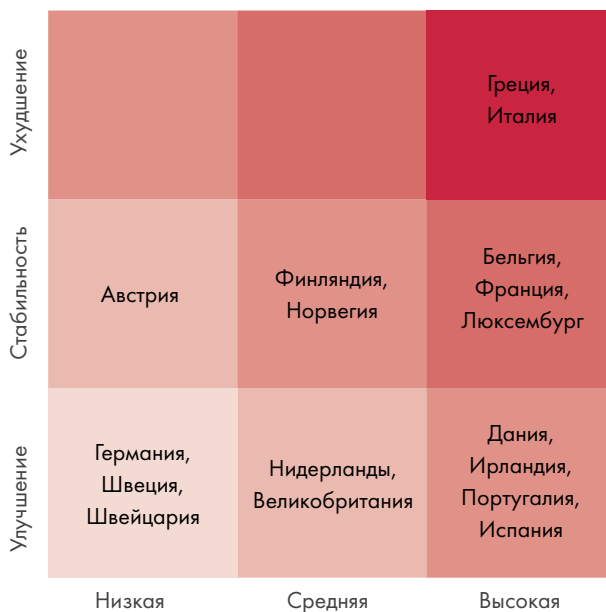
Ежедневно в Европе около 600 компаний попадают под ликвидацию, и, пожалуй, неудивительно, что неплатежеспособность является главной причиной исков к директорам в Европе. Управляющие имуществом неплатежеспособного предприятия в большинстве стран несут обязанность расследовать причину неплатежеспособности и принять решение о том, виновны ли директора и должностные лица. Они также более настойчиво стремятся инициировать иски, которые предполагают личную ответственность директора.

Законы о неплатежеспособности, в частности, могут увеличить риски директоров в странах, где предусмотрена личная ответственность за ведение торговых операций, будучи технически неплатежеспособным (см. раздел с практическими кейсами). Это обычно происходит, когда боссы компании считают, что они способны существенно исправить состояние дел, если им дать еще пару месяцев для ведения торговых операций. Однако в результате они могут поставить своих кредиторов в еще более худшее положение.

Несмотря на то, что общая экономическая ситуация в Европе постепенно улучшается, большинство стран все еще находятся в условиях высокой неплатежеспособности в результате экономического кризиса и слабого экономического роста последующих лет. Все страны периферии Еврозоны сталкиваются с относительно высоким количеством банкротств, и все еще сохраняется неопределенность в отношении греческого долгового кризиса.

В 2015 году количество банкротств в Еврозоне было на 70% выше, чем в 2007 году. После пика финансового кризиса в 2009 году Испания потеряла 500 000 компаний. Однако, учитывая типичный временной разрыв между наступившими банкротствами и поданными исками, нежелательные последствия могут продолжаться еще в течение некоторого времени.

Матрица банкротств 2014: Западная Европа



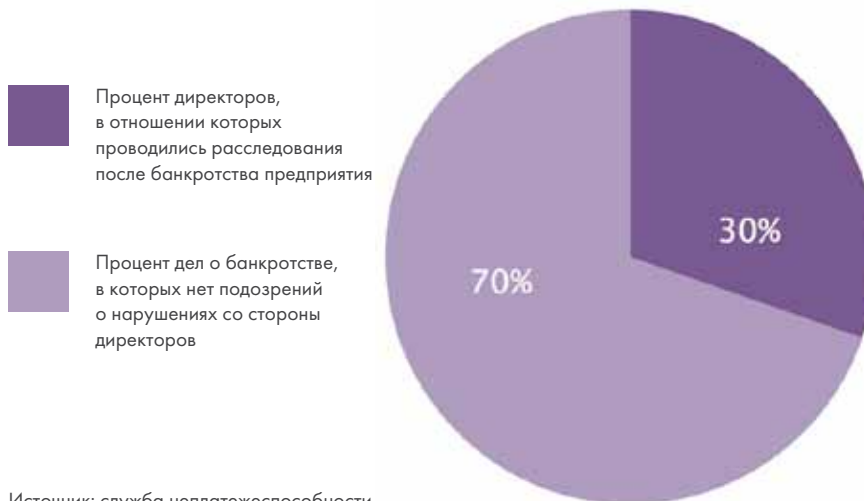
Источник: Экономическое исследование Atradius

Многие банкротства связаны с так называемыми компаниями-зомби. Это организации, которые могут прибыльно вести торговые операции, но с трудом погашают огромные долги. Банкротство для них – единственный вариант. В одной только Великобритании действовало более 227 000 компаний-зомби в 2013 году, что на 108% больше по сравнению с началом финансового кризиса.

Однако ситуация с банкротствами улучшается вместе с общим улучшением экономических условий по сравнению с 2013 г. Есть надежда, что количественный план смягчения Европейского центрального банка, представленный в январе 2015 года, будет способствовать дальнейшему оживлению экономики Еврозоны и препятствовать дефляции.

Когда речь идет о банкротстве, у директоров всей Европы схожие функциональные обязанности. Тем не менее, в некоторых странах, в частности во Франции и Великобритании, есть больше вероятности, что директор будет нести персональную ответственность за убытки, понесенные кредиторами в результате продолжения торговых операций с компанией в состоянии технической неплатежеспособности.

В Великобритании в 30% случаев всех банкротств директора подозреваются в нарушениях



Источник: служба неплатежеспособности

Эта концепция противоправных торговых операций и гражданской ответственности может привести к отстранению от должности и судебным разбирательствам в отношении директоров. При противоправных торговых операциях ликвидатор будет пытаться установить дату, с которой компания могла бы быть признана неплатежеспособной. Затем будут приведены доводы, почему было неразумно со стороны директора продолжать торговые операции после этого момента.

Многие правовые системы, в том числе английское право, признают возражение по иску в соответствии с законодательством о выпуске и обращении ценных бумаг. Согласно ему предусматривается, что если директор, действуя добросовестно, верил, что компания сможет предпринять необходимые действия для улучшения своего положения, он не несет ответственности за продолжение торговых операций. Ответственность признается в случае, если у компании не было реальной перспективы избежать ликвидации по причине банкротства.

В 2013 году в Великобритании департамент по бизнес инновациям и навыкам (BIS) разработал рекомендации, направленные на повышение прозрачности в отношении владения долями компании в Великобритании. Они были поддержаны правительством в апреле 2014 года. Среди изменений – предложение возложить еще большую личную ответственность на директоров за их проступки.

Во Франции, стране со строгими законами о банкротстве, для директоров еще более характерно нести персональную ответственность за противоправные торговые операции (примерно в 10% – 12% случаев). В 2013 году неплатежеспособность бизнеса во Франции осталась на пиковом уровне 2009 года – 62 700.

Наиболее распространенная процедура во Франции – судебное банкротство, контролируемое судом, который может позволить компании продолжать свою деятельность, продать бизнес как действующее предприятие, демонтировать основные средства или ликвидировать активы. Французский закон о неплатежеспособности отдает прерогативу работникам и налоговым кредиторам, которые имеют преимущество перед другими кредиторами, поэтому возмещения обычным кредиторам могут оказаться незначительными.

Практический кейс:

Германия: когда компания подает в суд на своих директоров



В Германии иски против директоров, инициированные их собственными компаниями, являются более распространенным явлением, чем судебные разбирательства по инициативе акционеров. Это является результатом двухуровневой системы правления в Германии, согласно которой Наблюдательный совет может инициировать судебный иск против правления. Правление также может подать судебный иск против наблюдательного совета, хотя это, как правило, не происходит на практике.

Согласно данным компании Advisen иски компаний, которые судятся со своими директорами и должностными лицами, составляют более двух третей всех претензий к директорам в Германии. Один из примеров – медиа-империя Кирха. В 2002 году медиа-магнат Лео Кирх, который скончался в 2011 году, обвинил тогдашнего председателя Дойче Банка, Рольфа Бройера в банкротстве своей компании, после того, как Бройер сказал в телевизионном интервью, что банки больше не будут кредитовать компании Кирха.

Заявление вызвало общественную дискуссию о ликвидности Kirch Group и привело к длительной судебной тяжбе с банком. Дойче Банк, в конце концов, пришел к соглашению с наследниками Кирха в феврале 2014 года, согласившись заплатить 775 млн. EUR (Кирх первоначально стремился получить до 3 млрд. EUR). В настоящее время банк намерен получить компенсацию от Бройера и других бывших топ-менеджеров, в том числе и от одного из бывших директоров, Юргена Фитчена, в связи с внесудебным урегулированием, утверждая, что они представили ложные доказательства по делу о крахе империи Кирха.

По другому делу, которое рассматривалось судом в 2015 году, бывший директор частной фирмы малого и среднего бизнеса был вовлечен в несанкционированную деятельность, которая якобы привела к убыткам в 8.8 млн. EUR. Кроме того, утверждается, что директор приказал провести реконструкцию зданий одному подрядчику без рассмотрения более выгодных условий конкурентов. Этот контракт не был одобрен наблюдательным советом и, привел к дополнительным убыткам в 1 млн. EUR.

Уголовная ответственность: при явном нарушении обязанностей директоров

Из всех видов ответственности, с которой сталкиваются европейские директора, риск уголовного наказания наиболее вероятно заставит задуматься о последствиях при выполнении обязанностей. Важно отметить, что риск тюремного заключения для руководителей, осуществляющих свои обязанности честно и добросовестно, является незначительным, хотя и катастрофическим, если это все же произойдет.

Уголовное преследование в основном происходит в том случае, когда было четко установлено нарушение обязанностей директором, например, злоупотребление активами компании. Этот вопрос касается малых и средних предприятий, в которых могут отсутствовать управляющие структуры крупных организаций.

Во Франции большинство заявленных уголовных дел касаются небольших компаний с ограниченной ответственностью. Однако это не обязательно означает, что руководители небольших компаний чаще привлекаются к ответственности. Их просто по статистике значительно больше, ведь малые и средние предприятия являются основой экономики. Подавляющее большинство исков к директорам наблюдается именно во Франции, в то время как в Великобритании, где судебный процесс очень дорого обходится сторонам, многие пытаются урегулировать вопросы в досудебном порядке.

Когда директора используют активы компании, как свои собственные, они рискуют получить крупные штрафы, а также оказаться в тюремном заключении. Как проиллюстрировано на примере Томаса Мидлхофа и Конрада Блэкома, такие проступки обнаруживаются более часто, и к директорам, соответственно, предъявляются обвинения в случае признания компании банкротом.

В Великобритании обсуждалось, приведет ли Закон LASPO [о правовой помощи, вынесении приговоров и наказании преступников] к снижению судебных исков против провинившихся директоров, особенно по небольшим делам, в ходе которых потребуются привлечение стороннего финансирования. В апреле 2013 г., когда закон вступил в силу, был отмечен конец практики освобождения от ответственности по делам о неплатежеспособности, инициированным по принципу условного гонорара (когда с адвокатом заключается соглашение, в котором указывается, что клиент не обязан платить ему вознаграждение, если дело не выиграно в суде). Тем не менее, правительство недавно приняло отсрочку, которая позволяет практикующим юристам по делам о неплатежеспособности (банкротстве) продолжать использовать текущий механизм финансирования в ближайшем будущем.

В прошлом, как правило, судимость директоров и должностных лиц имела место, если были доказаны явные случаи мошеннической деятельности и финансовых преступлений, таких например, как бухгалтерские скандалы, связанные с Enron, Worldcom и голландским супермаркетом-гигантом Royal Ahold. Но все чаще уголовные дела заводятся по действиям директора в ходе вполне законных операций и в связи с действиями подчиненных в ситуациях, которые не всегда настолько однозначны.

Регуляторы все чаще предъявляют уголовные иски, чтобы привлечь к ответственности руководителей за противоправное поведение и показать пример контроля соблюдения законов, начиная от охраны труда и безопасности рабочего места до борьбы с взяточничеством и коррупцией. В поведении надзорных органов Германии и Великобритании наблюдается больше угроз привлечения к уголовной ответственности в целях достижения нужного поведения от директора в сравнении с другими европейскими странами.

Практический кейс:

Германия: заключенный за злоупотребление средствами компании



В 2014 году Томас Мидлхоф, бывший главный исполнительный директор обанкротившейся немецкой группы розничной торговли и путешествий Arcandor, которая владела контрольным пакетом акций в компании Thomas Cook, был признан виновным в злоупотреблении средствами компании. В частности, Мидлхоф был обвинен в том, что компания оплатила более 400 полетов на частных реактивных самолетах в Лондон и Нью-Йорк, а также полеты на вертолете из его дома в Билефельде до офиса компании в Эссене, между 2005 и 2009 годами.

Мидлхоф был приговорен к трем годам лишения свободы в Германии за нарушение доверия по расходам, которые составили 800 000 EUR. Он отрицал обвинения в злоупотреблении деньгами компании, но судья сказал, что он дал суду «фантастические объяснения» в отношении расходов.

Пребывание в должности Мидлхофа в Arcandor закончилось в 2009 году, когда компания заявила о неплатежеспособности. Ее доля в компании Thomas Cook была продана кредиторами компании в том же году. Судья заявил, что судебный процесс, вероятно, не состоялся бы без скрупулёзного подсчёта со стороны арбитражных управляющих.

Практические кейсы:

Италия: политический скандал



В ходе политического скандала 35 лиц в итальянском городе Венеции, в том числе бывший мэр Венеции Джорджо Орсоли, были арестованы, и более 100 попали под следствие по обвинению в коррупции на момент написания этого материала. Утверждается, что арестованные присвоили около 20 млн. EUR государственных средств, выделенных на защиту от наводнений. Ожидается длительное юридическое противостояние.

Великобритания: расследование неправомερных и безрассудных действий высокопоставленных банкиров



В декабре 2013 года был принят Закон о финансовых услугах (Банковская реформа), который ввел уголовные санкции в отношении неправомερных и безрассудных действий, которые приводят к банкротству банка. Реформа воплотила ключевые рекомендации Парламентской Комиссии по банковским стандартам (PCBS) изложенные в докладе «Изменение банковской системы в лучшую сторону»

Более жесткие поправки к Закону вступят в силу с 7 марта 2016 г., когда правовой режим в отношении руководителей высшего звена заменит существующий. Это относится к сотрудникам высшего звена британских компаний и филиалам иностранных компаний в Великобритании.

В соответствии с новыми положениями об уголовном преступлении в связи с неправомερными и безрассудными действиями директора и должностные лица банков, строительных обществ и регулируемых инвестиционных компаний Великобритании в самых серьезных случаях могут получить лишение свободы на срок до семи лет. В таких случаях будет применен перенос бремени доказывания, таким образом, высшие руководители должны будут доказать, что они предприняли все разумные меры для предотвращения или смягчения последствий просчетов в бизнесе.

Новые правила будут применяться к неисполнительным директорам с конкретными обязанностями в отношении «безопасности и надежности» компании, а также к ответственным за ежедневную деятельность компании. В частности, это относится к председателям главных комитетов и председателям правления. Банки до 8 февраля 2016 года должны сообщить регуляторам имена руководящих сотрудников, которых они намерены назначить как высшие руководящие посты в рамках нового режима.

Все эти меры по увеличению личной ответственности могут сделать банковский сектор менее привлекательным местом для работы, предупредила PwC после выхода доклада PCBS.

Уголовные наказания – первые в списке факторов, мотивирующих директоров соблюдать правила добросовестной конкуренции

Ранжирование последствий для предпринимателей	Ранжирование последствий для юристов
1. Уголовное наказание	1. Уголовное наказание
2. Отстранение директора от должности	2. Штрафы
3. Неблагоприятная информация в СМИ	3. Отстранение директора от должности
4. Штрафы	3. Неблагоприятная информация в СМИ
5. Иски о возмещении частных убытков	5. Иски о возмещении частных убытков

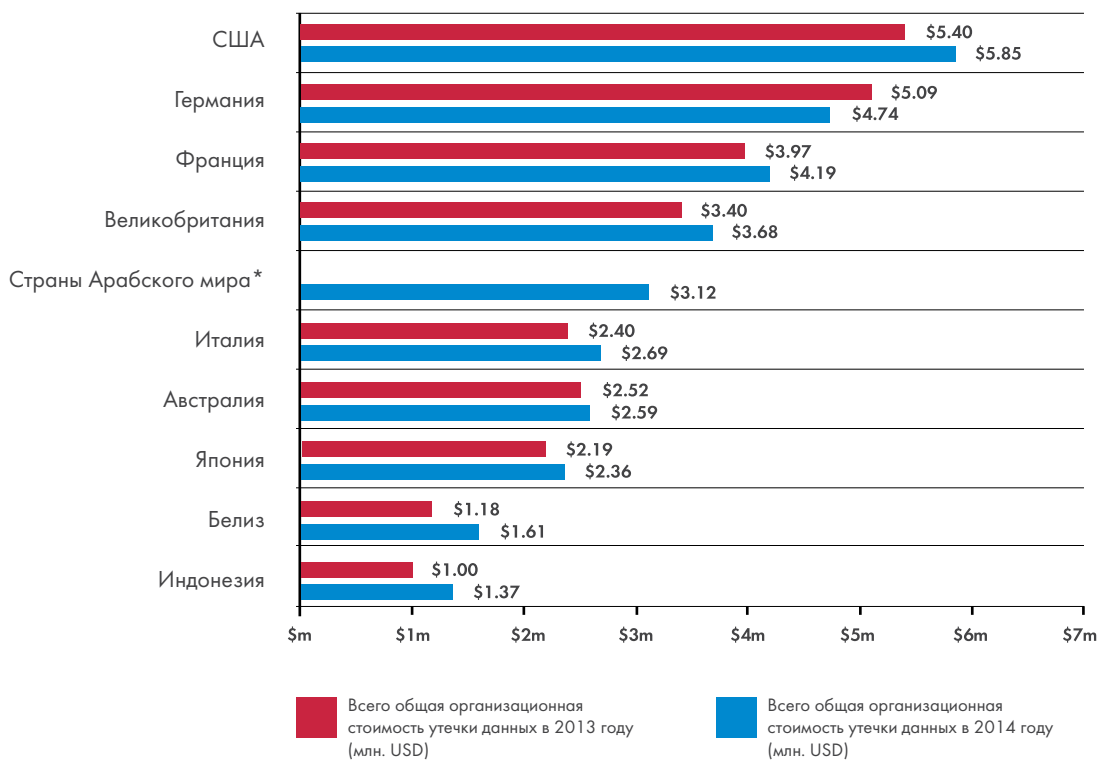
Источник: Управление контроля за добросовестной конкуренцией, Великобритания

Изменение основных тенденций в связи с ужесточением законов о защите данных в Европе

Ashley Madison, Anthem, Target, JP Morgan Chase, eBay и Home Depot – это лишь некоторые из корпоративных китов, которые стали жертвами широкомасштабных взломов данных в последние месяцы. Кибер-угрозы находят все свое широкое применение в Европе, и директорам приходится быть более внимательными в отношении своих обязанностей, связанных с защитой конфиденциальных персональных данных.

По данным исследования компании Ponemon Германия занимает второе место в мире после США по самым дорогостоящим утечкам данных, со средней стоимостью взлома в 4.74 млн. USD (4.47 млн. EUR) в 2014 году. Далее следуют Франция, со средней стоимостью утечки данных 4.19 млн. USD (3.96 млн. EUR) в 2014 году и Великобритания со средним показателем 3.68 млн. USD (3.47 млн. EUR).

Средний показатель общей организационной стоимости утечки данных за последние два года



Источник: Институт Ponemon

* Историческая информация по Арабскому миру не доступна

В настоящее время наиболее строгий режим защиты персональных данных существует в США. В Европе также ужесточаются требования к защите персональных данных. Обновленные положения Закона о защите персональных данных будут представлены Европейской комиссией. Они возложат на компании требование уведомлять регуляторов и другие заинтересованные стороны о взломе в течение 24 часов в тех случаях, когда это возможно. Предполагаемые штрафные санкции составят до 2% от годового оборота.

Нидерланды уже на шаг ближе в законодательных инициативах, чем остальные европейские страны. В мае 2015 года голландский Сенат принял законопроект, который обязывает контроллеров данных уведомлять голландскую службу по защите персональных данных о нарушениях безопасности данных и устанавливает ужесточенные санкции за нарушение голландского законодательства о защите персональных данных. Ожидается, что новый закон вступит в силу в начале 2016 года.

Предлагаемый нормативно правовой акт об общей защите персональных данных взаимосвязан с другими реформами ЕС в отношении конфиденциальности данных, в том числе и с Директивой об электронной конфиденциальности и Директивой о кибер безопасности. Закон вступит в силу не раньше 2017 года, но многие государства-члены Евросоюза призывают предприятия начать готовиться к изменениям уже сейчас.

Небольшие компании могут не обладать мощными ИТ ресурсами для обеспечения безопасности, как некоторые крупные компании, но правила защиты конфиденциальных персональных данных не зависят от отрасли или размера компании. Последние примеры показывают, что ответственность за утечку персональных данных в сеть – это проблема не только крупных международных корпораций.

Даже компании микро и малого бизнеса могут быть признаны виновными в связи с ужесточением законодательства. В Великобритании индивидуальный предприниматель был оштрафован на 6 995 EUR с формулировкой дела как «предупреждение» управлением комиссариата по вопросам информации в 2013 году за не шифрование клиентских данных. Жесткий диск, содержащий данные о приблизительно 250 частных лицах, был похищен, когда владелец автомобиля Jala Transport был ограблен в пробке. Он содержал имена, даты рождения и адреса, а также другую информацию о клиентах.

Несколько недавних случаев в США продемонстрировали, что ответственность за утечку персональных данных в сеть может пересекаться с ответственностью руководителя компании. В дополнение к стоимости перерыва в производстве, восстановлению систем, уведомлению клиентов, ответам регуляторам и оплате значительных штрафов и пени несколько компаний в США столкнулись с производными исками, инициированными их акционерами.

Совсем недавно после взлома и утечки данных акционерами были поданы иски против компаний Wyndham, Target, Home Depot и Sony Pictures, причем на Sony подали иск и бывшие сотрудники. Судебные тяжбы против Target и Wyndham также затронули директоров и должностных лиц компаний. В октябре 2014 года был отклонен производный иск против должностных лиц Wyndham, за которым последовало дорогостоящее и длительное судебное сражение.

Это не первые случаи, относящиеся к новым возможным требованиям против директоров и должностных лиц. В 2010 году акционером был подан иск против компаний EJX, владельца TJ Maxx. Похожие действия были предприняты в 2009 и 2008 акционерами Heartland Payment Systems и ChoicePoint соответственно после взлома систем безопасности.

Нам еще предстоит увидеть, может ли подобный судебный процесс против директоров быть инициирован в Европе. Конечно, европейские исполнительные органы, по-видимому, подготовлены лучше. По данным одного из исследований было установлено, что почти в 72% европейских компаний есть руководитель службы информационной безопасности по сравнению с 58% североамериканских компаний. И почти 60% опрошенных европейских компаний имеют комитеты по рискам/безопасности, по сравнению с лишь 28% североамериканских компаний.

Практический кейс:

США: Target на линии огня



В конце февраля 2015 года компания Target, розничный гигант США, объявила о взломе данных кредитных карт в 2013 году, который затронул около 70 миллионов клиентов и стоил компании более 250 млн. USD. Частично эти расходы были компенсированы страховыми возмещениями на сумму 46 млн. USD в 2014 году и 44 млн. USD в 2013 году.

Компания столкнулась с дальнейшими расходами на защиту в суде после того, как четыре производных иска были поданы против 13 директоров и должностных лиц Target. Акционеры были возмущены не только поведением упомянутых сотрудников до момента взлома данных, но также и после его обнаружения.

В частности, истцы утверждают, что руководители компании нарушили свои фидуциарные обязанности перед акционерами «не способностью внедрить систему внутреннего контроля для защиты личной и финансовой информации клиентов» и «сокрытием или допущением сокрытия [компанией Target] информации о полном объеме утечки данных».

Структура комитетов органов правления

Есть ли в составе органов правления указанные комитеты?	Северная Америка	Европа	Азия	энергетика / коммунальные услуги	финансы	ИТ / телеком	промышленность
Комитет по управлению рисками / безопасности	28%	59%	95%	36%	86%	46%	63%
Комитет по ИТ / технологиям	16%	21%	38%	14%	39%	0%	13%

Источник: Carnegie Mellon CyLab

Последствия ужесточения законов о защите персональных данных в Европе

Единый набор правил по защите данных, действующий на всей территории ЕС.

Компании и организации как можно скорее должны уведомить национальный орган надзора о серьезных взломах персональных данных (предпочтительно в течение 24 часов).

Организации придется иметь дело только с одним национальным органом по защите персональных данных в стране ЕС, там, где у пострадавшей компании находится главный офис.

Клиенты будут иметь более легкий доступ к своим собственным данным и смогут легче передавать личные данные от одного поставщика услуг другому (право на переносимость данных). Это улучшит конкуренцию в сфере услуг.

«Право быть забытым» поможет клиентам лучше управлять рисками защиты данных в интернете: они смогут удалить свои данные, если нет законного основания для их хранения.

Правила ЕС должны применяться и в тех случаях, когда персональные данные хранятся и обрабатываются за границей компаниями, которые активно работают на рынке ЕС и предлагают свои услуги гражданам ЕС.

Деятельность независимых национальных органов по защите персональных данных станет более жесткой и требовательной, таким образом они смогут лучше применять правила ЕС в родной стране. Они будут иметь право штрафовать компании, которые нарушают правила ЕС о защите данных. Это может привести к штрафам в размере до 1 млн. EUR, или до 2% мирового годового оборота компании.

Новая директива будет применять общие принципы защиты персональных данных и правила взаимного сотрудничества органов полиции и судебных органов по уголовным делам. Правила будут применяться как к передаче данных внутри страны, так и к трансграничной передаче данных.

Источник: Европейская комиссия

Уход с линии огня



Европейские директора и должностные лица сталкиваются с постоянно растущей угрозой процессов глобализации в мире. Другой повод для беспокойства – изменение нормативно-правовых актов и более широкий контроль со стороны органов надзора, акционеров и широкой общественности. Тем не менее, руководители не должны занимать пассивную позицию. Они должны понимать свою роль в компании и принимать активные действия для выполнения своих обязанностей, как это изложено в их должностных инструкциях или перечне полномочий.

Директора должны настаивать на получении регулярных финансовых отчетов и отчетов по рискам, чтобы быть в курсе текущей ситуации в компании и актуальных прогнозов. Они должны удостовериться, что их должность указана в протоколе каждого заседания, вместе с их заявлениями. Это может быть особенно важно, если финансовое положение компании является плохим или если компания проходит через процессы с очень тщательной проверкой, например, проверка надзорным органом, публичное размещение, слияние и поглощение.

Директора могут даже вести личную запись своих встреч и решений, фиксировать свое участие в них. Такие документы могут быть полезными для будущей защиты в суде. Ответственность директоров длительная по своей природе, и это означает, что претензия может быть предъявлена им в отношении их действий даже через много лет после принятия решения.

Надлежащее выполнение обязанностей – это, фактически, лучшая защита во многих случаях. Презумпция добросовестности директоров при принятии решений, которая применяется в большинстве юрисдикций, заключается в том, что бизнес-решения, принятые директором, были обоснованными. Ответственность не будет установлена, если заявитель, который подал в суд на директора, не сможет доказать, что при принятии бизнес-решения, директор действовал, не учитывая имеющиеся факты.

Это предполагает, что директор пришел к решению после анализа сути вопроса, вынес независимое суждение и рассмотрел все обоснованные факты, доступные на тот момент. Кризис не привел к количеству судебных процессов против директоров, как ожидали некоторые эксперты. Причина – управленческие решения, принятые для упреждения финансового кризиса, могут считаться неосторожными или неосмотрительными только задним числом.

Тем не менее, предположение, что директор не может быть привлечен к ответственности, если он действовал добросовестно, на основании информации, имеющейся на тот момент, начинает меняться. Все чаще в некоторых областях права (в том числе в законах Великобритании о здравоохранении, безопасности и борьбе с коррупцией) директора будут нести ответственность, если они не смогли выполнить свои юридические обязательства, даже если они смогут доказать, что у них были хорошие намерения.

Это подчеркивает необходимость для директоров внедрить корпоративную культуру, которая будет поощрять выполнение нормативных требований и высокие моральные стандарты. Также необходимо проведение оценки риска и внедрения механизмов, которые, среди прочего, смягчают неэтичное поведение и чрезмерное принятие рисков.

В результате, для европейских директоров основной формой смягчения последствий в будущем не будет считаться позиция, «я не хотел, чтобы так случилось». Вместо этого, более оправданным станет подход: «я создал хорошую систему и соответствующие процессы, чтобы предотвратить подобную ситуацию».

Практический кейс:

Перекладывание бремени доказывания

Такой подход можно увидеть в новом правовом режиме Великобритании в отношении руководящих сотрудников. Он основан на презумпции ответственности руководства и возлагает бремя доказывания на топ-менеджеров о том, что они приняли «разумные меры», чтобы предотвратить, остановить или исправить нормативные нарушения. Для устранения любых сомнений в отношении собственной ответственности, каждый член высшего руководства /Совета директоров также подписывает «заявление об ответственности».

Директора, которые попадают под действие нового правового режима в отношении руководящего состава компании, не смогут спрятаться за коллективным принятием решений, в связи с подписанными ими заявлениями об ответственности. Кроме того, против них могут быть применены более жесткие санкции, в том числе – обвинение в уголовном преступлении.

Рождение правового режима в отношении руководящих должностей

Для банков, строительных обществ и инвестиционных компаний, подлежащих регулированию со стороны Службы пруденциального надзора

- Физические лица должны подписать «заявление об ответственности»
- Компании должны иметь четкую карту обязанностей
- Новый набор правил поведения
- Перекладывание бремени доказывания
- Уголовное преступление (для действий, которые привели к краху организации)

Источник: Bovill



Качества «хорошего» директора

Источник: Kaplan Financial

Существует много характеристик и навыков, необходимых эффективному руководителю компании. Ключевые из них:

Характеристики руководителя: мотивированный, проактивный, опытный

Требуемые навыки: умение слушать, задавать вопросы, вести переговоры, лидерство (особенно для председателя Совета директоров и главного исполнительного директора), знания в области специализации (исполнительный директор) и общие бизнес-знания (важно для исполнительных директоров и неисполнительных директоров)

Роль страхования ответственности директоров и должностных лиц (D&O)

С ростом юридических расходов в Европе и изменением стратегии регуляторов, когда на директоров возлагается личная ответственность, директора должны осознать свои полномочия и выяснить у своей организации, защищены ли они полисом страхования D&O. Отдельные данные свидетельствуют о том, что директора становятся более настойчивыми в просях, которые касаются их обязанностей и ответственности, а также в отношении их индивидуальной страховой защиты.

Например, в Великобритании одним из распространенных условий вступления в должность директора, становится определение договорных возмещений от компании. Такой подход редко применялся в прошлом. В странах, где судебные разбирательства распространены чаще, например, в США и Австралии, руководитель редко соглашается войти в состав Совета директоров без полиса страхования ответственности директоров и должностных лиц (D&O). Директора знают, что их действиям уделяется пристальное внимание со стороны контролирующих органов, и в ответ они более уверенно задают вопрос о покрытии полиса D&O.

Страхование ответственности директоров и должностных лиц покрывает расходы директоров, которые возникли в связи с предъявлением требования против директора по их ошибочным действиям, либо компенсирует расходы компании (в случае если она возместила такие расходы директорам).

Страхование ответственности директоров и должностных лиц позволяет защитить их (а также компанию, в случае если она оплачивает такие расходы) от расходов, возникающих по причине законно обоснованных исков/требований против директоров и должностных лиц со стороны акционеров, служащих, надзорных органов, клиентов и иных третьих лиц.

Страхование D&O покрывает расходы на защиту директоров и должностных лиц по искам против них, а также любые расходы на возмещения, которые возникают в результате решения суда. Однако важно подчеркнуть, что страховое покрытие не распространяется на уголовные преступления. Если между директорами была солидарность в принятии решений, в случае уголовной ответственности, страховой полис покрывает директоров, которые не участвовали в нарушении.

Если директора и должностные лица не застрахованы, они становятся более подвержены риску оказаться не в состоянии защитить себя от:

- отстранения от должности директора;
- гражданского судопроизводства, которое может привести к значительным судебным издержкам и решению о возмещении ущерба; и
- уголовного преследования, которое может привести к штрафам и тюремному заключению.

Полис D&O покрывает как личную ответственность директоров и должностных лиц компании (сторона А покрытия), так и застрахованную компанию, если она оплатила иск третьего лица от имени своих менеджеров (сторона В или покрытие возмещения компанией). Такой договор страхования может быть приобретен компанией любого размера и любого сектора промышленности.

Для директоров, работающих в многонациональной среде, важно быть застрахованным по программе D&O, которая действует во всех странах. Страна, где находится дочерняя компания, может не признать договор страхования, который заключен с «неуполномоченным» страховщиком. «Пробел» в покрытии от «неуполномоченной» компании должен быть устранен путем заключения договора страхования с локальной страховой компанией, имеющей лицензию на осуществление страхования ответственности и финансовых рисков.

Страхование ответственности директоров и должностных лиц прошло долгий путь с тех пор, как оно было впервые разработано для устранения последствий Великой депрессии. Сегодня продукт покрывает широкий спектр рисков. В рамках трехсторонних отношений между брокером, страховщиком и страхователем, компания должна быть в состоянии определить и выбрать такой набор опций в покрытии D&O, который наиболее соответствует ее потребностям и рискам.

Некоторые из последних инноваций включают положение о восстановлении после наступления любого одного страхового случая. Оно обеспечивает агрегатное покрытие, если компания столкнется с более чем одним иском против ее директоров и должностных лиц в течение календарного года. Автономные квази D&O полисы также могут быть приобретены специально для IPO и выпуска облигаций.

Отвечая на усиление контроля со стороны регулирующих органов и движение к добровольной подаче отчетности, ряд страховщиков сейчас также предлагают покрытие предварительного иска. В этом случае, полис покрывает расходы на ответы на неформальные запросы регуляторов до, или вместо иска, который будет предъявлен в отношении предполагаемых противоправных действий.

Публичные компании заключают договора страхования D&O с более высокими лимитами возмещения, чем непубличные компании. Компании, ценные бумаги, которых обращаются на биржах США, приобретают существенно более высокие лимиты по полису D&O, чем те, которые не работают в США.

Практический кейс:

Немецкий Vorst AG: Разделяя бремя



В ответ на финансовый кризис правительство Германии в 2009 году представило закон о вознаграждении руководящего состава (на немецком: Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, сокр.: VorstAG). VorstAG изменяет немецкий закон об акционерных обществах (AktG) и немецкий торговый кодекс (HGB), он вступил в силу 5 августа 2009 года. Немецкий кодекс корпоративного управления также был изменен в то же время.

Среди изменений – требование для директоров нести некоторые риски в отношении их ответственности при осуществлении обязанностей. Если компания заключает договор страхования D&O, полис должен включать в себя франшизу по руководящему составу.

Обязательный минимум невыплачиваемой суммы составляет 10% от причиненного ущерба, и ограничен на уровне 150% от ежегодного фиксированного вознаграждения руководителя на момент наступления нарушения обязанностей. Напротив, полис страхования D&O для членов наблюдательного совета не должен включать в себя минимальный процент франшизы.

Эффективное урегулирование страховых случаев

Наличие полиса страхования ответственности директоров и должностных лиц не может оградить руководителя от возможных правовых действий и претензий. Полис помогает покрыть расходы на гражданские, уголовные или регуляторные иски, возбужденные против директора по обвинению в противоправных или преступных действиях, и обеспечить надлежащее юридическую защиту, как только это будет необходимо. Неправомерные действия включают в себя:

- Злоупотребление доверием;
- Нарушение обязанностей;
- Халатность;
- Ошибки;
- Заявления, вводящие в заблуждение; и
- Противоправные торговые операции.

На урегулирование средней претензии к директору может уйти от двух до семи лет. Это длительный период, в течение которого директор не сможет вести свою профессиональную деятельность и, скорее всего, столкнется с потерей репутации и напряженным периодом в жизни. Это особенно верно в отношении действий и расследований надзорных органов, которые, как правило, длятся много лет и могут подвергнуть директоров и должностных лиц множеству допросов по предмету расследуемого дела.

В силу своего успеха в бизнесе руководители – это часто сильные, мыслящие люди, которым, возможно, будет трудно передать контроль над ситуацией адвокатам, особенно когда речь идет о неприятных обвинениях. Поведение и поступки директоров, вероятно, будут тщательно анализироваться, если иск заявлен против них.

Необходимо быть крайне осторожным, чтобы не навредить процессу защиты. Лучший совет в ситуации, когда случилось худшее, – уже на ранних стадиях привлечь специализированных юристов, а затем слушать и должным образом реагировать на их рекомендации. Директорам потребуется выносливость и сила, чтобы пройти этот путь. Между тем команда опытных специалистов по урегулированию будет предоставлена в распоряжение директора страховой компанией. Она поможет выбрать наиболее предпочтительный вариант урегулирования, предоставит сильных и компетентных юристов для выработки линии защиты и подготовит директора к комплексному и, возможно, длительному судебному процессу.

- I Институт присяжных бухгалтеров Англии и Уэльса: Каковы всеобъемлющие принципы корпоративного управления? <http://www.icaew.com/~media/corporate/files/technical/corporate%20governance/dialogue%20in%20corporate%20governance/icaew%20in%20q2%20web.ashx>
- II Принцип «следуй процедурам или взвешенно оценивай риски при их невыполнении» - устойчив ли он? <http://www.financialdirector.co.uk/financial-director/opinion/2321127/comply-or-explain-is-it-sustainable>
- III Cross-border Quarterly: страхование D&O в глобальном контексте http://www.klgates.com/files/Publication/a22e69c4-46c7-4938-9f5d-b77a0903cdc9/Presentation/PublicationAttachment/a2a74bda-9949-4640-8873-bc0cfc495b2c/article_Harte-Lovelace_Turpin_0308.pdf
- IV LSE и Европейская комиссия: исследование ответственности и обязанностей директоров http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf
- V LSE и Европейская комиссия: исследование ответственности и обязанностей директоров http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf
- VI Zurich Insider: судебное дело по страхованию D&O меняет правила игры для малых и средних предприятий: <http://insider.zurich.co.uk/market-expertise/insurance-court-case-game-changer-smes/>
- VII Руководство и принципы корпоративного управления для некотируемых компаний в Великобритании https://www.iod.com/MainWebsite/Resources/Document/corp_gov_guidance_and_principles_for_unlisted_companies_in_the_uk_final_1011.pdf
- VIII Skadden обсуждает правоприменение DOJ в рамках FCPA <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2014/07/18/skadden-discusses-the-state-of-doj-fcpa-enforcement/>
- IX Всемирный банк: исключен из сделки. Расчеты по делам об иностранном взяточничестве и последствия для восстановления активов <http://star.worldbank.org/star/publication/left-out-bargain-settlements-foreign-bribery-cases-and-implications-asset-recovery>
- X FCPA Блог: Alcoa занимает 5-е место в нашей десятке: <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/10/alcoa-lands-5th-on-our-top-ten-list.html>
- XI Состояние рынка D&O в Европе: 2013 и 2014 http://www.advisenltd.com/wp-content/uploads/2013_State_of_the_Euro_D&O_Insurance_Market_Report.pdf
<http://www.advisenltd.com/wp-content/uploads/European-DO-Insurance-Market-2014-6-10.pdf>
- XII Atradius: прогнозы по неплатежеспособности - сентябрь 2014 г. http://www.creditrisksolutions.com/publications/Insolvency_Forecasts_September2014.pdf
- XIII Euler Hermes: чемпионат мира по неплатежеспособности 2014 <http://www.eulerhermes.com/mediacenter/Lists/mediacenter-documents/Economic-Outlook-Insolvency-World-Cup-May14.pdf>
- XIV BIS: Прозрачность и доверие: повышение прозрачности в отношении владения долей компании в Великобритании и повышение доверия к британскому бизнесу https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/304297/bis-14-672-transparency-and-trust-consultation-response.pdf
- XV StrategicRISK: Руководство по ответственности директоров и должностных лиц 2013: http://www.strategic-risk-global.com/Journals/2013/05/24/s/v/k/SR_DOGuide201_LR.pdf
- XVI AP: Дойче Банк – один из действующих исполнительных директоров, два предшественника идут в суд в ходе длительной битвы с медиа-магнатом: <http://www.usnews.com/news/business/articles/2015/04/28/deutsche-bank-co-ceo-on-trial-over-battle-with-media-mogul>
- XVII ACE: Подверженность уголовному преследованию директоров. Страшные риски становятся еще страшнее <http://www.acegroup.com/bm-en/media-centre/do-criminal-exposures.aspx>
<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-27832890>
- XXIII Министерство финансов Великобритании: Регулирование индивидуального поведения в банковской отрасли <https://www.gov.uk/government/consultations/regulating-individual-conduct-in-banking-uk-branches-of-foreign-banks/regulating-individual-conduct-in-banking-uk-branches-of-foreign-banks>
- XIX Парламентская Комиссия по банковским стандартам «изменение банковской системы в лучшую сторону» <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/professional-standards-in-the-banking-industry/news/changing-banking-for-good-report/>
- XX PwC: наш первичный анализ и комментарии о последнем докладе PCBS <http://www.pwc.co.uk/banking-capital-markets/issues/response-to-parliamentary-commission-on-banking-standards.jhtml>
- XXI Управления безопасностью предприятия: доклад CyLab 2012 года <http://globalcyberrisk.com/wp-content/uploads/2012/08/CMU-GOVERNANCE-RPT-2012-FINAL1.pdf>
- XXII Эдинбургский университет: реформа Закона об обязанностях директоров в корпоративном праве Великобритании http://www.research.ed.ac.uk/portal/files/13215836/CABRELLI_D_PRESENTATION_FOR_UNIVERSITA_BOCCONI_ON_THE_REFORM_OF_THE_LAW_OF_THE_DIRECTORS_DUTIES_IN_UK_COMPANY_LAW.pdf
- XXIII Институт директоров и руководителей в сфере здравоохранения и безопасности Великобритании: внедря здравоохранение и безопасность на рабочих местах <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg417.pdf>
- XXIV ABI: страхование ответственности директоров и должностных лиц <https://www.abi.org.uk/Insurance-and-savings/Products/Business-insurance/Liability-insurance/Directors-and-officers-liability-insurance>
- XXV The D&O Diary: гостевая публикация – страхование D&O при IPO - что должен знать каждый директор <http://www.dandodiary.com/2012/09/articles/d-o-insurance/guest-post-do-insurance-for-initial-public-offerings-what-every-director-needs-to-know/>
- XXVI Heuking Kuhn Luer Wojtek: Германия устанавливает новые положения о возмещении руководителям: <http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=3085>

Данный документ является аналитическим отчетом и не должен рассматриваться как предоставление юридической консультации. Читатели должны получить индивидуальные рекомендации в отношении их конкретных обстоятельств. Законы и нормативные акты, которые упоминаются в этом документе, – это интерпретация авторами указанных положений по состоянию на конец 2015 года.